

RDJ

REVISTA DE DOCTRINA
E JURISPRUDÊNCIA

ANO 52

V.108·nº2

JAN-JUN 2017

TJDFT

PODER JUDICIÁRIO DA UNIÃO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DO DISTRITO FEDERAL
E DOS TERRITÓRIOS



REVISTA DE DOCTRINA
E JURISPRUDÊNCIA



REVISTA DE DOCTRINA
E JURISPRUDÊNCIA

V. 108 N. 2 JAN-JUN 2017

ISSN 0101-8868

AGOSTO 2017

BRASÍLIA - DF

PUBLICAÇÃO SEMESTRAL DO TJDF

TIRAGEM 400 EXEMPLARES



REVISTA DE DOCTRINA
E JURISPRUDÊNCIA

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO
FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS

DESEMBARGADOR MARIO MACHADO VIEIRA NETTO
Presidente

DESEMBARGADOR HUMBERTO ADJUTO ULHÔA
Primeiro Vice-Presidente

DESEMBARGADOR JOSÉ JACINTO COSTA CARVALHO
Segundo Vice-Presidente

DESEMBARGADOR JOSÉ CRUZ MACEDO
Corregedor da Justiça

PRODUÇÃO

PRIMEIRA VICE-PRESIDÊNCIA
Desembargador Humberto Adjuto Ulhôa | Primeiro Vice-Presidente
Lizandro Garcia Gomes Filho | Juiz Assistente
Guilherme Valadares Vasconcelos | Chefe de Gabinete

SECRETARIA DE JURISPRUDÊNCIA E BIBLIOTECA – SEBI
Guilherme de Sousa Juliano

SUBSECRETARIA DE DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA – SUDJU
Alice Maria A. de Affonso Fabre Figueiredo
Milene Adriana da Silva Gibson

NÚCLEO DE REVISTA JURÍDICA – NUREV
Adriana Salerno Re
Sandra Venâncio de Araújo



REVISTA DE DOCTRINA
E JURISPRUDÊNCIA

Revista de doutrina e jurisprudência / Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios – Vol. 1, n. 1 (1966) – Brasília : TJDF, 1966–.

Quadrimestral: 1966 – 2014. Semestral: 2015–.

Disponível também em versão eletrônica a partir de 2002:

<http://www.tjdft.jus.br/institucional/jurisprudencia/revistas/doutrina-e-jurisprudencia>

ISSN 0101-8868

1. Direito, Periódico. 2. Direito, Jurisprudência. I. Brasil. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios (TJDFT)

CDD 340.05

CORPO EDITORIAL

EDITOR-CHEFE

Desembargador Humberto Adjuto Ulhôa.

COMISSÃO DE JURISPRUDÊNCIA

Desembargadores Titulares: Mário-Zam Belmiro Rosa (Presidente); Flavio Renato Jaquet Rostirola; João Batista Teixeira; Maria de Lourdes Abreu e James Eduardo da Cruz de Moraes Oliveira.

Desembargador Suplente: Diaulas Costa Ribeiro.

CONSELHO EDITORIAL

Álvaro Luís de Araújo Sales Ciarlini (IDP/DF); Carlos Ayres de Freitas Britto (UnICEUB/DF); Cristiano Chaves de Farias (Universidade Baiana de Direito/BA); Edgar Guimarães (Instituto de Direito Romeu Felipe Barcellar/PR); Fabrício Motta (UFG/GO); Fredie Didier (UFBA/BA); Geilson Salomão Leite (UFPB/PB); Geilza Fátima Cavalcanti Diniz (UnICEUB/DF); Héctor Valverde Santana (UnICEUB/DF); Ingo Wolfgang Sarlet (PUC/RS); Jefferson Carús Guedes (UnICEUB/DF); Lígia Maria Silva Melo de Casimiro (URCA/FAP/CE); Luciano Ferraz (UFMG/MG); Maurício Leal Dias (UFPA/PA); Miguel Etinger de Araújo Junior (UEL/PR); Pablo Stolze (UFBA/BA); Paulo Afonso Cavichioli Carmona (UnICEUB/DF); Thiago Marrara (USP/SP); Cláudio Peneda Madureira (UFES/ES).

EDITORES ASSOCIADOS

André Macedo Oliveira (UnB/DF); Diaulas Costa Ribeiro (UCB/DF); Héctor Valverde Santana (UnICEUB/DF); João Batista Teixeira (UCB/DF); Lucas Rocha Furtado (UnB/DF); Marlon Tomazette (UnICEUB/DF); Marcus Alan Melo Gomes (UFPA/PA); Marcos Catalan (Unisinos/RS).

COMISSÃO EXECUTIVA

Adriana Salerno Re; Alexandre da Silva Lacerda e Sandra Venâncio de Araújo – NUREV/TJDFT.

PARECERISTAS

BAHIA: Daniel Ribeiro Silva (UNIFACS); Salomão Resedá (UFBA). **BRASÍLIA:** Ana Cláudia Loiola de Moraes Mendes (IDP/DF); Atalá Correia (IDP); Celso de Barros Correia Neto (UCB); Fabrício Castagna Lunardi (UnB); Humberto Cunha dos Santos (UnICEUB); Juliano Alves (UnIEURO/DF); Leonardo Gomes de Aquino (UNIEURO); Leonardo Pimentel Bueno (Advogado); Marília de Ávila e Silva Sampaio (UnICEUB); Maurício Muriack de Fernandes e Peixoto (UnICEUB); Norberto Mazai (IDP e IESB); Pedro Machado de Almeida Castro (UnB); Pedro de Araújo Yung-Tay Neto (UnB); Rafael Freitas Machado (UnICEUB e IDP); Rafael Vasconcelos de Araújo Pereira (ATAME); Raquel Tiveron (UnICEUB); Renata Malta Vilas-Bôas (UnICEUB); Ricardo Rocha Leite (UnICEUB); Susana de Moraes Spencer Bruno (UDF); Thiago Luís Sombra (UnB). **ESPIRITO SANTO:** Thiago Felipe Vargas Simões (UVV). **GOIÁS:** Fernanda Heloísa Macedo Soares (FACEG). **MATO GROSSO:** Sarah Caroline de Deus Pereira (Universidade La Salle de Lucas); Simone Genovez (FASIP). **MATO GROSSO DO SUL:** Alexandre Raslan (Promotor de Justiça/MPMS). **MARANHÃO:** Vinícius Abdala (UNIBALSAS). **MINAS GERAIS:** Alex Fernandes Santiago (Promotor de Justiça/MPMG); Bruno Amaro Lacerda (Universidade Federal de Juiz de Fora); Emerson Andena (PUC/MG); Enio César Gonçalves Pimenta (PUC/MG); Leonardo Barreto Moreira Alves (FESMPMG); Luciano J. Alvarenga (Universidade FUMEC).

PARÁ: Luanna Tomaz (UFPA). **PARANÁ:** Eduardo Pottumati (PUC); Fabiano Augusto Piazza Baracat (ESA, OAB/PR); Francisco Emílio Baleotti (UEL); Gabriel Cardoso Galli (Instituto Superior do Litoral do Paraná); Patrícia Ayub da Costa Ligmanovski (UEL); Thaís Amoroso Paschoal Lunardi (UFP). **PERNAMBUCO:** Silvio Romero Beltrão (UFPE). **RIO DE JANEIRO:** Felipe Asensi (UERJ); João Carlos Castellar (UFRJ); Tiago Joffily (Promotor de Justiça/MPRJ). **RIO GRANDE DO NORTE:** José Evandro Zaranza (UNI-RN). **RIO GRANDE DO SUL:** João Paulo Forster (Uniritter); Rafael Sirangelo Belmonte de Abreu (UFRS). **SÃO PAULO:** Amauri Feres Saad (PUC); Bruno Dantas (PUC/SP); Christiany Pegorari Conte (PUC/Campinas); Christiano Cassetari (USP); Cíntia Rosa Pereira de Lima (USP); Cláudia Maria Las Casas Brito Lamas (FSR/UNIESP); Guilherme Adolfo Mendes (FDRP/USP); Juliana Oliveira Domingues (USP); Murillo Giordan Santos (USP); Nicholas Merlone (Centro Universitário SENAC); Raul Miguel Freitas de Oliveira (FDRP/USP); Regina Célia Martinez (FMU); Sérgio Gabriel (Universidade Nove de Julho). **ALEMANHA:** Eduardo Viana Portela Neves (*Universität Augsburg*). **ARGENTINA:** Daniel Ribeiro Silva (UBA). **ESPAÑA:** Alberto Silva Santos (Universidade Pablo de Olavide de Sevilha). **FRANÇA:** Ruitemberg Nunes Pereira (*Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne*). **PORTUGAL:** Andrea Wollman (Universidade de Coimbra).

PROCESSO EDITORIAL

Adriana Salerno Re; Alexandre da Silva Lacerda e Sandra Venâncio de Araújo – NUREV/TJDFT.

REVISÃO ABNT

Adriana Salerno Re; Alexandre da Silva Lacerda e Sandra Venâncio de Araújo – NUREV/TJDFT.

REVISÃO TEXTUAL

Ana Luiza de Azevedo dos Santos – GPVP/TJDFT.
Alice Maria A. de Affonso Fabre Figueiredo – SUDJU/TJDFT.
Adriana Salerno Re; Alexandre da Silva Lacerda e Sandra Venâncio de Araújo – NUREV/TJDFT.

REDAÇÃO DAS NOTAS DE JURISPRUDÊNCIA

Ana Cláudia Nascimento Trigo de Loureiro; Priscilla Kelly Santos Duarte Romeiro e Risoneis Álvares Barros – NUPIJUR/TJDFT.

REVISÃO DAS NOTAS DE JURISPRUDÊNCIA

Ana Luiza de Azevedo dos Santos – GPVP/TJDFT.
Alice Maria A. de Affonso Fabre Figueiredo – SUDJU/TJDFT.
Ana Cláudia Nascimento Trigo de Loureiro; Priscilla Kelly Santos Duarte Romeiro e Risoneis Álvares Barros – NUPIJUR/TJDFT.

PROJETO GRÁFICO

Coordenadoria de Digitalização e Serviços Gráficos – CODIG.

PRODUÇÃO GRÁFICA

Impressão e acabamento: Coordenadoria de Digitalização e Serviços Gráficos – CODIG.

Data de impressão: agosto/2017.

Tiragem: 400 exemplares.

Produção gráfica realizada pela Coordenadoria de Digitalização e Serviços Gráficos – CSG/SEG/ TJDFT
Publicação semestral da RDJ. Jan-Jun/2017. ISSN 0101-8868
Núcleo de Revista Jurídica – NUREV
Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios
Fórum Milton Sebastião Barbosa, Bloco A, Sala 526 – CEP 70.094-900
Brasília – DF
Telefones: (61) 3103-4642 e 3103-4644
E-mail: nurev@tjdf.jus.br

@Todos os direitos reservados. A reprodução ou tradução de qualquer parte desta publicação será permitida mediante autorização expressa do editor.

Solicita-se permuta/ Pídese canje/ On demande l'échange/ Si richiede lo scambio/ We ask for exchange/ Wir bitten um Austausch

EDITORIAL

Desembargador Humberto Adjuto Ulhôa

Primeiro Vice-Presidente do TJDFT
e Editor-Chefe da RDJ

Mais uma vez me dirijo aos leitores da RDJ com a grata satisfação de lhes oportunizar outra coletânea de artigos inéditos, selecionados criteriosamente por nosso Conselho Editorial.

Neste volume, são apresentados: *A Teoria da Cegueira Deliberada no Direito Penal Econômico*; *A Mediação como Meio de Solução Alternativa de Controvérsia dos Conflitos Socioambientais*; *A Remuneração do Administrador Judicial em Processos de Insolvência Empresarial na Jurisprudência do TJDFT*; *A Desconsideração da Boa-fé no Seguro de Vida segundo o STJ*; *Direito à Saúde e Judicialização da Assistência Farmacêutica*; *A Nova Conformação Legal da Remessa Necessária*; *Uma Década do Vivências & Convivências: Acompanhamento de Grupos de Famílias Adotantes e Análise Jurídica do Saneamento Básico no Brasil*.

São oito artigos que permitem ao leitor atualizar-se – quanto a temas do novo CPC, de saúde, de meio ambiente, de jurisprudência, de acompanhamento institucional de adoções, dentre outros – por meio da contribuição intelectual de autores que os apresentam de modo claro e fundamentado.

Em *A Mediação como Meio de Solução Alternativa de Controvérsia dos Conflitos Socioambientais*, afirma-se ser a mediação aplicável a conflitos socioambientais, por constituir meio mais rápido de resolução dos problemas, bem como por abarcar todas as nuances do conflito e, por isso, buscar o resultado que satisfaça a ambas as partes em prol da paz social, o que não se tem obtido com o processo judicial. Confira os argumentos expostos pelo autor.

Em *A Remuneração do Administrador Judicial em Processos de Insolvência Empresarial na Jurisprudência do TJDFT*, objetiva-se orientar os que se interessam em saber o posicionamento da Casa acerca dos honorários do administrador judicial em processos de insolvência empresarial, destacando fatores como duração e complexidade do processo, e acúmulo da sindicatura com a advocacia.

Também sobre jurisprudência, só que do STJ, trata o texto *A Desconsideração da Boa-fé no Seguro de Vida segundo o STJ*, em que é proposta solução para o entendimento daquela Corte de ser indevido o pagamento da indeniza-

ção securitária, quando o contratante cometer suicídio no decorrer dos dois primeiros anos de vigência do seguro de vida, independentemente de haver premeditação do segurado, em desconsideração ao princípio contratual da boa-fé.

No artigo *Direito à Saúde e Judicialização da Assistência Farmacêutica*, defende-se que os processos de judicialização da assistência farmacêutica nem sempre constituem exercício do direito à saúde; antes, representam o estímulo ao consumo de medicamentos novos, os quais sobrecarregam financeiramente o Estado, não trazem melhoras para o paciente e podem, até mesmo, violar princípios éticos. Verifique como esse assunto corriqueiro no âmbito jurídico é singularmente abordado pelo autor do texto.

Em *A Nova Conformação Legal da Remessa Necessária*, critica-se a novel abordagem da remessa necessária apresentada pelo Código de Processo Civil de 2015. São apresentadas as hipóteses gerais de incidência e algumas situações especiais relativas a mudanças estruturais no procedimento, para esclarecer, caso a caso, quando o instituto deve ser utilizado. Leitura imprescindível para os que atuam nos tribunais.

O texto *Uma Década do Vivências & Convivências: Acompanhamento de Grupos de Famílias Adotantes* expõe o Programa Vivências e Convivências e sua eficácia no acompanhamento dos vários estágios da adoção, demonstrando a importância dessa ação, ao assegurar às crianças e aos adolescentes a integral proteção durante todo o processo adotivo, e até mesmo depois dele, a fim de prevenir rupturas e desistências durante o caminho de adoção, situações tão nefastas para o adotando.

Em *Análise Jurídica do Saneamento Básico no Brasil*, são abordadas as principais normas que disciplinam o saneamento básico no Brasil e feitas considerações sobre a melhor maneira de se implementar a respectiva política pública no país. Destaco a importância do saneamento básico para o índice de desenvolvimento das nações, visto estar intimamente ligado a questões de mortalidade infantil, educação, saúde. Vale a pena conhecer esse estudo oportuno e esclarecedor.

Como artigo destaque, foi escolhido o que trata, sob a ótica do advogado, da Teoria da Cegueira Deliberada, cuja aplicação, no Brasil, tem suscitado muitos debates – os mais recentes, por ter sido essa Teoria empregada em julgamentos como o do Mensalão e o da Lava Jato.

A Teoria da Cegueira Deliberada, em sucintas palavras, consiste na possibilidade de punir o indivíduo que, ciente de fatos criminosos, coloca-se voluntariamente em pretensa ignorância sobre eles, a fim de se livrar das consequências que deles possam advir.

Ressalte-se que a referida Teoria teve origem na Inglaterra, em 1861, e foi aplicada pela primeira vez nos Estados Unidos, em 1899, pela Suprema Corte. Foi desenvolvida para utilização em julgamentos de crimes de lavagem de dinheiro e tráfico de drogas em países cujo sistema jurídico é o *common law* (embora também tenha sido aplicada na Espanha, *civil law*, em casos relativos a crimes contra a saúde pública e ao tráfico de drogas).

Nesse artigo, a autora, Dr^a Manoela Pereira Moser, apresenta o histórico do surgimento da Teoria da Cegueira Deliberada no ordenamento jurídico estrangeiro, os efeitos da aplicação dessa Teoria no ordenamento jurídico do Brasil, bem como analisa, sob o ponto de vista do advogado, as mudanças decorrentes da edição da Lei 12.683/2012, ou Lei da Lavagem de Dinheiro, para a atividade do patrono.

Essa teoria seria realmente aplicável ao direito penal de nosso sistema jurídico? Há compatibilidade entre ela e o instituto do dolo eventual, e em consequência, entre ela e o ordenamento jurídico brasileiro? Convido o leitor a verificar essas e outras questões no excelente artigo destaque desta edição.

Por fim, para aqueles que queiram verificar o posicionamento atual do TJDF sobre assuntos jurídicos relevantes, sugiro a jurisprudência da Casa, que se encontra nas páginas 337 a 356.

Faço votos de que usufruam da enriquecedora leitura! Obrigado e até a próxima edição!

202 DESTAQUE

A TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA NO DIREITO PENAL ECONÔMICO

THE WILLFUL BLINDNESS DOCTRINE IN THE ECONOMIC LAW

Manoela Pereira Moser 202

219 ARTIGOS

A MEDIAÇÃO COMO MEIO DE SOLUÇÃO ALTERNATIVA DE CONTROVÉRSIA DOS CONFLITOS SOCIOAMBIENTAIS

MEDIATION AS AN ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION (ADR) IN SOCIAL ENVIRONMENT CONFLICTS

Juliana Cabral Lima 219

A REMUNERAÇÃO DO ADMINISTRADOR JUDICIAL EM PROCESSOS DE INSOLVÊNCIA EMPRESARIAL NA JURISPRUDÊNCIA DO TJDF

THE REMUNERATION OF THE TRUSTEE IN BANKRUPTCY LAW IN ACCORDING OF CASE LAW BY TJDF

Thiago Pires Oliveira 241

A DESCONSIDERAÇÃO DA BOA-FÉ NO SEGURO DE VIDA SEGUNDO O STJ

THE DECLINE OF GOOD FAITH IN LIFE INSURANCE ACCORDING TO THE STJ

Gilberto Vaciles Bilacchi Junior 262

DIREITO À SAÚDE E JUDICIALIZAÇÃO DA ASSISTÊNCIA FARMACÊUTICA

RIGHT TO HEALTH AND JUDICIALIZATION OF PHARMACEUTICAL CARE

Débora Ferreira Carneiro 278

A NOVA CONFORMAÇÃO LEGAL DA REMESSA NECESSÁRIA

THE NEW LEGAL CONFORMATION OF THE MANDATORY REVIEW

João Pereira Monteiro Neto 293

337 JURISPRUDÊNCIA

AGRAVO DE INSTRUMENTO – ROL TAXATIVO DAS HIPÓTESES DE CABIMENTO 337

DEFEITO EM VEÍCULO ZERO KM – DANO MORAL 339

DUPLICATA VIRTUAL – EXECUTORIEDADE 341

ELIMINAÇÃO DE CANDIDATO EM CONCURSO PÚBLICO – SUBJETIVIDADE DO EXAME PSICOTÉCNICO 342

INVASÃO DE ÁREA PÚBLICA – INEXISTÊNCIA DE DIREITO À INDENIZAÇÃO 344

MATRÍCULA DE CRIANÇA EM CRECHE OU PRÉ-ESCOLA PÚBLICA POR MEIO DE AÇÃO JUDICIAL 345

MENORIDADE – MEIOS DE COMPROVAÇÃO 348

PLANO DE SAÚDE – FERTILIZAÇÃO IN VITRO 349

RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA POST MORTEM 351

REPOUSO NOTURNO – SUFICIÊNCIA DE QUE O CRIME OCORRA NO HORÁRIO DE DESCANSO NOTURNO 353

UTILIZAÇÃO DA CONFISSÃO QUALIFICADA COMO ATENUANTE DA PENA 355

UMA DÉCADA DO VIVÊNCIAS & CONVIVÊNCIAS:
ACOMPANHAMENTO DE GRUPOS DE FAMÍLIAS ADOTANTES

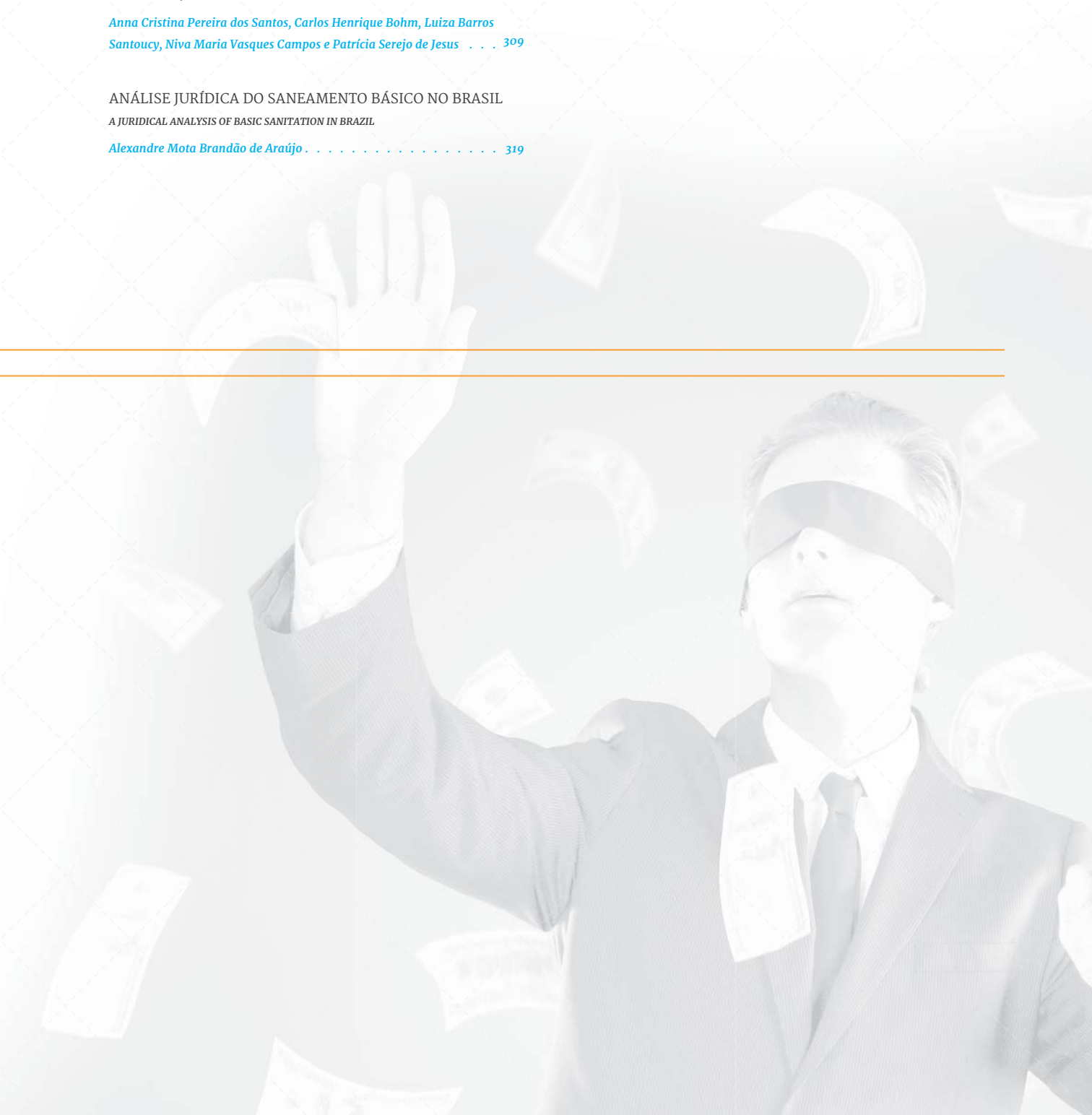
A DECADE OF "VIVÊNCIAS & CONVIVÊNCIAS" ("LIVING AND
COEXISTENCE"): FOLLOW-UP OF GROUPS OF ADOPTIVE FAMILIES

*Anna Cristina Pereira dos Santos, Carlos Henrique Bohm, Luiza Barros
Santoucy, Niva Maria Vasques Campos e Patrícia Serejo de Jesus 309*

ANÁLISE JURÍDICA DO SANEAMENTO BÁSICO NO BRASIL

A JURIDICAL ANALYSIS OF BASIC SANITATION IN BRAZIL

Alexandre Mota Brandão de Araújo 319



A TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA NO DIREITO PENAL ECONÔMICO

Manoela Pereira Moser

THE WILLFUL BLINDNESS DOCTRINE IN THE ECONOMIC LAW

RESUMO

Esta pesquisa objetiva analisar a responsabilidade penal (dolo) do agente que age com indiferença para com o resultado típico, mesmo tendo possibilidade de saber da ilicitude da sua conduta, o que equipara sua vontade e conhecimento à espécie de dolo eventual. Será apresentada, primeiramente, a análise histórica do surgimento da Teoria da Cegueira Deliberada e a aplicabilidade dela no sistema jurídico estrangeiro. Essa Teoria será comparada com a Teoria da *Actio Libera in Causa* e será verificada a semelhança entre as duas. Far-se-á, ainda a diferenciação entre dolo eventual e culpa consciente. Serão analisados os efeitos da Teoria da Cegueira no ordenamento brasileiro e nos âmbitos doutrinário, legislativo e jurisprudencial. O estudo é finalizado com a análise das mudanças decorrentes da nova Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei 12.683/2012) sob a perspectiva do advogado, em especial, o recebimento de honorários maculados e o temor de responder a um processo criminal juntamente com seu cliente. Ressalta-se a extrema importância de que a Teoria não seja aplicada àqueles profissionais que, no exercício de sua função, recebam honorários maculados, bem como de que não seja utilizada como meio de dispensar a produção de provas por parte da acusação. Outrossim, sugere-se a criação tanto de uma modalidade culposa de lavagem de dinheiro quanto de limites objetivos e efetivos para se diferenciar a atividade normal do advogado daquela em que o profissional exerça sua função para praticar ilícitos.

» PALAVRAS-CHAVE: TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA. LAVAGEM DE DINHEIRO. MUDANÇAS TRAZIDAS PELA LEI 12.683/12. ADVOGADO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

ABSTRACT

The purpose of this research is to analyze the criminal responsibility (intent) of the agent who acts indifferently towards the typical outcome, even if he may know about the unlawfulness of his conduct, equating his will and knowledge to the species of eventual intent. The discussion will primarily be based on the historical analysis of the emergence of the Willful Blindness Doctrine and its applicability in the foreign legal system. We will compare this to the theory of *actio libera in causa*. The differentiation between eventual deceit and conscious guilt will also be stated. We will analyze the effects of the theory in the Brazilian order, in the doctrinal, legislative and jurisprudential framework. We will conclude with the analysis of the effect of the changes in the new money laundering law (Law 12.683/2012) under the perspective of the lawyer's activity, in particular, the receipt of tarnished fees and the fear of responding to a criminal case together with his client. Finally, we conclude that it is of the utmost importance that the theory should not be applied to those professionals who, in the exercise of their function, receive badly paid fees, as well as that it should not be used as a means of dispensing the production of evidence by the prosecution. In addition, the creation of a guilty modality of money laundering, and objective and effective limits to differentiate the normal activity of the lawyer from the one where the professional acts using its function for the practice of illicit.

» KEYWORDS: THE WILLFUL BLINDNESS DOCTRINE. MONEY LAUNDERING. CHANGES FROM LAW 12.683/12. ATTORNEY. ATTORNEY'S FEES.

INTRODUÇÃO

A Teoria da Cegueira Deliberada (*Willful Blindness Doctrine*), também conhecida como Doutrina das Instruções do Avestruz (*Ostrich Instructions*), Doutrina da Evitação da Consciência (*Conscious Avoidance Doctrine*) ou Ignorância Deliberada, como é chamada no direito espanhol, de modo geral, equipara a responsabilidade subjetiva criminal do agente que tem efetivo conhecimento da tipicidade de sua conduta com a da-

quele que a desconhece intencionalmente ou preferiu conservar sua ignorância sobre a tipicidade de tal conduta.

Daí surgiu o nome “Instruções do Avestruz”, uma vez que o agente, assim como o avestruz, enfia sua cabeça na terra, deixando de enxergar as coisas ao seu redor e evitando, assim, tomar conhecimento dos fatos.

Beck e Callegari (2012, p. 179-192) explicam que, com essa Teoria, é possível responsabilizar aquele que se coloca voluntariamente em situação de ignorância, para tentar se esquivar de responder a processo criminal:

a doutrina justifica a responsabilização criminal nos casos em que o indivíduo se coloca deliberadamente em uma situação de desconhecimento acerca de determinado fato, já antecipadamente visando furtar-se de eventuais consequências futuras de sua conduta na esfera criminal.

Assim, é importante ressaltar que o desconhecimento, para essa Teoria, não deve ser resultado de erro ou de negligência, mas sim de ignorância voluntária, que será verificada com base na prova do fato concreto.

Sua origem se deu na *commom law*, pelo tribunal inglês, em 1861, no caso Regina v. Sleep, no qual Sleep, apesar de absolvido de cometer desvio de bens públicos, poderia ter sido condenado – e sua pena se equipararia àquela aplicada nos casos de conhecimento –, se fosse comprovado que ele teria intencionalmente se privado de obter qualquer conhecimento sobre a procedência dos bens.

Já no direito americano, utilizou-se a Teoria da Cegueira Deliberada, pela primeira vez, no julgamento do caso United States v. Spurr, no ano de 1899.

A sentença revisava a condenação de Spurr, Presidente de certo Banco em Nashville, por ter certificado cheques emitidos por um cliente cuja conta estava sem fundos. De acordo com a lei, a conduta praticada por Spurr necessitava de violação intencionada dos preceitos que regulavam a emissão de cheque.

O Tribunal entendeu que o propósito específico de violar a lei pôde ser presumido, quando Spurr se manteve deliberadamente ignorante sobre o fato de a conta ter, ou não, fundos, ou quando mostrou indiferença grosseira pelo seu dever de se assegurar de tal fato.

Com o passar do tempo, a jurisprudência americana estipulou certos requisitos para a utilização da Teoria: a) ciência do agente quanto à elevada probabilidade de que os bens, os direitos e os valores sejam provenientes de crime; b) atuação do agente de modo indiferente a esse conhecimento e c) escolha deliberada do agente de permanecer ignorante.

Com relação ao crime de lavagem, o julgamento United States v. Campbell (1961) obteve grande destaque. Nesse julgamento, decidiu-se que não se poderia concluir que o acusado tivesse agido com dolo, apenas porque deveria saber de alguns fatos, ou se havia sido negligente em re-

conhecer o que estava acontecendo; mas sim, que deveria ser provado que ele, propositadamente, evitara descobrir os fatos.

Vale ressaltar que, na *common law*, caso do modelo inglês e americano, não existe a figura do dolo eventual, de modo que esta foi amplamente aceita pela jurisprudência.

Por outro lado, no direito espanhol, que compartilha do modelo da *civil law*, assim como o direito brasileiro, a doutrina da Cegueira Deliberada vem sendo utilizada pelo Supremo Tribunal Espanhol (STE) desde o ano de 2000.

Em 19 de janeiro de 2005, com a Sentença 22/2005, a ignorância deliberada tornou-se substituto autêntico do dolo eventual no Tribunal Espanhol (2005),

não se exige um dolo direto, bastando o eventual, como se faz referência na sentença judicial, é suficiente estar na posição de ignorância deliberada. É dizer que quem podendo e devendo conhecer a natureza do ato ou colaboração que lhe é pedido, se mantém em situação de não querer saber, porém presta sua colaboração, de modo que assume as conseqüências penais que derivam da sua ação antijurídica.

com exceção da Sentença 797 de 20 de julho 2006, proferida pelo relator Enrique Bacigalupo Zapater, da 2ª Turma do Tribunal Supremo, que teve seu voto vencido.

Em sua decisão, esse julgador afirmou que aquele que se coloca intencionalmente em situação de ignorância, na verdade, sabe o que ignora, de modo que o nome utilizado, “cegueira deliberada”, é insustentável e contraditório, bem como a respectiva Teoria é desnecessária para se condenar alguém por um delito doloso, conforme se observa deste trecho:

O simples fato de se empregar familiares com vínculos estreitos, como o filho, a esposa e a nora, no procedimento, revela se tratar de assuntos que se deseja não sejam conhecidos por estranhos e que se desconfia que outras pessoas com vínculo puramente profissional possam obter informações a respeito. Sem sombra de dúvidas, o recorrente tinha este conhecimento cotidiano e sabia que a esposa do seu pai e sua própria esposa realizavam operações semelhantes, bem como outros amigos íntimos de seu pai.

Com base nestes fatos, o Juiz disse não ter dúvidas sobre a existência de dolo direto deste recorrente e dos outros que se encontravam em situação similar, descartando que tenham agido com imprudência grave (questão relevante aos efeitos da possível aplicação do art. 303.3 CP). Neste contexto, fez-se referência a uma doutrina do procedimento legal dos EUA, segundo a qual se trataria de casos de “ignorância deliberada” ou de “ignorância intencional”. Tais expressões não são nem idiomáticas nem conceitualmente adequadas, uma vez que, se tem a intenção de ignorar é porque, na realidade, sabe-se o que se ignora. Ninguém pode ter intenção do que não sabe. A contradição, literalmente falando, é evidente.

Sem prejuízo disso, a estimação do dolo é, no resultado, correta, uma vez que, como há frisado o Júri com freqüência, aquele sobre cujas ações a suspeita delitiva é claramente difundida entre pessoas sem nenhuma formação especial, omite tomar medidas para não realizar o tipo penal, age com indiferença e, para tanto, com dolo, porque frente a possibilidade de realização do tipo, de todas as maneiras, há agido.

Se, no primeiro momento, é possível verificar que a Teoria é uma questão probatória, já no segundo, ela se equipara ao dolo eventual, seja como indício do elemento volitivo, seja como substituto do conhecimento.

O mesmo processo está ocorrendo na jurisprudência brasileira, como veremos no decorrer deste artigo.

1 A SIMILARIDADE DA TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA COM A TEORIA DA *ACTIO LIBERA IN CAUSA*

O direito penal brasileiro se fundamenta no princípio do *nullum crimen sine culpa*, segundo o qual “nenhum resultado pode ser imputado ao seu autor se não tiver sido causado, no mínimo, por uma conduta culposa” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2004, p. 500).

Esse princípio afasta a chamada responsabilidade objetiva bem como o *versari in re illicita*, em que “é conceituado autor aquele que, fazendo algo não permitido, por puro acidente, causa um resultado antijurídico” (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2004, p. 500).

Todavia, embora rejeitado, observam-se flagrantes violações ao princípio do *nullum crimen sine culpa* e evidentes manifestações do *versari in re illicita* em nosso ordenamento.

Pode-se verificar uma dessas manifestações na chamada Teoria da *Actio Libera in Causa*, ação livre em sua causa, aplicada quando o agente se coloca em estado de inimputabilidade, caso em que se considera haver a prática de ato punível, pois ele propositadamente se colocou nesse estado.

Nesse sentido, esclarece Walter do Nascimento (1992, p. 21):

São os casos em que alguém, no estado de não-imputabilidade, é causador, por ação ou omissão, de algum resultado punível, tendo-se colocado naquele estado, ou propositadamente, com a intenção de produzir o evento lesivo, ou sem essa intenção, mas tendo previsto a possibilidade do resultado, ou, ainda, quando podia ou devia prever.

O problema se encontra quando o crime é praticado a título de dolo e não existe a modalidade culposa do delito. Explica o doutrinador Bitencourt (2010, p. 316):

Para a configuração do dolo exige-se a *consciência* (previsão ou representação) daquilo que se pretende praticar. Essa consciência deve ser atual, isto é, deve estar presente no momento da ação, quando ela está sendo realizada.

Assim, o elemento subjetivo do tipo deve estar presente no momento da prática da ação, segundo o princípio da simultaneidade.

Destarte, é possível verificar semelhanças entre a Teoria da Cegueira Deliberada e a Teoria acima discutida (*Actio Libera in Causa*), pois ambas surgem para solucionar o problema daqueles que se colocam, intencionalmente ou imprudentemente, em situação que exclui a sua responsabilidade penal.

Portanto, pune-se pela vontade ou pela imprudência tida antes da prática do crime, ou seja, a vontade de se colocar em ignorância e de não querer conhecer a tipicidade da sua conduta, e não a conduta em si.

Valles (2007, p. 160) entende que “ninguém pode beneficiar-se das causas de exclusão de responsabilidade penal que ele mesmo provocou.” E conclui que, nos casos em que há grau de indiferença equivalente ao dolo, não existem casos de dolo antecedente, mas sim de autêntica presença de dolo no momento da realização do tipo, sem afronta ao princípio da simultaneidade (VALLES, 2007, p. 160).

2 O PROBLEMA DO DOLO DIRETO E A CULPA CONSCIENTE

Outro ponto necessário para a análise da aplicação da Teoria da Cegueira Deliberada é entender a complicada diferença entre dolo eventual e culpa consciente.

Se, na teoria, as denominações já são confundidas, na prática se torna extremamente difícil verificar quando o agente está agindo com dolo eventual ou com culpa consciente, “sendo mais uma impressão pessoal do julgador do que um dado obtido a partir dos elementos objetivos da prova” (CALLERGARI; BECK, 2012, p. 179-192).

Na teoria, o dolo eventual, conforme o Código Penal Brasileiro (art. 18, *caput*, Segunda Parte, do CP), é aquele em que se assume o risco de produzir o resultado típico, em outras palavras: “no dolo eventual o sujeito representa o resultado como de produção provável e, embora não queira produzi-lo, continua agindo e admitindo a sua eventual produção” (CONDE, 1988, p. 59-60).

Por outro lado, a culpa consciente, também chamada de culpa com previsão, consiste em o agente, mesmo prevendo determinado resultado, esperar que este não ocorra, supondo poder evitá-lo.

Assim, embora a doutrina estabeleça delicada diferença entre os institutos, na prática, surgem diversos problemas com a aplicação deles no caso concreto:

Em nossa ciência, o limite é dado pela aceitação ou rejeição da possibilidade de probabilidade de produção do resultado, e no campo processual, configura um problema de prova que, em caso de dúvida sobre a aceitação ou rejeição da possibilidade de produção do resultado, importará ao tribunal a consideração da existência de culpa, em razão do benefício da dúvida: *in dubio pro reo* (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2004, p. 475).

De modo que, mais uma vez, o problema ocorre quando não há a modalidade culposa do tipo penal.

3 A APLICABILIDADE DA TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

A Teoria da Cegueira Deliberada ficou conhecida no Brasil, em 26 de junho de 2007, quando foi utilizada no julgamento do furto ao Banco Central, caso de grande repercussão midiática no país inteiro.

Nesse caso, foram furtados R\$ 164.755.150,00 (cento e sessenta e quatro milhões setecentos e cinquenta e cinco mil cento e cinquenta reais) e, com o produto do crime, foram comprados 11 carros de uma revendedora, e o pagamento foi feito todo em notas de cinquenta reais.

O Juiz da 11ª Vara Federal de Fortaleza, Ceará, aplicou a Teoria, para condenar os proprietários da revenda de carros pelo crime de lavagem de dinheiro, à pena de 3 (três) anos de reclusão, em regime aberto, substituída por pena privativa de liberdade, asseverando que os vendedores agiram com indiferença à estranheza do negócio realizado apenas com dinheiro em espécie, assumindo o risco da venda em troca de dinheiro sujo (SAMPAIO, 2007).

Todavia, em sede de apelação, o TRF da 5ª Região (acórdão publicado no dia 22/10/2008) modificou o entendimento do Juiz da 11ª Vara Federal, por entender que seria incabível a responsabilidade penal objetiva, tendo em vista que as provas foram insuficientes para a condenação e que sua aplicação dependia de adequá-la ao sistema jurídico, ou seja, que o tipo legal admitisse a punição a título de dolo eventual, o que não era o caso na época do ocorrido, conforme se observa do seguinte trecho do acórdão:

[...] TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA (WILLFUL BLINDNESS). INEXISTÊNCIA DA PROVA DE DOLO EVENTUAL POR PARTE DE EMPRESÁRIOS QUE EFETUAM A VENDA DE VEÍCULOS ANTES DA DESCOBERTA DO FURTO. ABSOLVIÇÃO EM RELAÇÃO AO CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO. [...]

2.4- Imputação do crime de lavagem em face da venda, por loja estabelecida em Fortaleza, de 11 veículos, mediante o pagamento em espécie: a transposição da doutrina americana da cegueira deliberada (*willful blindness*), nos moldes da sentença recorrida, beira, efetivamente, a responsabilidade penal objetiva; não há elementos concretos na sentença recorrida que demonstrem que esses acusados tinham ciência de que os valores por eles recebidos eram de origem ilícita, vinculada ou não a um dos delitos descritos na Lei n.º 9.613/98. O inciso II do § 2.º do art. 1.º dessa lei exige a ciência expressa e não, apenas, o dolo eventual. Ausência de indicação ou sequer referência a qualquer atividade enquadrável no inciso II do § 2.º. - Não há elementos suficientes, em face do tipo de negociação usualmente realizada com veículos usados, a indicar que houvesse dolo eventual quanto à conduta do art. 1.º, § 1º, inciso II, da mesma lei; na verdade, talvez, pudesse ser atribuída aos empresários a falta de maior diligência na negociação (culpa grave), mas não, dolo, pois usualmente os negócios nessa área são realizados de modo informal e com base em confiança construída nos contatos entre as partes. - É relevante a circunstância de que o furto foi realizado na madrugada da sexta para o sábado; a venda dos veículos ocorreu na manhã do sábado. Ocorre que o crime somente foi descoberto por ocasião do início do expediente bancário, na segunda-feira subsequente. Não há, portanto, como fazer a ilação de que os empresários deveriam supor que a vultosa quantia em cédulas de R\$ 50,00 poderia ser parte do produto do delito cometido contra a autarquia. - A empresa que explora a venda de veículos usados não está sujeita às determinações dos arts. 9 e 10 da Lei 9.613/98, pois não se trata de comercialização de "bens de luxo ou de alto valor", tampouco exerce atividade que, em si própria, envolva grande volume de recursos em espécie. - Ausência de ato normativo que obrigue loja de veículos a comunicar ao COAF, à Receita, à autoridade policial ou a qualquer órgão público a existência de venda em espécie. - Mesmo que a empresa estivesse obrigada a adotar providências administrativas tendentes a evitar a lavagem de dinheiro, a omissão na adoção desses procedimentos implicaria unicamente a aplicação de sanções também administrativas, e não a imposição de pena criminal por participação na atividade ilícita de terceiros, exceto quando comprovado que os seus dirigentes estivessem, mediante atuação dolosa, envolvidos também no processo de lavagem (parágrafo 2º, incisos I e II) (MOREIRA, 2008).

No ano de 2013, a Teoria foi utilizada no julgamento de outro grande e famoso caso, conhecido como Mensalão (AP 470/MG), que envolveu muitos políticos brasileiros.

Nesse julgamento, houve ampla discussão sobre a possibilidade de aplicação do dolo eventual no crime de lavagem de dinheiro, uma vez que, na época dos fatos, se aplicava ainda a Lei 9.613/96, a qual não previa o dolo eventual no tipo penal.

No caso em comento, o Ministro Celso de Mello (2013) entendeu pela aplicabilidade do dolo eventual no delito de lavagem de capitais, assegurando que "[...] parece-me que não admitir a realização do crime de lavagem com dolo eventual significa na prática excluir a possibilidade de punição das formas mais graves de lavagem, em especial a terceirização do profissional da lavagem".

O Ministro fundamentou sua decisão, alegando que o *caput* do art. 1º da Lei 9.613/96 não exigia elemento subjetivo específico, comportando, assim, o dolo eventual com fulcro no item 40 da Exposição de Motivos 692/1996, que assim dispõe:

Equipara o projeto, ainda, o crime de lavagem de dinheiro a importação ou exportação de bens com valores inexatos (art. 1º, § 1º, III). Nesta hipótese, como nas anteriores, exige o projeto que a conduta descrita tenha como objetivo a ocultação ou dissimulação da utilização de bens, direito ou valores oriundos dos referidos crimes antecedentes. Exige o projeto, nesses casos, o dolo direto, admitindo o dolo eventual somente para a hipótese do *caput* do artigo (COAF, 1996).

Entendeu, ainda, que o artigo 18, I, do Código Penal admitia a previsão genérica do dolo eventual para todos os tipos penais, não exigindo previsão específica ao lado de cada um (BARBOSA, 2013).

Esclareceu, inclusive, que a aplicabilidade do dolo eventual ao *caput* do art. 1º da Lei de Lavagem não estaria aumentando indevidamente o alcance do tipo, mas apenas estaria utilizando um dos institutos consagrados do Direito Penal Brasileiro:

Não se trata de ampliar indevidamente o alcance do *caput* do art. 1º da Lei 9613/96, mas somente se aplicar ao crime de lavagem institutos consagrados do Direito Penal Brasileiro e reconhecer que o delito é praticado dolosamente não só quando o agente quer o resultado delitivo, mas também quando, indiferente ao resultado de sua ação, assume o risco de produzi-lo (BARBOSA, 2013).

E lembrou, em seu voto, que o Direito Comparado favorece a utilização da Teoria.

O Ministro Dias Toffoli entendeu que, com base na nova lei, é possível aplicar o dolo eventual ao delito de lavagem de capitais, visto que todo e qualquer crime passa a ser seu antecedente (BARBOSA, 2013).

Em contrapartida, o Ministro Marco Aurélio manifestou seu temor de que, caso aceito o dolo eventual na lavagem de dinheiro, comesçassem a surgir acusações contra os advogados, em especial, os criminais que fazem a defesa de traficantes:

Assusta-me, Presidente, brandir que, no caso de lavagem de dinheiro, a ordem jurídica contenta-se com o dolo eventual. Não quero assustar os criminalistas, mas vislumbro que teremos muitas ações penais contra criminalistas, no que são contratados por acusados de delitos até gravíssimos. É claro que poderão supor que os honorários, os valores estampados nos honorários são provenientes de crimes praticados por traficantes, por contraventores e por outros criminosos, valendo notar que houve a reforma da lei nº 9613/98. Abandonou-se o rol exaustivo referente ao crime antecedente. Hoje, numerário proveniente de qualquer crime poderá ser tido como lavado ou como branqueado, vocábulo da preferência de alguns (BARBOSA, 2013).

Recentemente, a Teoria ganhou notoriedade no julgamento da Operação Lava Jato, ao ser utilizada pelo Juiz titular da 13ª Vara Criminal Federal de Curitiba, Paraná, Sergio Moro.

Da análise da sentença da Ação Penal 5026212-82.2014.4.04.7000/PR, percebe-se que o Juiz entendeu pela permissividade da utilização do instituto de dolo eventual no delito de lavagem de dinheiro:

346. São aqui pertinentes as construções do Direito anglo-saxão para o crime de lavagem de dinheiro em torno da “cegueira deliberada” ou “willful blindness” e que é equiparável ao dolo eventual da tradição do Direito Continental europeu. Escrevi sobre o tema em obra dogmática (MORO, Sergio Fernando. Crime de lavagem de dinheiro. São Paulo, Saraiva, 2010).

347. Em síntese, aquele que realiza condutas típicas à lavagem, de ocultação ou dissimulação, não elide o agir doloso e a sua responsabilidade criminal se escolhe permanecer ignorante quando a natureza dos bens, direitos ou valores envolvidos na transação, quando tinha condições de aprofundar o seu conhecimento sobre os fatos.

348. A doutrina da cegueira deliberada, apesar de constituir construção da *common law*, foi assimilada pelo Supremo Tribunal Espanhol (STE), ou seja, corte da tradição da civil law, em casos de receptação, tráfico de drogas e lavagem, dentre outros. Por todos, transcrevo parcialmente trecho de decisão do Supremo Tribunal Espanhol na STS 33/2005, na qual a ignorância deliberada foi assimilada ao dolo eventual (os julgados do STE podem ser acessados através do site www.poderjudicial.es/jurisprudencia/?nocache=503):

“La prueba de conocimiento del delito de referencia es un dato subjetivo, lo que le convierte en un hecho que dada su estructura interna sólo podría verificar-se -- salvo improbable confesión-- por prueba indirecta, y en este sentido la constante jurisprudencia de esta Sala ha estimado que a tal conocimiento se puede llegar siempre que se acredite una conexión o proximidad entre el autor y lo que podría calificarse ‘el mundo de la droga’.

Esta doctrina se origina en la STS 755/97 de 23 de Mayo, y se reitera en las de 356/98 de 15 de Abril, 1637/99 de 10 de Enero de 2000, 1842/99 de 28 de Diciembre, 774/2001 de Mayo, 18 de Diciembre de 2001, 1293/2001 de 28 de Julio, 157/2003 de 5 de Febrero, 198/2003 de 10 de Febrero, 1070/2003 de 22 de Julio, 1504/2003 de 25 de Febrero y 1595/2003 de 29 de Noviembre, entre otras, precisándose en la jurisprudencia citada, que no se exige un dolo directo, bastando el eventual o incluso como se hace referencia en la sentencia de instancia, es suficiente situarse en la posición de ignorancia deliberada. Es decir quien pudiendo y debiendo conocer, la naturaleza del acto o colaboración que se le pide, se mantiene en situación de no querer saber, pero no obstante presta su colaboración, se hace acreedor a las consecuencias penales que se deriven de su antijurídico actuar. Es el principio de ignorancia deliberada al que se ha referido la jurisprudencia de esta Sala, entre otras en SSTs 1637/99 de 10 de Enero de 2000, 946/2002 de 16 de Mayo, 236/2003 de 17 de Febrero, 420/2003 de 20 de Marzo, 628/2003 de 30 de Abril ó 785/2003 de 29 de Mayo.”

349. A jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por sua vez, já empregou o conceito para crimes de contrabando e descaminho:

“Age dolosamente não só o agente que quer o resultado delitivo, mas também quem assume o risco de produzi-lo (art. 18, I, do Código Penal). Motorista de veículo que transporta drogas, arma e munição não exclui a sua responsabilidade criminal escolhendo permanecer ignorante quanto ao objeto da carga, quando tinha condições de aprofundar o seu conhecimento. Repetindo precedente do Supremo Tribunal Espanhol (STS 33/2005), ‘quem, podendo e devendo conhecer, a natureza do ato ou da colaboração que lhe é solicitada, se mantém em situação de não querer saber, mas, não obstante, presta a sua colaboração, se faz devedor das consequências penais que derivam de sua atuação antijurídica’. Doutrina da ‘cegueira deliberada’ equiparável ao dolo eventual e aplicável a crimes de transporte de substâncias ou de produtos ilícitos e de lavagem de dinheiro.” (ACR 5004606- 31.2010.404.7002 - Rel. Des. Federal João Pedro Gebran Neto - 8ª Turma do TRF4 - un. - j. 16/07/2014)

350. Portanto, mesmo que não fosse reconhecido o dolo direto em relação a parte dos acusados, seria forçoso o reconhecimento do dolo eventual.

Em sede de Apelação Criminal, o Desembargador Federal João Pedro Gebran Neto, do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, assim se pronunciou:

Com efeito, age dolosamente não só o agente que quer o resultado delitivo, mas também o que assume o risco de produzi-lo (artigo 18, I, do Código Penal).

Absolutamente pertinentes aqui as construções do Direito anglo-saxão a respeito da doutrina da cegueira deliberada (*willful blindness doctrine*).

Alguns apontam como precedente remoto da doutrina sentença inglesa de 1861 no caso Regina v. Sleep. No Direito norte-americano, o *leading case* da Suprema Corte norte-americano é apontado como sendo Spurr v. US, 174 US 728 (1899). A partir da década de 70 do século XX, a doutrina passou a ser utilizada em casos de tráfico de drogas, particularmente em casos nos quais o acusado negava conhecimento da natureza da droga que transportava. Dois casos são apontados como precedentes desta tendência, Turner v. United States, 396 U.S. 398 (1970), da Suprema Corte, e United States, v. Jewell, 532 F.2d 697, 70 (1976), da 9.ª Corte de Apelações Federais.

No caso Jewell, no qual o acusado havia transportado 110 libras de maconha do México para os Estados Unidos e em um compartimento secreto de seu carro, a Corte entendeu que a alegação dele, de que não sabia exatamente a natureza do que transportava escondido, não eliminava a sua responsabilidade criminal, pois ele teria agido com propósito consciente de evitar conhecer a natureza do produto que transportava.

É importante destacar que “ignorância deliberada” não se confunde com negligência, havendo aqui a mesma fronteira tênue, pelo menos do ponto de vista probatório, entre o dolo eventual e a culpa consciente.

A *willful blindness doctrine* tem sido aceita pelas Cortes norte-americanas para diversos crimes, não só para o transporte de substâncias ou produtos ilícitos, mas igualmente para o crime de lavagem de dinheiro. Em regra, exige-se: a) que o agente tenha conhecimento da elevada probabilidade de que pratica ou participa de atividade criminal; b) que o agente agiu de modo indiferente a esse conhecimento; e c) que o agente tenha condições de aprofundar seu conhecimento acerca da natureza de sua atividade, mas deliberadamente escolheu permanecer ignorante a respeito de todos os fatos envolvidos.

A doutrina da cegueira deliberada, apesar de constituir construção da *common law*, foi assimilada pelo Supremo Tribunal Espanhol (STE), ou seja, corte da tradição da *civil law*, em casos de receptação, tráfico de drogas e lavagem, dentre outros. Ilustrativamente, na STS 420/2003, o caso envolvia acusada que havia aceitado, a pedido de terceiro e por setenta mil pesetas, levar flores a um cemitério e nas quais estavam escondidas bolsas contendo cerca de um quilo de heroína e cocaína. Segundo o STE:

«es evidente que la aceptación del encargo en tales condiciones dichas por la recurrente proclamaría el conocimiento de la realidad de lo que se ocultaba en su interior, de acuerdo con el principio de ignorancia deliberada, según el cual quien no quiere saber aquello que puede y debe conocer, y sin embargo trata de beneficiarse de dicha situación, si es descubierta no puede alegar ignorancia alguna, y, por el contrario, debe responder de las consecuencias de su ilícito actuar -- STS 946/02 de 22 de Mayo, y las en ella citadas, todas precisamente, en relación a casos de tráfico de drogas--.»

Na STS 33/2005, a doutrina foi invocada em caso de lavagem de dinheiro, sendo na ocasião assimilada a ignorância deliberada ao dolo eventual:

«(...) quien pudiendo y debiendo conocer, la naturaleza del acto o colaboración que se le pide, se mantiene en situación de no querer saber, pero no obstante presta su colaboración, se hace acreedor a las consecuencias penales que se deriven de su antijurídico actuar. Es el principio de ignorancia deliberada al que se ha referido la jurisprudencia de esta Sala, entre otras en SSTs 1637/99 de 10 de Enero de 2000, 946/2002 de 16 de Mayo, 236/2003 de 17 de Febrero, 420/2003 de 20 de Marzo, 628/2003 de 30 de Abril ó 785/2003 de 29 de Mayo.»

Tais construções em torno da cegueira deliberada assemelham-se ao dolo eventual da legislação e doutrina brasileira.

Evidenciado que o acusado assumiu o risco de dissimular a origem, disposição, movimentação e propriedade dos valores, agiu, senão com dolo direto, então com dolo eventual a crer-se em sua versão.

De maneira similar, a Teoria foi utilizada no julgamento das ações penais 5047229-77.2014.4.04.7000/PR, 5007326-98.2015.4.04.7000/PR, dentre outras.

Em razão disso, passa-se à análise da possibilidade de o advogado, ao receber honorários advindos de valores ilícitos, responder a processos criminais.

4 A NOVA LEI DE LAVAGEM DE DINHEIRO, A ATUAÇÃO DO ADVOGADO E O RECEBIMENTO DE HONORÁRIOS MACULADOS

Com a ampla utilização pela jurisprudência da Teoria da Cegueira Deliberada, em especial nos crimes de lavagem de capitais, faz-se necessária a discussão sobre a possibilidade de condenação dos advogados pelo crime de lavagem em razão do recebimento de honorários maculados.

No ano de 2012, adveio a Lei 12.683, que trouxe significativas mudanças à Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei 9.613/98).

Essas mudanças ocorreram com o objetivo de obedecer às Recomendações do GAFI/FATF (Grupo de Ação Financeira contra a Lavagem de Dinheiro e o Financiamento do Terrorismo), “organização intergovernamental cujo propósito é desenvolver e promover políticas nacionais e internacionais de combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo” (COAF, 2014).

Serão analisadas, neste trabalho, em especial, as mudanças contidas nos artigos 1º e 9º, que se referem, respectivamente, ao tipo penal do delito de lavagem de capitais e às pessoas sujeitas ao mecanismo de controle disposto nos artigos 10 e 11.

Inicialmente, a Lei 9.613/98 continha a seguinte redação:

Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de crime:

I - de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins;

II - de terrorismo e seu financiamento;

III - de contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado à sua produção;

IV - de extorsão mediante seqüestro;

V - contra a Administração Pública, inclusive a exigência, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, de qualquer vantagem, como condição ou preço para a prática ou omissão de atos administrativos;

VI - contra o sistema financeiro nacional;

VII - praticado por organização criminosa.

VIII - praticado por particular contra a administração pública estrangeira

Pena: reclusão de três a dez anos e multa.

[...]

§ 2º Incorre na mesma pena quem:

I - utiliza, em atividade econômica ou financeira, bens direitos ou valores que sabe serem provenientes de qualquer dos crimes antecedentes referidos neste artigo.

Com a nova Lei 12.683/12, a redação passou a ser:

Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal.

Pena: reclusão de três a dez anos e multa.

[...]

§2º Incorre na mesma pena quem:

I - utiliza, em atividade econômica ou financeira, bens direitos ou valores provenientes de infração penal.

Dentre as mudanças que a Lei 12.683/12 provocou, é possível observar a extinção do rol de crimes antecedentes – considerando, assim, qualquer tipo de infração penal (crime e contravenção penal) praticada como crime antecedente – bem como a supressão da expressão “que sabe serem” do inciso I do § 2º do art. 1º, que indicava a impossibilidade de aplicação do dolo eventual. Em decorrência dessa eliminação, o dolo eventual passou a ser completamente admitido para caracterizar o crime de lavagem de dinheiro.

Luiz Regis Prado ensina que, em decorrência da possibilidade de aplicação do dolo eventual ao crime de lavagem de dinheiro, basta um conhecimento pouco aprofundado sobre a origem ilícita do dinheiro para já se configurar o crime de lavagem:

Considera-se desnecessária a existência de um conhecimento *exato, preciso ou detalhado* sobre a procedência criminosa dos bens, capitais ou valores, sendo que se conforma com o mero conhecimento superficial ou vago (conhecimento paralelo à esfera do profano), sobre a origem delitiva do bem (PRADO, 2014, p. 381.)

Esse novo entendimento gera um grave problema de proporcionalidade, pois equipara aquele que poderia saber, mas não sabe, com aquele que tem plena consciência do ilícito, sem deixar de mencionar que fere a presunção de inocência, princípio basilar do Estado de Direito, e a proibição de responsabilidade penal objetiva.

Ainda segundo Beck e Callegari (2012, p. 179-192), a aplicação da Teoria da Cegueira Deliberada impõe uma “inversão na ordem de importância do que efetivamente deve ser analisado”. Isso, porque se até ao que o agente não sabe (mas tinha potencial para saber), em vez de ao que realmente foi representado por ele.

Marco Antonio de Barros faz um alerta sobre o uso do dolo eventual, afirmando que "Não se deve utilizar o dolo eventual com o propósito de fomentar o rigor punitivo da resposta penal, muito menos com o fim de incrementar o controle social, ou para servir de instrumento de contenção social." (BARROS, 2012, p. 63-64).

Pierpaolo Cruz Bottini também adverte que, do ponto de vista da política criminal, deve-se ter cautela em aceitar o dolo eventual no crime de lavagem:

Acceptar o dolo eventual para todas as formas de lavagem de dinheiro não parece adequado do ponto de vista político criminal porque resultaria na imposição de uma carga demasiado custosa àqueles que desempenham atividades no setor financeiro, afinal, sempre será possível encontrar algum indício de mácula na procedência do capital de terceiros com o qual se trabalha, à exceção dos casos em que a licitude original é patente.

A falta de informações sobre a fonte do dinheiro pode gerar desconfiança, ao mesmo tempo em que a fungibilidade do bem impede — em geral — o reconhecimento seguro de sua procedência. Mesmo que sejam adotadas medidas de averiguação do cliente e da operação, nos termos dos atos regulatórios em vigor, sempre — ou quase sempre — haverá espaço para dúvida, e tal dúvida poderá, em um campo semântico alargado, indicar suspeita. Por isso, nos parece que a tipicidade subjetiva da lavagem de dinheiro na forma do caput do artigo 1º é limitada ao dolo direto, sendo o dolo eventual admissível apenas nos casos descritos no parágrafo 2º, inciso I da Lei (BOTTINI, 2013.)

Valles comenta seu temor de que os tribunais utilizem a Teoria como desculpa para se eximirem da obrigação de motivar suas decisões:

Finalmente, cabe advertir sobre certos riscos no uso desta doutrina e, mais concretamente, do perigo de que os tribunais espanhóis, adaptando segundo suas conveniências, acabem utilizando como subterfúgio para evitar seus deveres de motivação no que concerne a prova do conhecimento que se baseia a aplicação da figura do dolo eventual (VALLES, 2007, p. 101.)

Quanto ao art. 9º, com a nova Lei, ampliou-se o rol de pessoas obrigadas a comunicar qualquer atividade suspeita de seus clientes, incluindo, principalmente, as pessoas físicas no *caput* do artigo bem como novos incisos no parágrafo único. A mudança, evidentemente, transferiu por completo a função fiscalizadora das autoridades públicas para o particular.

Para o desenvolvimento deste artigo, merece especial atenção o inciso XVI do parágrafo único do art. 9º, pois adicionou o seguinte texto: “XVI – as pessoas físicas e jurídicas que prestem, mesmo que eventualmente, serviços de **assessoria, consultoria**, contabilidade, auditoria, aconselhamento ou assistência, de qualquer natureza, em operações.” [grifo nosso]

Ao mencionar os serviços de assessoria e consultoria, o legislador teve intenção de abranger todo tipo de atividade de assessoria e consultoria, incluindo, conseqüentemente, a figura do advogado.

Logo, com a nova Lei de Lavagem de Capitais (Lei 12.683/2012), que, como vimos anteriormente, admitiu o dolo eventual como elemento subjetivo do tipo, excluiu-se o rol de crimes antecedentes, tornando crime de lavagem qualquer tipo de infração penal (crime e contravenção penal)

anterior, bem como ampliou-se o rol de obrigados a comunicar às autoridades qualquer atividade suspeita de lavagem, incluindo, nessa lista, os advogados, conforme se observa do art. 9º, parágrafo único, XIV; criou-se, então, certo temor entre tais profissionais, em especial entre os que atuam na área criminal, de responderem a processo em razão do recebimento de honorários maculados, juntamente com seus clientes, em concurso de agentes.

Isso, porque da leitura do § 2º, inciso I, do art. 1º se pode depreender que a mera utilização do produto do crime já configura o delito ali disposto.

Assim, o advogado, ao receber os honorários maculados, estaria contribuindo para a prática da terceira etapa da lavagem, a reintegração, que consiste em trazer aparência de lícito ao dinheiro, ao bem ou ao valor ilícitos.

Entretanto, ao se obrigar o advogado a comunicar às autoridades qualquer atividade suspeita de seus clientes, criou-se um verdadeiro conflito de leis, pois as obrigações descritas nos artigos 10 e 11 da nova Lei de Lavagem vão claramente de encontro ao dever de sigilo do profissional previsto nos artigos 25 a 27 do Código de Ética e Disciplina; às prerrogativas do Estatuto da Ordem dos Advogados (art. 1º, 2º e 7º); à relação de confiança com o cliente, que é pressuposto da atividade do advogado e, por fim, aos direitos garantidos pela Constituição Federal, como a ampla defesa, o direito de não produzir provas contra si e a essencialidade do advogado para a administração da justiça.

Desse modo, indaga-se, até que ponto as ideias de política criminal podem diminuir as garantias consagradas no Estado de Direito?

Vale ressaltar que até mesmo a Nota Interpretativa da Recomendação número 23 do GAFI dispõe que o advogado, quando atua no estrito cumprimento de sua profissão, é isento da obrigação de comunicar às autoridades:

1. Não será exigido que advogados, tabeliães, outras profissões jurídicas independentes e contadores, quando atuarem como profissionais legais independentes, comuniquem transações suspeitas se as informações relevantes tiverem sido obtidas em circunstâncias em que estiverem sujeitos a segredo profissional ou privilégio profissional de natureza legal.
2. Cabe a cada país determinar as questões que se encaixariam em segredo profissional ou privilégio profissional de natureza legal. Normalmente, estão incluídas as informações que advogados, tabeliães ou outras profissões jurídicas independentes e contadores recebam ou obtenham por meio de clientes: (a) durante a averiguação da posição legal de seu cliente, ou (b) durante seu trabalho de defender ou representar tal cliente em processos judiciais, administrativos, de arbitragem ou mediação (FATF-GAFI, 2012.)

Nesse mesmo sentido é a Diretiva 2005/60/CE do Parlamento Europeu e do Conselho que, em seu art. 9º, 5, excluiu os advogados contenciosos do dever de comunicação, confira-se:

os Estados-Membros não são obrigados a aplicar o parágrafo anterior (obrigações referentes às comunicações obrigatórias) quando notórios, membros de profissão jurídica independentes, auditores, técnicos de conta externa ou consultores fiscais estiverem a determinar a situação jurídica se um cliente ou a exercer a sua missão de defesa ou de representação desse cliente num processo judicial ou a respeito de um processo judicial, inclusivamente quando se trata de conselhos relativos à forma de instaurar ou evitar um processo.

Nesse mesmo sentido, também, é o que defende André Callegari (2012), ao entender que, de modo algum, o advogado, no exercício de sua atividade, pode ser processado por delito de lavagem, tendo em vista a sua indispensabilidade à administração da justiça, que assegura o livre exercício da advocacia:

As condutas que se restrinjam as atividades cotidianas do exercício da advocacia não podem ser vistas em qualquer hipótese como participação no delito de lavagem de dinheiro, ainda quando o profissional receba como pagamento de honorários os valores de que não saiba a procedência.

Por todo o exposto, os doutrinadores discutem, no âmbito do Direito Penal Material, soluções para o caso.

Para os doutrinadores Bottini & Rios, o ato de gastar é mero exaurimento do crime de lavagem, e não parte integrante do delito.

O exaurimento funciona como pós *factum* não punível, que apenas exaure um delito já consumado (BECKER, 2004, p. 68); caso contrário, ocorreria dupla punição por um mesmo fato delituoso, o que violaria o princípio do *non bis in idem*, vedado pelo nosso Direito Penal.

Rodrigo Rios entende, ainda, que o recebimento de honorários maculados por parte do advogado se trata de conduta neutra, atípica, pois ele apenas está recebendo por um serviço prestado, de modo que “não cria um risco penalmente desaprovado, ao não revelar, com sua conduta, nenhum sentido objetivamente delitivo, situando-se dentro dos limites do risco permitido” (RIOS, 2010, p. 236).

Rios (2010) prevê, inclusive, hipóteses de mitigação da sua teoria, que seria a necessidade de atos fraudulentos de transformação, não bastando o mero consumo:

Essa análise conduziria à conclusão de que somente o ‘recebimento’ (no caso, honorários maculados) revelador do efeito de *ocultação* ou *dissimulação* poderia ser elevado a categoria de conduta típica, sempre e quando esse ato viesse a contribuir com a consolidação das vantagens econômicas obtidas pelo autor do delito prévio. As condutas neutras serão típicas apenas se implicarem ‘*ocultação* ou *dissimulação*’ estando revestidas de atipicidade quando constituem um mero ato de consumo, independentemente de configurar uma transformação do objeto. Parece evidente, em tese, que o pagamento de honorários com dinheiro de origem delitiva do advogado implica um ‘ato de transformação do dinheiro em serviços profissionais do defensor’, não gerando por si só ‘ocultação ou dissimulação de sua origem nem consolidação da capacidade econômica daquele que o entrega’, pois, em princípio, permanece nos limites do risco permitido à atividade profissional respectiva (p. 134).

Essa ideia já foi utilizada pelo Desembargador Nefi Cordeiro, do TRF 4ª Região 1999.70.00.013518-3/PR. Todavia, há críticas a esse pensamento, porque a ausência de tipo objetivo só cabe para o partícipe e, no presente caso, o advogado que recebe honorários maculados se iguala ao autor do crime de lavagem.

Em contrapartida, Fabio André Guaragni e Maria Fernandes Ortigara, em seu artigo intitulado "O crime de Lavagem de Dinheiro e o Papel do Advogado frente aos Honorários Advocatícios Maculados", publicado na Revista Jurídica, defendem a ideia de que o advogado deve ser processado, pois estaria praticando a terceira etapa da lavagem, a integralização.

Igualmente, se o advogado vier a saber da origem ilícita dos seus honorários e, intencionalmente, não a comunicar às autoridades, poderá responder na forma comissiva por omissão, uma vez que o art. 9º, parágrafo único, institui deveres de vigilância, e o advogado assume a posição de garante prevista no art. 13, §2º, a, do CP.

Argumenta, ainda, que o objetivo da Lei é proteger a ordem econômica e financeira, evitando que o criminoso utilize o produto do crime e possa lucrar com a atividade criminosa:

Contudo, excluindo o advogado dessa responsabilidade, deixa-se de observar o real objetivo da lei de lavagem de capitais, que é impossibilitar os criminosos de se beneficiarem com o produto do crime, e, quando estes pagam suas defesas com os valores oriundos da lavagem, estão finalizando a terceira etapa da lavagem de dinheiro, integralizando o dinheiro em um negócio lícito (a advocacia), fazendo o valor voltar a circular pela sociedade, dificultando ainda mais a investigação (ORITIGARA, 2014, p. 312-357.)

Marcelo Batlouni Mendroni entende que o sigilo profissional não pode ser absoluto, sendo ele inerente aos dados do processo:

O direito de sigilo profissional, como qualquer outro direito, não pode ser absoluto. Não é possível interpretar, nesses casos, que o advogado não possa ou não deva, “por dever de sigilo profissional” recusar-se a prestar informações a respeito de “qual a Causa” que defende, e “quem” é ou quem são os seus clientes. O sigilo profissional do advogado é evidentemente inerente ao âmbito do teor do processo, e não aos dados exteriores a ele relativos (MENDRONI, 2006.)

Já a doutrinadora e Professora Heloisa Estellita, juntamente com Luiz Armando Badin, Pierpaolo Cruz Bottini e Celso Sanches Vilardi, acreditam que a OAB, órgão responsável por regulamentar a questão, deveria implementar um código de boa conduta, assim como existe nos Estados Unidos, afastando daqueles que cumprem com suas obrigações responder a qualquer tipo de processo e garantindo, assim, mais segurança jurídica ao operador do direito:

Em especial no âmbito consultivo, os serviços prestados por advogados podem contribuir, ainda que involuntariamente, para a prática de crime de lavagem de capitais praticado por seus clientes. Nesse âmbito parece importante uma regulação por parte da OAB. A falta de diretrizes, ao contrário de assegurar a liberdade do exercício profissional, acarreta insegurança. [...]

A inviolabilidade e o sigilo não impedem esse crescente número de investigações criminais contra os advogados, daí porque o tema, bem ao contrário de afrontar nossas prerrogativas, é medida responsável que ajudará a classe, estabelecendo os limites que não podem ser ultrapassados (BADIN et al., 2014.)

Na Alemanha, no ano de 2000, o Superior Tribunal de Hamburgo decidiu que não caracteriza lavagem de dinheiro o pagamento de honorários maculados ao advogado atuante exclusivamente em processos criminais. Todavia, em 2004, em caso análogo, o Tribunal Constitucional do mesmo país caracterizou como lavagem de capitais honorários maculados recebidos pelo advogado que conhecia, de forma segura (dolo direto), a origem ilícita do dinheiro de seu cliente (RIOS, 2010, p. 188).

A decisão proferida em 2000 se fundamentou no fato de que essa hipótese afetaria a relação de confiança, implicaria a renúncia do advogado, ao aprofundar seus conhecimentos sobre o caso, geraria enfraquecimento da defesa e tornaria o advogado dativo uma exceção à regra; contudo, o principal argumento foi o direito fundamental de livre escolha do defensor do réu no livre exercício da profissão (RIOS, 2010, p. 188).

Desse modo, observa-se que se terminou por criar um problema de enormes proporções para o advogado, em especial para o que atua na área criminal.

CONCLUSÃO

A Teoria da Cegueira Deliberada, criada pela Suprema Corte inglesa, equiparou aquele que deliberadamente evita saber dos fatos e de suas consequências àquele que possui total consciência da ilicitude deles.

No Brasil, como já visto, a Teoria foi utilizada no julgamento do caso do furto ao Banco Central, para condenar por lavagem de dinheiro os sócios de uma revendedora de carros sob o fundamento de que os vendedores agiram com indiferença à estranheza do negócio realizado apenas com notas de cinquenta reais, assumindo o risco da venda em troca de dinheiro sujo.

A sentença, todavia, foi reformada pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, que entendeu não haver provas suficientes para a condenação da revendedora de carros.

Recentemente, a mesma Teoria foi utilizada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Mensalão, para condenar alguns dos acusados por lavagem de capitais, bem como pelo Juiz da 13ª Vara Federal de Curitiba no julgamento da Operação Lava Jato.

Com a utilização da Teoria na jurisprudência brasileira e a nova Lei de Lavagem de Dinheiro, que ampliou os deveres de comunicação e seus obrigados, incluindo os advogados, bem como com a exclusão do rol de crimes antecedentes e a aplicabilidade do dolo eventual no crime de lavagem, criou-se certo temor por parte dos profissionais do direito de que sejam investigados e denunciados por crime de lavagem de dinheiro no caso de recebimento de honorários maculados.

Ainda, deve-se levar em consideração que há incompatibilidade entre os princípios do Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil e alguns direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, e as obrigações previstas na nova Lei de Lavagem de Dinheiro.

Quanto à figura do advogado, é de especial atenção que a Teoria não seja aplicada àqueles profissionais que, no exercício de sua função, recebam honorários maculados, entretanto declarem devidamente o valor recebido e o utilizem de boa-fé; mas sim, àqueles que se utilizam de sua função para a prática de alguma forma de crime.

As políticas criminais não podem esmagar os princípios constitucionais de um Estado de Direito, nem mesmo os presentes no Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil.

A Teoria da Cegueira Deliberada não deve ser utilizada, ainda, para dispensar a produção de prova da acusação; e, acima de tudo, para criar a modalidade culposa do crime de lavagem de capitais, que resguardaria a proporcionalidade em caso de condenação.

Assim, é de extrema importância a discussão do tema deste artigo, a fim de que os doutrinadores, os juristas e os membros da Ordem dos Advogados do Brasil possam criar limites objetivos e efetivos para tornar possível diferenciar a atividade normal do advogado daquela em que o profissional se utiliza de sua função para a prática de ilícitos, conforme sugerido pela Doutora Heloisa Estellita.

Aprovado em: 06/07/2017. Recebido em: 15/03/2017.

REFERÊNCIAS

- BADIN, Luiz Armando; ESTELLITA, Heloisa; BOTTINI, Pierpaolo Cruz; VILARDI, Celso Sanches. **Advocacia e lavagem: é preciso desfazer alguns mal-entendidos**. Revista Consultor Jurídico, 3 jul 2014.
- BARROS, Marco Antonio de. **Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas: com comentários, artigo por artigo à Lei 9.613/1998**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- BECKER, Marina. **Tentativa criminosa: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004. p. 68.
- BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral 1**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **A cegueira deliberada no julgamento da Ação Penal 470**. Revista Consultor Jurídico, 30 jul 2013.
- BRASIL, Justiça Federal do Ceará, 2005.81.00.014586-0, 11ª Vara Federal, Juiz Danilo Fontenelle Sampaio, Data de julgamento: 26/06/2007.
- BRASIL, Justiça Federal do Paraná, AP 5026212-82.2014.45.04.7000/PR, 13ª Vara Federal, Juiz Sergio Moro, Data de julgamento: 22/04/2015.
- BRASIL, Supremo Tribunal Federal, AP 470, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, Data de julgamento: 17/12/2012, Publicado no DJe de 22/04/2013.
- BRASIL, Tribunal Regional Federal 4ª Região, ACR 5026212-82.2014.404.7000, Des. Rel. João Pedro Gebran Neto, maioria, 8ª Turma, Publicado no DJe de 22/10/2008.
- BRASIL, Tribunal Regional Federal 5ª Região, ACR5520-CE, Des. Rel. Rogério Fialho Moreira, unânime, 2ª Turma, Publicado no DJe de 22/10/2008.
- CALLEGARI, André Luis; BECK, Francis Rafael. A doutrina da cegueira deliberada e sua (in)aplicabilidade ao crime de lavagem de dinheiro. *Anuario de Derecho Penal Económico y de la Empresa*. p. 179-192, 2012.
- CALLEGARI, Andre Luiz. Breves anotações sobre a lei de lavagem de dinheiro. In: BOTTINO, Thiago; MALAN, Diogo. **Direito Penal e economia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.
- COAF, Ministério da Fazenda. **Exposição de Motivos nº 692**, 18 dez 1996.
- CONDE, Francisco Muñoz. **Teoria Geral do Delito**. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- ESPAÑA, Tribunal Supremo. Recurso nº 572/2005, Resolução nº 797/2006, Enrique Bacigalupo Zapater, Data de julgamento: 20/07/2006.
- ESPAÑA, Tribunal Supremo. Recurso nº 1489/2003, Resolução nº 33/2005, Joaquín Giménez García, Data de julgamento: 19/01/2005.
- EUA, Suprema Corte. *United States versus. Campbell*. 365 U.S. 85 (1961), julgado em 23/01/1961.
- EUA, Suprema Corte. *United States versus. Spurr*, U.S. 728 (1899), julgado em 22/05/1899.
- FATF-GAFI. **As 40 Recomendações do GAFI**. Fev 2012.
- MENDRONI, Marcelo Batlouni. **A participação de Advogados nos Crimes de Lavagem de Dinheiro**. Âmbito Jurídico, Rio Grande, IX, n. 31, jul 2006. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3388>
- NASCIMENTO, Walter Vieira do. **A embriaguez e outras questões penais (Doutrina - Legislação - Jurisprudência)**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

ORITIGARA, Marina Fernanda; GUARAGNI, Fábio André. **O crime de lavagem de dinheiro e o papel do advogado frente aos honorários advocatícios maculados**. Revista Jurídica, Curitiba, v. 4, n. 37, p. 312-57, 2014.

PRADO, Luiz Regis. **Direito Penal Econômico**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

RIOS, Rodrigo Sanchez. **Direito Penal Econômico: advocacia e lavagem de dinheiro: questões de dogmática jurídico-penal e de política criminal**. São Paulo: Saraiva, 2010.

VALLÈS, Ramon Ragués i. **La Ignorancia Deliberada en Derecho Penal**. Barcelona: Atelier, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, Jose Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

Manoela Pereira Moser

*Pós-graduada em Direito Penal Econômico pela Universidade Positivo.
Pós-graduada pela Fundação Escola do Ministério Público (FEMPAR), com
Especialização em Ministério Público – Estado Democrático de Direito.
Membro da Comissão dos Advogados Iniciantes
e da Subcomissão de Trabalhos Filantrópicos da OAB/PR.
Advogada.*

manomoser@gmail.com

A MEDIAÇÃO COMO MEIO DE SOLUÇÃO ALTERNATIVA DE CONTROVÉRSIA DOS CONFLITOS SOCIOAMBIENTAIS

Juliana Cabral Lima

MEDIATION AS AN ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION (ADR) IN SOCIAL ENVIRONMENT CONFLICTS

RESUMO

A crescente judicialização de demandas que envolvem os conflitos socioambientais, bem como a constatação do tratamento inapropriado que está sendo dispensado a elas, despertou o interesse por tratamento alternativo para esses casos. O presente estudo, utilizando-se da metodologia da pesquisa bibliográfica, procurou entender o conflito socioambiental e analisar tanto a solução alternativa de conflito proporcionada pela mediação quanto a viabilidade desta para resolvê-lo com base nas disposições normativas existentes no ordenamento jurídico brasileiro. Concluiu-se pela confirmação da hipótese levantada, de que a mediação é um caminho, visto que ela, por ser meio célere de solução de conflito – atualmente regulamentado, que possibilita transacionar direitos indisponíveis – e por ser intermediada por mediador imparcial, possibilita às partes a negociação paritária na busca por determinado interesse comum e convergente. Ou seja, a mediação mostra-se como meio hábil para a solução eficaz e sustentável dos conflitos ambientais na linha do que impõe a atual política pública de tratamento adequado dos conflitos.

» PALAVRAS-CHAVE: CONFLITO SOCIOAMBIENTAL. JUDICIALIZAÇÃO. MEDIAÇÃO.

ABSTRACT

The growing judicialization of demands involving social environment conflicts, as well as the realization of the inadequacy of the treatment given to such concrete cases, has awoken the interest for the study of an alternative resolution to these circumstances. Therefore, by means of bibliographic research, the present paper aims to understand the social environment conflict, analyze the alternative solution for conflict given by mediation and its feasibility to resolve the social environmental conflict based on the existing normative resolutions in the Brazilian legal system. Since mediation is a rapid means of conflict solution, currently regulated, with the possibility of transacting regarding unavailable rights because it is intermediated by an impartial mediator, the hypothesis of the possibility of the parts having a negotiation on the same level was confirmed. In the search for a common convergent interest, mediation has shown to be a dexterous means to an effective and sustainable solution of environmental conflicts, regarding the current public politics of adequate conflict resolution.

» KEYWORDS: CONFLICT. SOCIAL ENVIRONMENT CONFLICT. JUDICIALIZATION. MEDIATION.

INTRODUÇÃO

Esta pesquisa objetiva analisar se a mediação, como método de solução alternativa de conflito, é aplicável aos conflitos socioambientais. O interesse pelo assunto surgiu com a observação da prática empregada nos processos já judicializados que envolvem grandes empreendimentos de potenciais poluidores.

Para tanto, utilizou-se a metodologia da pesquisa bibliográfica, por meio da qual são analisados os pontos de vista doutrinários acerca do instituto da mediação, do bem jurídico socioambiental tutelado nesses

conflitos e, por fim, da inadequação do processo judicial e da viabilidade da mediação para o tratamento do conflito socioambiental.

No atual cenário, o meio ambiente e as relações dele decorrentes geram conflitos árduos, tendo em vista a dicotomia de seus interesses, na maioria das vezes, antagônicos pela sua natureza. A Constituição Federal de 1988 (CF/88) tornou fundamental a proteção do meio ambiente para as gerações presentes e futuras e, com isso, normatizou o princípio do desenvolvimento sustentável, que deverá ser sempre o caminho que pauta a dinâmica da sociedade e as particularidades dos conflitos socioambientais, de modo a se alcançar o tratamento adequado para que o conflito não volte a ocorrer.

No entanto, observa-se que, a cada novo empreendimento que será desenvolvido ou novo dano ambiental que foi gerado, ocorre verdadeira enxurrada de ações que se amontoam no Poder Judiciário. É de se ver, portanto, que essa via adversarial não se tem mostrado capaz de concretizar a paz social; ao contrário, passou a ser usada como verdadeira arma para os interesses antagônicos, e cada vez mais fervorosos, das duas vertentes que são criadas.

Atualmente, têm-se, no ordenamento jurídico brasileiro, as soluções alternativas de conflito – entre as quais, a mediação – que buscam tratar relações duradouras de forma ampla, sem se aterem ao objeto judicializado, preocupando-se com o que está por trás do conflito e não apenas com o problema pontual apresentado.

Guy Burgess & Heidi Burgess (2016) observaram que o uso das técnicas da mediação para construir o consenso nos conflitos ambientais encontra duas grandes barreiras: primeiro, a própria natureza desses conflitos e, depois, os seus personagens, que não costumam buscar a negociação, porque acreditam que, pela via judicial, conseguirão melhor resultado. Ocorre que essa postura gera conflitos cada vez mais destrutivos, seja por criarem ambiente hostil, seja por negligenciarem a origem do conflito.

Quando são usados os processos de construção do consenso, visa-se, na contramão da postura adversarial, a que os personagens envolvidos nos conflitos procurem alcançar um acordo, para, depois, implementá-lo com sucesso. Assim, é importante a consciência de que construir o consenso nem sempre significará conquistar a unanimidade, mas sim buscar certa posição em que todos os envolvidos possam conviver em harmonia de interesses.

Trata-se de nova percepção para o tratamento das colisões de interesse, a qual se volta para a deliberação conjunta, não sentenciosa, na criação de valor e em trocas recíprocas, de modo que os personagens envolvidos busquem seu interesse comum e torçam mais pelo sucesso do acordo do que pelo seu fracasso (SUSSKIND, Lawrence et al. 2008, p. 31-2).

Nessa linha, a pesquisa analisará o instituto da mediação, suas principais características, seu marco legal e seu uso tanto na via judicial como na extrajudicial. Também serão estudadas as características do conflito socioambiental, qual o bem jurídico tutelado e o princípio do desenvol-

vimento sustentável que baliza essa relação. Para concluir a pesquisa, será explorado o que tem acontecido com as disputas em trâmite na via judicial, as políticas públicas para o tratamento de conflitos, o instrumento adequado para a viabilização do acordo no âmbito de direitos indisponíveis e a possibilidade de a mediação ser utilizada nesses casos.

1 A MEDIAÇÃO

1.1 O CONCEITO E A CLASSIFICAÇÃO

A mediação é um método alternativo de solução de conflito usado por aqueles envolvidos em relações duradouras e contínuas, os quais, mais que resolver uma controvérsia específica, estão dispostos a solucionar, de forma macro, as questões conflituosas presentes na relação, para que esta continue a subsistir de forma harmônica.

Ser um método alternativo de conflito significa ser um procedimento almejado por aqueles litigantes que, imbuídos do dever de cooperação, no interesse de alcançar a solução negocial para o conflito, buscam a ajuda de um terceiro imparcial que auxiliará a composição. No caso da mediação, esse terceiro será o mediador.

É importante ressaltar que, para Silva Junior (2014, p. 391-2), esse mediador não tem o poder de impor sua vontade, determinando um resultado. O referido doutrinador entende a mediação, de modo geral, como negociação assistida por terceiro imparcial que não possui qualquer ingerência nos termos do acordo alcançado pelas partes envolvidas na disputa.

Por outro lado, partilha dos ensinamentos de Serpa (1999, p. 145) quanto ao fato de a mediação transcender o conteúdo do conflito. Em outras palavras, destaca que não se trata de mera negociação com disposições recíprocas entre as partes; na mediação, há “a formação de um atuar cooperativo que se deve aproximar de um consenso, pautado na sustentabilidade das diferenças existentes entre os mesmos”.

Ao definir a natureza da mediação, Santos e Galvão Filho (2014) defendem que se trata de método heterocompositivo, uma vez que há a participação do mediador como terceiro determinado, que aplica certo método técnico-científico, conduzindo as partes à solução do conflito.

Didier Jr. (2016, p. 273) discorda. Para este, a mediação assim como a conciliação são exemplos de autocomposição, pois o terceiro intervém com a simples função de auxiliar as partes a chegarem à composição, e a ele não cabe resolver o problema, como acontece nos métodos heterocompositivos, em que o terceiro impõe a solução.

Ao definir e caracterizar a mediação, Pedreño (2014, p. 29) considera-a como uma modalidade de conciliação na qual o mediador, utilizando-se de técnicas específicas, facilita o acordo entre as partes. No mesmo sentido do ensinado por Silva Junior e Didier Jr., frisa que o mediador não toma

qualquer decisão na mediação, apenas facilita a busca das partes por alternativa válida, que atenda à expectativa de ambas, de modo a evitar o conflito. Destaca, ainda, que, na mediação, as regras de confidencialidade e de imparcialidade têm de ser observadas, assim como, de suma importância, a aquiescência das partes deve ser um consentimento informado.

1.2 AS PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS

Definido o que é a mediação, cumpre ponderar suas principais características. Com base nessas especificidades é que será possível a avaliação, mais adiante, de seu uso nos conflitos socioambientais, objeto deste trabalho.

Como visto, a mediação transcende o conflito, porque enquadra a controvérsia nas normas já existentes e orienta as partes para a criação de soluções adequadas para os envolvidos no conflito. Com isso, o mediador modifica a visão das partes sobre o problema e “de algo negativo o conflito passa a compreender o caminho para o entendimento, para a harmonia entre as partes” (SALES, 2004, p. 25). Passando a ser entendida como algo positivo, a solução para o conflito torna-se mais simples.

No que tange ao mediador, ele tem como tarefa primordial o restabelecimento da comunicação, de modo a reabrir o diálogo entre as partes, para que estas cheguem a uma solução consensual.

Com isso, Meirelles e Miranda Neto (2014, p. 301-2) destacam que o objetivo primordial da mediação não é o acordo em si, mas o restabelecimento da relação entre os protagonistas. Disso decorre o motivo de a mediação, ao contrário do que acontece na conciliação, ser indicada para conflitos circunstanciais, visto ser, tecnicamente, adequada para a solução de conflito em relações continuadas e, portanto, de maior complexidade, pois envolve aspectos multidisciplinares.

Demarchi (2007, p. 59), nessa mesma linha de pensamento, observa que o objetivo maior da mediação é conduzir as partes à cooperação, e não ao acordo em si. Por intermédio de técnicas de mediação, o mediador, sem dar sua opinião ou fazer qualquer sugestão dos termos que serão acordados, conduz o tratamento do conflito de modo que as partes, antes incapazes de negociar diretamente, consigam, por si sós, alcançar uma solução para o problema.

Tratando dos objetivos da mediação, Sales (2004, p. 27) aponta quatro como principais: (i) solução dos problemas; (ii) prevenção de conflitos; (iii) inclusão social; e (iv) paz social.

Nesse diapasão, tem-se que, com o objetivo de solucionar o problema, a mediação atua com o restabelecimento do diálogo entre as partes, na busca por um acordo justo e satisfatório que atenda a todos aqueles abrangidos pela situação conflituosa. Ou seja, a mediação atua na administração do conflito, para que as partes participem e decidam a resolução da controvérsia. Pacifica-se o conflito com o encontro entre os interesses das partes envolvidas; logo, não haverá ganhador-perdedor, pois ambos ganharão (SALES, 2004, p. 28-9). Em outras palavras, conquista-se o acordo “ganha-ganha”, pois se busca determinada solução por meio da qual ambas as partes saiam satisfeitas.

No que tange à prevenção de conflitos, a mediação alcança esse objetivo no momento em que trata o conflito por meio da boa administração do problema e do restabelecimento do diálogo. Nesse sentido, tem-se a prevenção, pois alcança-se a solução real do conflito, criando e recriando o vínculo entre as partes envolvidas e reativando o canal de comunicação. Além disso, ao converter o conflito de algo negativo em positivo, transforma-se a relação de disputa em relação de colaboração. Em outras palavras, a mediação atinge seu objetivo preventivo, quando traz aos envolvidos a consciência de seus direitos, deveres e responsabilidade sobre eles, facilitando a obtenção e o cumprimento do acordo e a manutenção da relação (SALES, 2004, p. 30-1).

Ao permitir que a solução do conflito seja tomada pelas partes envolvidas, sejam elas quem forem, a mediação permite maior inclusão das partes, pois possibilita que mesmo a parte mais fraca (aquela que tem desvantagem econômica, social ou de poder em relação à outra) exerça o direito de escolher e de decidir sobre a solução para o problema, conscientizando-os, por outro lado, de suas responsabilidades pelas decisões tomadas (SALES, 2004, p. 32).

Por fim, ao alcançar os três objetivos anteriores, a paz social é atingida pela mediação, porque esta resolve o conflito imediato, restabelece a comunicação entre as partes, promove a inclusão delas na solução da controvérsia e previne futuros problemas. Assim, ao permitir que as partes alcancem o seu interesse comum, pode-se dizer que a paz social foi efetivada por intermédio da mediação (SALES, 2004, p. 33-4).

Além disso, para que o conflito seja solucionado por meio da mediação, faz-se necessário que o mediador respeite a identidade dos polos envolvidos, isto é, que tenha conhecimento dos valores sociais e familiares, das relações preexistentes, entre outros. Sem esse conhecimento, o tratamento do conflito não seria viável.

Seguindo esse pensamento, Demarchi (2007, p. 51) ensina que o mediador deve aprofundar a abordagem utilizada, de modo a conseguir criar novos paradigmas para as partes envolvidas, apresentar a elas novas formas de lidar com a situação conflituosa, bem como afastar a valoração negativa do conflito, o que se dá pela escuta e pela aceitação dos limites da percepção.

1.3 O MARCO LEGAL – RESOLUÇÃO Nº 125/2010 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ) – RESOLUÇÃO Nº 125/2010/CNJ – LEI Nº 13.140/2015 – LEI DA MEDIAÇÃO – LEI Nº 13.105/2015 – CPC

Apesar de a negociação como forma de dirimir conflitos não ser novidade para o ser humano, a normatização das soluções alternativas de conflito, incluindo a mediação, é recente. Para SERPA (1999, p. 67-70), “os tribunais sempre foram a última opção. *Alternative Dispute Resolution* [ADR] não é panaceia do século XX. ” Para essa professora, no âmbito da sociedade ocidental, teria sido a sociedade americana que iniciou a pesquisa de métodos alternativos de conflito na modernidade, na década de sessenta, mas, com trabalhos concretos, apenas nos anos oitenta. A partir daí, foi-se expandindo pelo Canadá, Europa, inicialmente França, Inglaterra e Espanha.

Gabbay e Takahashi (2014, p. 5-6) destacam a importância do Judiciário como precursor do marco legal para a normatização da mediação no sistema jurídico brasileiro, dando destaque à Resolução nº 125/2010/CNJ, “que dispõe sobre a ‘Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesse no âmbito do Poder Judiciário’, considerando o consenso no mesmo patamar da decisão judicial, sendo ambos forma de acesso ao Judiciário e à justiça”.

De fato, a Resolução nº 125/2010/CNJ abriu caminho para a normatização da mediação no ordenamento brasileiro até que a própria Lei da Mediação viesse a ser publicada, em 26 de junho de 2015, o que mostra o quão recente é, no Brasil, a normatização da mediação como solução alternativa de conflito.

Além da Lei da Mediação, é importante destacar, como marco legal para a mediação, o CPC, que entrou em vigor no dia 18 de março de 2016. Isso, porque o CPC incentiva a autocomposição, ratificando a tendência da Resolução nº 125/2010/CNJ.

Ao demonstrar esse incentivo, Didier Jr. (2016, p. 271) evidencia, no CPC, o capítulo dedicado apenas à conciliação e à mediação (arts. 165-75), no qual se institui a audiência antes da apresentação da defesa, no intuito de que o litígio seja resolvido pela autocomposição (arts. 334 e 665); autoriza-se a homologação judicial de acordo extrajudicial de qualquer natureza (art. 515, III, e 725, VIII); permite-se que, em caso de acordo judicial, sejam incluídos em seu termo assuntos estranhos ao objeto da demanda (art. 515, § 2º); e permitem-se acordos processuais (ou seja, que versem sobre o processo e não o seu objeto) atípicos (art. 190).

Não por outro motivo que constou nas normas fundamentais do CPC, nos §§ 2º e 3º do art. 3º, a promoção por parte do Estado da solução consensual do conflito e o estímulo por parte de juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público à conciliação e à mediação.

O art. 166 do CPC traz como princípios norteadores da mediação a independência, a imparcialidade, a autonomia da vontade, a confidencialidade, a oralidade, a informalidade e a decisão informada. A Lei da Mediação, em seu art. 2º, acrescenta, ainda, três princípios: a isonomia entre as partes, a busca pelo consenso e a boa-fé.

É importante destacar que, para resguardar as particularidades necessárias a questões que envolvam interesse público e, portanto, devam observar o princípio da publicidade, o art. 30 da Lei da Mediação ressalva que o princípio da confidencialidade será excetuado, se as partes expressamente decidirem, ou quando sua divulgação for exigida por lei ou necessária ao cumprimento de acordo obtido pela mediação.

Conclui-se, então, que, atualmente, a mediação está completamente absorvida pelo ordenamento jurídico pátrio como forma de solução alternativa de conflito, a qual deve ser utilizada e estimulada por todos os brasileiros.

1.4 A MEDIAÇÃO E O ACESSO À JUSTIÇA

O preconceito observado quanto à mediação se revela no questionamento do acesso à justiça. Assim, tem-se que não é o objetivo da mediação substituir a justiça ou o Poder Judiciário ou contrapor-se a ele, mas sim, ser um procedimento alternativo para uma justiça rápida e acessível a todos aqueles que tenham interesse nessa opção (BRAGA NETO, 2007, p. 64).

O senso comum diz que a mediação e os demais métodos alternativos de solução de conflito irão desafogar o Judiciário; no entanto, há, na doutrina, severas críticas a esse discurso. Nesse sentido, Meirelles e Miranda Neto (2014, p. 301-7) ponderam que esse modelo de gestão voltado apenas para a “eliminação estatística de processos” não satisfaz a tutela jurisdicional e termina por impor a justiça de má qualidade. Nesse cenário, não há discussão sobre as causas que levaram ao litígio; assim, a duração do processo e a efetividade da jurisdição não podem ser desvirtuadas para atender apenas aos interesses administrativos ou gerenciais.

Por outro lado, Grinover (2007, p. 2-3), ao tratar dos fundamentos para uma justiça conciliativa, destaca que a inacessibilidade, a morosidade e o custo da justiça são o grande norte da crise que a tomou. Assim, fundamenta o uso das vias conciliativas como opção para melhor distribuição da justiça e, conseqüentemente, para o desafogamento dos tribunais. Além disso, tendo em vista a inadequação da via judicial para resolução de vários problemas da vida moderna, com a institucionalização de meios que possibilitem a autocomposição, muitos deles, que não seriam resolvidos, passariam a ter uma via adequada para serem tratados.

Todavia, a professora, apesar de não usar os mesmos fundamentos, não discorda de Meirelles e Miranda Neto no que tange ao uso inadequado das soluções alternativas de conflito apenas como meio de resolver o problema de sobrecarga do Judiciário. Isso, porque o objetivo primordial da autocomposição deve ser a solução da controvérsia que não seria adequadamente tratada na via judicial tradicional.

Assim, sem avançar na questão que envolve os prós e os contras do uso da mediação *versus* o processo judicial, uma vez que esse tema será tratado no Capítulo 3 dessa pesquisa, é de se demonstrar que, com a normatização da mediação, não há que se temer considerá-la como obstáculo para o acesso ao Judiciário, porque ela passa a ser um método reconhecido e estimulado, inclusive com previsão legal para ocorrer também na via judicial.

Assim, tem-se que o uso da mediação não afasta a jurisdição estatal, ao contrário, pode ser utilizada no curso do processo como método resolutivo do conflito já judicializado. Por outro lado, as partes possuem a opção de evitar a demanda judicial e de utilizar a mediação como meio para a solução do conflito.

2 OS CONFLITOS SOCIOAMBIENTAIS

2.1 O BEM SOCIOAMBIENTAL TUTELADO

A modernidade trouxe consigo uma série de alterações na realidade das relações sociais. Atualmente, tem-se a sociedade de consumo que está, a cada dia, mais desenfreada na busca da satisfação das necessidades criadas pelo mundo capitalista. Ocorre que, para alimentar esse consumo, o impacto direto no meio ambiente é notório, seja pela busca incessante dos recursos naturais, seja pelo descarte inadequado dos produtos que, rapidamente, tornam-se obsoletos.

Não é muito lembrar que a continuidade da existência de vida na Terra traz consigo a necessidade de se regular essas novas relações e torna imprescindível normatizar a relação da sociedade com o meio ambiente. Como bem observado por Remédio Júnior (2013, p. 32): “o sistema jurídico, sendo um dos subsistemas dentro do sistema social, sofreu a irritação advinda do sistema ecológico”. Assim, surge a necessidade de se regular e proteger o meio ambiente, tornando-o um bem jurídico tutelado.

Trazendo uma visão da antropologia para conceituar o meio ambiente como bem jurídico tutelado, Silva (2009, p. 9) pondera que, enquanto para a biologia há diferença entre meio e ambiente, sendo o meio simples entorno, e o ambiente, o “sistema dinâmico no qual a vida se desenvolve”; na antropologia, o enfoque é dado ao ambiente, que se considera aquilo que é externo ao ser humano e o envolve, interferindo diretamente no seu desenvolvimento. A antropologia, com isso, avança no conceito de meio ambiente, deixando de lado o significado apenas do natural, pois envolve também as relações culturais e históricas, analisadas como influenciadoras do “dinamismo social” na compreensão das relações que se desenvolvem.

Sem divergir, buscando unir o conceito do meio ambiente biológico à visão antropológica, Liberato (2013, p. 35) frisa que, diferentemente dos demais bens jurídicos, que se pautam por concepções personalíssimas e antropocêntricas, o direito ambiental protege o meio ambiente, constituindo-se, portanto, em direito coletivo e difuso com caráter transindividual. Por isso mesmo, essa autora defende que o meio ambiente não pode servir para a concretização das aspirações do homem, ao revés, é o homem que serve ao meio ambiente, por constituir apenas um de seus elementos.

Com a aceitação do direito ambiental como espécie de direitos difusos, conseqüentemente, há o reconhecimento de sua indivisibilidade e a indeterminação do sujeito que eles asseguram; isso, porque, no caso do bem ambiental, o sujeito de direito, muitas vezes, é a própria humanidade, positivada, inclusive, nas futuras gerações (REMÉDIO JÚNIOR, 2013, p. 35).

Seguindo nessa linha de considerações, Pedreño (2014, p. 41) define e caracteriza direito ambiental como o conjunto de normas e de princípios que garantem a preservação do meio ambiente livre de contaminações, é o direito que se ocupa com a busca pelo equilíbrio do desenvolvimento da sociedade e pela sustentabilidade, sendo, portanto, um direito preventivo, interdisciplinar, transversal, global e dinâmico.

Silva Junior (2014, p. 393-5) vai um pouco além. Ao tratar do bem ambiental tutelado, apresenta uma visão menos utópica de equilíbrio pleno entre o desenvolvimento humano e a preservação do meio ambiente, sem, contudo, diminuir a importância do bem e a sua proteção:

Por ser composto de uma série de componentes dinâmicos, em sua tutela descabe a busca por um estado absoluto de equilíbrio ecológico, mas uma forma de viabilizar as condições para que o sistema consiga absorver e gerir todas as relações que lhes são implicadas. [...] Evidentemente, o desenvolvimento humano exige o consumo de determinados recursos naturais, razão pela qual haverá sempre um nível tolerável de degradação de bens ambientais plenamente autorregenerável. A violação desse limite estaria configurada pelo rompimento da capacidade de absorção inerente ao próprio sistema, caso em que se estará diante de um dano ambiental.

Para o estudo que ora se desenvolve, é importante analisar não apenas o bem jurídico meio ambiente como se estivesse isolado dos demais direitos sociais, porque, como será visto mais adiante, é a conjunção da proteção ambiental com as questões sociais que lhe circundam que faz surgirem os conflitos. Para tanto, cumpre expor uma análise do bem jurídico que compõe a tutela socioambiental.

A CF/88, ao prever um conjunto de direitos fundamentais sociais e coletivos, como a proteção ambiental, a valorização do patrimônio cultural e a proteção dos povos indígenas e quilombolas, estabeleceu um marco histórico para o direito socioambiental. Esse direito possui como paradigma não apenas a soma dos direitos sociais com os ambientais, mas se caracteriza pela integração desses direitos, que deve ser orientada pela tolerância entre os povos e pela busca do desenvolvimento sustentável.

Nesse diapasão, Araújo e Leitão (2007, p. 28) avançam, ao demonstrar que o direito socioambiental é o reconhecimento de que não há razão de ser dos direitos socioculturais, se os direitos ambientais não estiverem garantidos, sendo o inverso verdadeiro. Em outras palavras, para exemplificar, não há porque proteger o direito indígena, se as florestas estiverem comprometidas, ou, ainda, não se justifica proteger o patrimônio cultural, se a diversidade não for tolerada.

Nesse contexto, importante dar continuidade ao estudo acerca da natureza, pública ou privada, do meio ambiente. Como dito, a CF/88 prevê a proteção do meio ambiente como direito fundamental e, além disso, define-o como bem comum, impondo ao Poder Público e a toda a coletividade o dever de protegê-lo.

Assim, destaca-se que, apesar de ser bem comum, não está limitada ao Poder Público a legitimidade para tutelar, jurisdicionalmente, seus interesses. Dessa forma, tem-se que o meio ambiente não pode ser considerado bem público *stricto sensu*, pois tem autonomia como bem e como disciplina.

Leite (2010, p. 166) acompanha esse entendimento, uma vez que não aceita a qualificação do bem ambiental como patrimônio público, pois, por ser essencial à sadia qualidade de vida, é um bem pertencente à coletividade; em outras palavras, “isso significa que o proprietário, seja ele público, seja particular, não poderá dispor da qualidade do meio ambiente ecologicamente equilibrado, devido à previsão constitucional, considerando-o macrobem cuja titularidade pertence a todos indistintamente”.

No entanto, apesar de reconhecer que a titularidade do bem ambiental é do povo, Rodrigues (2010, p. 48-9) pondera que a gestão e a regulamentação desse bem pertencem ao Poder Público,

não sendo possível a proteção e a gestão privada. Define, assim, que o bem ambiental é bem público, regido pelo Poder Público, defendendo que o uso indevido desse bem sacrifica o direito público coletivo das gerações presentes e futuras de usufruir do meio ambiente saudável.

Ao relatar a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) no 3.540, o Min. Celso de Mello firmou esse entendimento, ou seja, definiu que o meio ambiente é patrimônio público para ser protegido por toda a coletividade, sendo, assim, um direito difuso.¹

Dessa forma, pode-se concluir que se tem o bem jurídico socioambiental, caracterizado como bem coletivo, indisponível, pois de direito fundamental difuso, cujo objeto é o direito ao meio ambiente sadio e equilibrado em prol das presentes e futuras gerações, que querem preservado seu patrimônio ambiental e cultural diversificado.

O sistema jurídico cria, assim, proteção especial a esse bem ambiental que poderá estar sob o domínio público ou particular, mas que sempre terá sua utilização condicionada ao uso responsável e equilibrado, ou seja, limitado à função ambiental, em prol do direito difuso de titularidade da humanidade, segundo Remédio Júnior (2013, p. 94-5).

2.2 O PRINCÍPIO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

Estabelecido o bem jurídico tutelado necessário para a compreensão do objeto deste trabalho, ou seja, aquilo que se objetiva preservar quando o conflito surge, é necessário pontuar um dos principais princípios que norteiam o direito ambiental, o do desenvolvimento sustentável. É este princípio que possibilita o equilíbrio da relação entre a exploração econômica e a preservação do meio ambiente e das relações socioculturais.

O art. 225 da CF/88 prevê que é direito de todos o meio ambiente ecologicamente equilibrado. Para muitos doutrinadores, esse é o marco legal para a concretização do princípio do desenvolvimento sustentável no ordenamento jurídico pátrio. A exemplo, Remédio Júnior (2013, p. 144) afirma que apenas o crescimento socioeconômico pautado pela sustentabilidade poderá assegurar “o meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações, que nada mais é que a concretização do princípio do desenvolvimento sustentável”. Liberato (2013, p. 16) defende que o desenvolvimento sustentável é a maneira encontrada pela comunidade internacional para garantir a preservação do meio ambiente para as gerações presentes e futuras. Para tanto, é necessária a instrumentalização da aliança entre o desenvolvimento econômico e a proteção e a preservação do ambiente.

Ao tratar do desenvolvimento sustentável, Silva (2009, p. 102) afirma que se deve analisar seu conceito sob três pilares de sustentação: o econômico, o social e o ambiental. Apenas com essa abrangência é possível compreender o objetivo maior do desenvolvimento sustentável, que é a conciliação do desenvolvimento econômico com a proteção ambiental. Pode-se dizer, com isso, que observar o desenvolvimento sustentável é garantir a capacidade produtiva, a satisfação das necessidades e a pre-

servação dos recursos naturais, assegurando que “o desenvolvimento leve em consideração, além da dimensão econômica, a coesão social e a capacidade de reprodução do meio ambiente”.

Tem-se, portanto, que o núcleo principal do desenvolvimento sustentável é a “impossibilidade de esgotamento de um recurso natural em razão de escolhas sociais e econômicas que coloquem em iminente risco o bem ambiental para as gerações presentes e futuras” (REMÉDIO JÚNIOR, 2013, p. 146). Não há vedação ao desenvolvimento econômico, mas este só poderá ocorrer em observância ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Em decorrência disso, evidencia-se que os bens ambientais, até mesmo por sua titularidade coletiva, não estão indisponíveis, ao revés. Silva Junior (2014, p. 398) entende que uma parcela desse bem está destinada à utilização pelo homem, devendo apenas se delimitarem as condições dessa utilização, de modo a se garantir que o meio ambiente possa adaptar-se a essa atuação humana. Ou seja, adequando-se as formas de exploração para o desenvolvimento e utilizando-se medidas menos gravosas, é possível resguardar a cadeia de progresso sustentável.

Nesse sentido, o Ministro Celso de Mello posicionou-se no julgamento da ADI no 3.540, ao concluir seu voto, afirmando que existe um “permanente estado de tensão entre o imperativo de desenvolvimento nacional (CF, art. 30, II), de um lado, e a necessidade de preservação da integridade do meio ambiente (CF, art. 225), de outro”, o que torna primordial o reconhecimento e a superação dessa dicotomia por intermédio da ponderação e da harmonização de valores constitucionais fundamentais, que precisam ser analisados nas circunstâncias concretas, devendo-se, para isso, buscar o equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, como preconiza o desenvolvimento sustentável.

Aparentemente, não se tem maior dificuldade de se compreender o que dispõe esse princípio, nem se observa divergência quanto à sua previsão constitucional. A complexidade reside na sua aplicação prática. Tendo em vista os constantes conflitos ambientais que surgem a cada novo empreendimento licenciado, é de se concluir que se está diante de verdadeira incapacidade de gestão pública desse processo de desenvolvimento sustentável.

Atualmente, tem-se uma polarização da sociedade, que se encontra dividida entre o grupo dos defensores de superproteção do meio ambiente e o grupo dos empreendedores que enxergam o direito ambiental como obstáculo ao desenvolvimento econômico. Ao tratar dos conflitos socioambientais, Silva Junior (2014, p. 380) entende que essa dicotomia gera entrave à gestão ambiental eficiente, por impedir a distribuição dos benefícios e dos ônus decorrentes do desenvolvimento.

Silva (2013, p. 28), por sua vez, entende que apenas se pode caracterizar como constitucionalmente sustentável o desenvolvimento no qual o crescimento econômico observe, equitativamente, a redistribuição dos resultados do processo produtivo e a erradicação da pobreza, uma vez que, “se o desenvolvimento não elimina a pobreza absoluta, não propicia um nível de vida que satisfaça as necessidades essenciais da população em geral, ele não pode ser qualificado como sustentável”.

Nesse sentido e trabalhando com o antagonismo existente entre os termos desenvolvimento e sustentabilidade, Machado (2014, p. 70) pondera que essa oposição não pode ocorrer na análise dos programas e dos projetos de empreendimentos. Se, por muito tempo, os aspectos ambientais foram deixados de lado nas decisões, atualmente a harmonização dos interesses em jogo não comporta mais a desvalorização do meio ambiente. Necessária se faz a mudança de visão para substituir o crescimento econômico quantitativo pela melhoria qualitativa, de modo a garantir o meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações.

Pelo exposto, pode-se concluir que, para a concretização real do princípio constitucional do desenvolvimento sustentável, é imprescindível superar esse conflito inerente à questão ambiental. Se, por um lado, não se pode afirmar o exato dano que a atividade humana causa ao meio ambiente, de modo a justificar a limitação do exercício da livre atividade econômica, por outro, é essencial à manutenção da própria espécie humana a preservação do *habitat* natural onde vive.

Em contexto fácil de visualizar a existência de interesses convergentes de todos os setores da sociedade, a dificuldade surge na identificação do momento e da forma para se alcançar a comunidade, quando o conflito está formado. Assim, como leciona Silva Junior (2014, p. 389), é essencial que haja, na sociedade, um objetivo comum na busca pelo desenvolvimento sustentável, devendo, para tanto, distribuir-se a responsabilidade por todos, superando-se, também, os limites político-territoriais dos Estados soberanos.

2.3 AS CARACTERÍSTICAS DOS CONFLITOS SOCIOAMBIENTAIS

Com base no que foi dito até aqui, pode-se afirmar que o conflito socioambiental surge, quando “grupos sociais entendem a apropriação do bem ambiental como contrária a suas concepções sociais, ambientais e econômicas” (SILVA e ASSUMPCÃO, 2012, p. 42). Tem-se, assim, que o conflito se caracteriza, de modo geral, pela discussão acerca da alocação de recursos ambientais e econômicos na execução do empreendimento.

Para Milaré (2005, p. 76), a crise ambiental advém da disputa que surge em torno da apropriação dos recursos naturais, limitados a saciar necessidades ilimitadas, esta que seria a raiz de grande parte dos conflitos socioambientais.

O conflito ambiental pode surgir por atividade ou alteração humana na área privada, ou pode originar-se, também, por autoridade governamental ou instituição. Igualmente, pode surgir como resultado de contradições entre o aproveitamento e a conservação de recursos naturais em escassez.

Ao caracterizar o conflito socioambiental, Silva e Assumpção (2012, p. 53-4) evidenciam que, por se tratar de discussões acerca das condições existenciais do ser humano, o objeto principal da discussão é a distribuição desigual e as estratégias de apropriação dos recursos naturais, fazendo surgir a injustiça ambiental pela desigualdade de qualidade de vida entre as classes sociais envolvidas no conflito.

Contribuindo com esse pensamento, é importante pontuar alguns aspectos diferenciadores dos conflitos socioambientais. A começar, pode-se dizer que são midiáticos, por se tratar de conflitos com forte impacto social, e que a cobertura pelos meios de comunicação alimenta os ânimos do conflito. Além disso, o risco e a percepção do perigo sobre um determinado conflito podem ser manipulados para influenciar a população tanto com viés político quanto econômico, gerando alarde social.

Os conflitos ambientais, em regra, envolvem muitas partes com desequilíbrio econômico, de poder e de informação. Diferentemente de outros conflitos, não se tem apenas dois lados opostos, há uma pluralidade de atores com interesses diversos nesse cenário e há as disputas de poder. Exatamente por haver essa diversidade, não é incomum existir choque de interesses públicos com privados. Ainda que, na maioria dos casos, o interesse público prevaleça, os particulares devem ser recompensados.

Ademais, são conflitos com especificidades técnicas e científicas complexas; os impactos gerados ao meio ambiente perpetuar-se-ão no tempo, podendo, também, não ser viável sua regeneração. Por esses motivos, na linha do que leciona Pedreño (2014, p. 43), são conflitos que exigem resposta rápida, até mesmo porque podem gerar grandes catástrofes ambientais.

Conforme abordado no Capítulo 1, o conflito nem sempre deve ser visto como negativo, ao revés, é pelo conflito que se possibilita a mudança; se ele for bem tratado, levará à melhoria das relações entre os agentes. Por outro lado, a ausência de conflito faz prevalecerem os interesses da parte mais forte, impossibilitando o desenvolvimento sustentável tão necessário, quando se trata de questões socioambientais.

Com base no que foi dito até aqui, pode-se afirmar que a contraposição de interesses não necessariamente implica valores de justiça diversos nos conflitos ambientais. Em muitos casos, tem-se apenas a disputa de poder, a busca de equalização do poder, de fortuna ou de habilidade. De outro modo, em um conflito de justiça, ou seja, na disputa socioambiental, quando se estiver diante da contraposição de interesse no uso do recurso natural, deve-se buscar administrar a pacificação, reconstruir a relação, para não perpetuar a injustiça ambiental (FREITAS JR., 2014, p. 114).

É de se destacar que o conflito socioambiental é multidisciplinar, com interesses de toda a sociedade e impactos nela, o que demanda participação efetiva de órgãos públicos e governamentais, uma vez que as políticas públicas estão, intrinsecamente, relacionadas, se não ao conflito em si, à via para a solução da disputa.

3 O TRATAMENTO DOS CONFLITOS SOCIOAMBIENTAIS

3.1 AS IMPROPRIEDADES DAS SOLUÇÕES JUDICIAIS NOS CONFLITOS SOCIOAMBIENTAIS

O processo judicial caracteriza-se pela disputa entre as partes na busca de decisão imperativa imposta por um terceiro, no caso o juiz, ou seja, está-se diante de relação eminentemente adver-

sarial (DEMARCHI, 2007, p. 49). Como visto no Capítulo 1, os métodos adversariais conduzem a um resultado ganhador-perdedor, o que, muitas vezes, ao invés de gerar a paz social, acirra o conflito.

Ao analisar os fundamentos da justiça conciliativa, Grinover (2007, p. 2-3) discorre que a sentença imposta no processo judicial nem sempre alcança a paz social, pois se limita a determinar, de forma autoritária, a regra que deve prevalecer na relação, o que desagrade a parte vencida, a qual costuma se insurgir por meio de todos os recursos disponíveis. Além do que, frisa que a solução apresentada pela sentença se limita a solucionar o objeto do processo, sem adentrar na lide sociológica de forma ampla, não tratando daquilo que fez surgir o problema apresentado ao juízo.

Squadri (2014, p. 286) vai além, ao afirmar que mesmo o ganhador da disputa judicial pode não ter atendido os seus interesses adjacentes, uma vez que a sentença é limitada pelos ditames legais, não podendo alcançar aquilo que não compõe o objeto do processo.

No entanto, dada a complexidade das políticas públicas e das violações a procedimentos democráticos enfrentados no país, como a participação efetiva da população nas decisões que envolvem as questões socioambientais, o fenômeno da judicialização faz-se muito presente, o qual, como entendido por Souza (2014, p. 207), é apenas a consequência do problema e não o problema em si, o que gera a inadequação da solução para o conflito.

Nesse aspecto, Braga Neto (2007, p. 64) vai direto ao ponto, ao afirmar que parte do problema dessa inadequação é explicada, porque “a sociedade brasileira está acostumada e acomodada ao litígio e ao célere pressuposto básico de que justiça só se alcança a partir de uma decisão proferida pelo juiz togado”.

De fato, no Brasil, a formação acadêmica dos operadores do direito é voltada para o método adversarial, ensina-se a solução contenciosa para as colisões de interesse, a ênfase é sempre dada aos estudos do processo judicial, da busca pela sentença, pela solução imperativa do Estado para qualquer conflito, sem se preocupar com a concretização da pacificação social.

Sobre esse tema, Watanabe, (2007, p. 7), em uma observação ampla acerca da postura dos julgadores, traz ponderações do que chama de cultura da sentença:

Disso tudo nasceu a chamada **cultura da sentença**, que se consolida assustadoramente. Os juízes preferem proferir sentença ao invés de tentar conciliar as partes para a obtenção da solução amigável dos conflitos. Sentenciar, em muitos casos, é mais fácil e mais cômodo do que pacificar os litigantes e obter, por via de consequência, a solução dos conflitos. [grifo original].

A demonstrar a ineficiência do processo judicial no tratamento do conflito socioambiental, exatamente por não compreender todo o conflito e suas questões subjacentes, têm-se as inúmeras ações judicializadas que visam a discutir os diversos aspectos do impacto ambiental do mesmo empreendimento. Essas ações, na maioria das vezes, sobrepõem-se, pois a solução alcançada na primeira não consegue absorver todo o conflito.

Nesses casos, evidencia-se que a postura adversarial é adotada por todas as partes envolvidas na relação, isto é, as comunidades, os indígenas, os órgãos públicos licenciadores bem como o próprio Ministério Público. Os empreendimentos são constantemente acionados judicialmente e, várias vezes, pelas mesmas partes, o que comprova que a judicialização não trata o problema e que a sentença não traz a paz social almejada.

Para ilustrar, no caso do empreendimento da Usina Hidroelétrica de Belo Monte (UHE Belo Monte), em simples consulta ao *site* do Tribunal Federal Regional da 1ª Região (TRF1), utilizando como termo de busca para consulta processual o critério nome da parte – Norte Energia S/A (empresa responsável pelo consórcio que recebeu a concessão para a construção da UHE Belo Monte) –, encontram-se 28 recursos provenientes de ações que versam desde questões possessórias até o licenciamento ambiental do empreendimento, em seus mais diversos aspectos².

Agregando a essas dificuldades e inadequações apresentadas, Souza (2014, p. 199) pondera que, no processo judicial, muitas vezes, as questões materiais são deixadas de lado por questões puramente processuais, o que gera desigualdade de poder, pois dá espaço para que o “ganhador” seja aquele que “melhor manipula o procedimento, por ter o melhor advogado”. Assim, ao comparar o tratamento dado pelo processo judicial tradicional com o concedido pela mediação, conclui que “as possibilidades de enfrentar o desequilíbrio de poder, em realidade, são mais profícuas na mediação”.

Como contraponto, Silva Junior (2014, p. 391) justifica a necessidade do processo nesse período em que a democracia participativa foi substituída pelo sistema meramente representativo. Assim, tem-se como obstáculo a dificuldade de as partes abrirem mão da atitude adversarial, para optar por ambiente de construção de ideias viabilizadoras do interesse comum. Além disso, enfrenta-se o problema das disparidades econômicas, culturais e de poder que podem afetar, diretamente, a decisão, impedindo uma solução justa.

Em contraposição ao marco legal da mediação e às diretrizes trazidas pelo CPC, pode-se entender que o ordenamento jurídico se preocupou em tratá-los. No tópico seguinte, demonstra-se que a preocupação para que o tratamento do conflito seja eficaz, sem se perderem as garantias fundamentais, ultrapassou o campo meramente normativo, atingindo as políticas públicas.

3.2 A POLÍTICA PÚBLICA PARA O TRATAMENTO ADEQUADO DO CONFLITO

Ao editar, em 2010, a Resolução nº 125, o CNJ impôs ao Poder Judiciário uma política pública para o tratamento adequado do conflito, pautada nas seguintes premissas: (i) o direito de acesso à justiça, previsto no art. 5º, XXXV, da CF/88; (ii) o dever do Judiciário de resolver adequadamente os problemas jurídicos e os conflitos de interesse que ocorrem na sociedade, em especial com a utilização de meio de solução de conflitos consensuais, como a mediação e a conciliação; (iii) a necessidade de consolidar uma política pública permanente de incentivo e aperfeiçoamento dos mecanismos consensuais de solução de litígios; (iv) a conciliação e a mediação como meios efetivos

para se alcançar a pacificação social, pois, além de solucionarem o conflito, previnem novos litígios e reduzem a excessiva judicialização dos conflitos de interesses e a quantidade de recurso de execução de sentenças; (v) a fim de evitar disparidade e de assegurar a execução adequada, a necessidade de uniformizar os serviços de conciliação e mediação judiciais no âmbito nacional, respeitadas as especificidades de cada segmento da justiça (PINHO, 2014, p. 37- 8).

É notório o estímulo à solução dos conflitos por intermédio da autocomposição na instituição de política pública para o tratamento adequado dos conflitos. Nessa linha, Didier Jr. (2016, p. 271) explicita a importância dessa política para a concretização da democracia, ao afirmar que a solução negociada é instrumento que reforça a participação popular no exercício de sua cidadania, pois os interessados “passam a ser protagonistas da construção da decisão jurídica que regula as suas relações”.

Essa inclusão dos meios alternativos de conflito nas políticas públicas contribui para se ultrapassar a cultura da sentença e a resistência à dispensa da jurisdição estatal. Nessa linha, Luchiari (2014, p. 311) leciona que o objeto da Política Judiciária Nacional para alcançar a pacificação social não pode deixar de ser o acesso à justiça qualificada, o que não se resume ao acesso ao Poder Judiciário. Para se garantir a qualidade da justiça, é necessário acesso a “uma solução célere, justa e efetiva para o conflito, e mais, acesso a uma resposta para qualquer problema jurídico que se apresente”.

Dentro dessa política pública, no âmbito desta pesquisa, torna-se importante agregar a ideia de gestão ambiental. Em outras palavras, no tratamento do conflito socioambiental, é preciso, também, analisar a política pública de gestão ambiental, assim tem-se uma construção mais sólida para o caminho do tratamento adequado desse tipo de conflito.

Acerca da prática da gestão ambiental, Theodoro (2005, p. 47) afirma que a gestão ambiental é a busca para estabelecer o relacionamento harmônico entre a sociedade e o meio ambiente, ou seja, é a concretização do princípio do desenvolvimento sustentável. E vai além, definindo que a gestão ambiental pode ser tida como “um processo de mediação de interesses e conflitos entre atores sociais [...], que agem sobre os meios físico-natural, construindo, definindo e redefinindo continuamente o modo como os diferentes autores alteram a qualidade do meio ambiente [...]”.

É por meio da gestão ambiental que se alcança a maior participação da sociedade, para a qual se viabilizam mecanismos e métodos de intervenção para a mediação dos conflitos. Sem essa conjugação do tratamento adequado do conflito com a gestão ambiental, o que se tem é uma sociedade em constante risco, uma vez que existem os riscos do desequilíbrio, mas não há tratamento. A essa circunstância Leite (2010, p. 152) dá o nome de “irresponsabilidade organizada”.

3.3 O COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA (TAC)

Como visto no Capítulo 2 desta pesquisa, o bem jurídico tutelado nos conflitos socioambientais é transindividual, difuso e garantia constitucional, em outras palavras, é indisponível, o que

poderia levar a crer que seria um direito sobre o qual não se poderia transacionar, o que inviabilizaria a utilização dos métodos alternativos de conflito.

No entanto, o Código de Defesa do Consumidor (CDC), ao alterar a Lei da Ação Civil Pública (LACP), incluiu no § 6º do seu artigo 5º a previsão da celebração de TAC, que terá eficácia de título executivo extrajudicial. Sendo certo que esse compromisso pode ser firmado sobre todos os direitos protegidos por essa legislação, entre os quais se destacam o meio ambiente, o patrimônio cultural, histórico e paisagístico e a ordem econômica, vale dizer que, em matéria ambiental, também, se encontra a previsão legal para o TAC no art. 79-A da Lei nº 9.605/1998, no art. 42 do Decreto nº 99.274/1990 e no art. 139 do Decreto nº 6.514/2008.

Assim, como bem sopesado por Souza (2014, p. 194), “não se pode, portanto, de forma alguma **confundir indisponibilidade com intransigibilidade**, pois essa somente se afigura nas situações em que a lei expressamente veda a transação” [grifo original].

Sobre esse tema, Rodrigues (2014, p. 621-2) entende que o TAC é uma solução alternativa de conflito que tem como objeto a composição de direitos transindividuais e destaca que o legislador teve a sensibilidade de não afastar a possibilidade de negociação em conflitos que envolvam direitos indisponíveis. Até, porque, a seu ver, essa vedação não teria sentido, uma vez que o TAC não permite a renúncia do direito nem concessões sobre o seu conteúdo, versa apenas sobre os prazos e as condições da execução, o que enseja a justa prevenção ou a reparação do dano ambiental.

Muito embora nesses casos a negociação para a formação do consenso não seja de toda livre, Rodrigues (2014, p. 625-6) salienta que, mesmo com lógica própria, o TAC é uma solução de conflito diversa do processo judicial, com a participação dos envolvidos na formação da decisão, o que torna essencial a existência da negociação na elaboração do termo. Para tanto, “o transgressor, ou iminente transgressor tem necessariamente seu ponto de vista considerado na elaboração das cláusulas do ajuste, o que pode ser fundamental para que futuramente não o descumpra”.

Ainda em relação à presença da negociação no TAC, Rodrigues (2013) enxerga-a de forma clara e evidente, visto que os entes legitimados (art. 5º da LACP) a tomá-lo manifestam sua vontade de firmar o compromisso, gerando para o infrator a oportunidade de reenquadrar sua conduta, não sendo demandado judicialmente.

Ademais, um dos efeitos considerados na negociação do TAC é que, constituído o compromisso no que tange à matéria nele contida, não haverá qualquer interesse dos órgãos públicos legitimados em propor nova ação para obter aquilo que já pode ser executado por meio de documento com força executiva. Assim, verificada a existência de TAC que abranja pedidos formulados em novas ações, estas deverão ser extintas ante a falta de interesse de agir, dada a existência do título executivo extrajudicial (AKAOUI, 2015, p. 111).

Tem-se, assim, que o TAC é o instrumento legal que possibilitou a negociação de direitos indisponíveis. No entanto, apesar de ser um meio de solução de demanda, entende-se que não exclui sua associação aos demais métodos de solução de conflitos, pois, como demonstrado, os legitimados para compor o TAC são os mesmos para ajuizar a ação, ou seja, percebe-se, nessa relação, diferença de poder entre as partes.

Assim, a presença de um terceiro imparcial no momento da negociação do compromisso poderá ser de grande valia para o estabelecimento do diálogo que, nas questões ambientais, como regra, envolve diversos grupos heterogêneos, motivo pelo qual, no próximo tópico, passa-se a avaliar o uso da mediação nos conflitos socioambientais.

3.4 O USO DA MEDIAÇÃO NOS CONFLITOS SOCIOAMBIENTAIS

Visto que o processo judicial não se mostra adequado, e o TAC, por si só, não alcança a melhor solução para o conflito socioambiental, para se finalizar a pesquisa, passa-se a analisar se a mediação é o método alternativo de solução de conflito possível para o seu tratamento, sem deixar de lado que a adequação dar-se-á com o alcance do objetivo de viabilização do desenvolvimento sustentável e da pacificação social, com respeito ao meio ambiente e ao desenvolvimento econômico e tolerância às diversidades culturais e sociais.

Silva Junior (2014, p. 393-5) aponta como principal vetor para a utilização da mediação nos conflitos socioambientais o fato de essas controvérsias envolverem a busca por um equilíbrio ou equidade de gerações, presentes e futuras, e de a disputa por posição de dominância, com viés ideológico (permitir ou proibir), sempre estar presente, ainda que de forma oculta. Tem-se, assim, que, apesar de a tendência do conflito por posição e por domínio gerar o impasse típico para ser resolvido pela via judicial, quando se muda o foco da questão, a disputa passa a ser em torno do equilíbrio do sistema, possibilitando a retomada do diálogo e a busca de soluções capazes de atender ao interesse de todos, o que, definitivamente, é a forma como a mediação abre espaço para existir nessa demanda.

Nesse mesmo sentido, Theodoro (2005, p. 58) pontua que, nos conflitos de natureza socioambientais, não se pode ignorar que esses conflitos não se resolvem com procedimentos “binários” (bem x mal), mas, sim, de modo que haja a busca de um ponto de equilíbrio.

A CF/88 assegura a cooperação e impõe comportamento social ativo na defesa e na proteção do patrimônio ambiental. Essa cooperação também está prevista em acordos internacionais dos quais o Brasil é signatário, como, por exemplo, na Declaração do Rio de Janeiro/92³, que prevê, em seu Princípio 10⁴, que as questões ambientais devem ser tratadas de modo mais adequado, quando se assegura a participação de todos os cidadãos interessados.

Desse modo, pode-se concluir que é exigida do Estado a promoção da cooperação nas decisões acerca do bem ambiental, seja na elaboração de normas, seja na implementação de políticas públicas.

De outro modo, haveria um Estado autoritário na imposição de políticas ambientais. Nesse sentido, Leite (2010, p. 185) enfatiza a necessidade e a viabilização da participação da coletividade nas decisões ambientais como caminho para a construção do Estado Democrático, o que apenas acontece quando há a disponibilização das informações indispensáveis para a tomada de consciência.

Mais uma vez, percebem-se reforçadas a possibilidade e a adequação da mediação para o tratamento desses conflitos, pois um dos princípios observados na mediação é a participação de todos os envolvidos e a observação da informação qualificada que possibilite que o acordo firmado seja consciente, buscando-se, com isso, a solução justa.

De outro modo, Silva e Assumpção (2012, p. 46-8) avaliam que a mediação somente poderá ocorrer quando presente uma paridade de força entre as partes envolvidas; de outra forma, a parte mais fraca não será ouvida, e a parte forte terá resolvido todos os seus interesses. Para isso, é necessário o cumprimento das fases da mediação, de modo a ter-se o reequilíbrio do poder, a cessação da dinâmica de forças, deixando o conflito estático, para ajustar os interesses que devam ser adequadamente tratados.

Nesse sistema, não se pode esquecer de que uma das essências da mediação é o fato de ela ser voluntária e baseada na autonomia das partes sem interferência do mediador na solução alcançada; por isso mesmo, o ordenamento jurídico não estabelece solução alternativa de controvérsia obrigatória ou, ainda, como barreira de acesso ao processo judicial (SQUADRI, 2014, p. 280).

Owen Fiss apresenta ponto de vista contrário ao uso das soluções alternativas de conflito, por entender que não seriam adequadas para a concretização da justiça, pois podem ser influenciadas pelo poder financeiro daqueles capazes de suportar os custos do processo, influenciando diretamente, com isso, a busca do consenso (Apud GABBAY; TAKAHASHI, 2014, p. 18-9).

No entanto, para Gabbay e Takahashi (2014, p. 18-9), “essa desigualdade não deve ser vista de forma intransponível, o importante é identificá-la e saber as condicionantes e os cuidados necessários para legitimar a solução alternativa do conflito”, até mesmo porque, como já dito, nem sempre o processo judicial pode ser tido como igualitário. Segundo os autores, a mediação flexibiliza os procedimentos, possibilitando a aproximação maior da parte com o mediador em comparação com o que ocorre com o juiz. Logo, a desigualdade pode ser melhor identificada e tratada na mediação, como, por exemplo, chamando a Defensoria Pública para assistir a parte mais fraca na negociação do conflito.

Cumprido, ainda, enaltecer, como bem lembrado por Squadri (2014, p. 278), que, na mediação, as partes envolvidas não necessariamente precisam ter interesses opostos, ao contrário, na maioria das vezes, todos buscam o desenvolvimento sustentável. Assim, é corriqueiro que questões secundárias que integrem o conflito, ao serem tratadas, alcancem o interesse de ambos, sem precisar ocorrer a disputa adversarial, o que é inevitável na via judicial. Tem-se, com isso, que a mediação é um processo construtivo, que alcança o conflito de modo global, o que não ocorre na via judicial.

CONCLUSÃO

Como evidenciado no curso desta pesquisa, o conflito é inerente ao próprio desenvolvimento da sociedade; assim, a gestão dos interesses e o tratamento desses conflitos tornam-se de extrema essencialidade para se alcançar a paz social, tão almejada na busca da solução justa para a discórdia. Para tanto, faz-se necessário que essa solução não atenda apenas aos interesses econômicos, políticos ou mesmo ecológicos.

A fim de se viabilizar essa solução, constatou-se que o processo judicial não é a solução mais apropriada, pois, além de não abarcar todas as nuances do conflito, não o tratando por completo, muitas vezes a solução encontrada não satisfaz às partes, porque a paz social não se concretiza.

Apesar de o ordenamento jurídico ter tratado da possibilidade de transação de direitos indisponíveis, criando o TAC como solução alternativa de conflito, verificou-se que, na sua negociação, não há paridade de forças, visto que haverá sempre a polarização dos interesses, como acontece nos meios adversariais.

Constatou-se que a cultura da sentença ainda está muito presente na sociedade atual e que o risco para o processo democrático ainda subsiste na utilização dos métodos alternativos de solução de conflito. No entanto, esse risco não está de todo controlado no processo judicial, motivo pelo qual não pode ser justificativa para não se utilizar a mediação.

Assim, com esta pesquisa, concluiu-se pela confirmação da hipótese levantada, haja vista que a mediação – por ser meio célere de solução de conflito, atualmente regulamentado, com a possibilidade de se transacionar acerca de direitos indisponíveis; por ser intermediada por mediador imparcial, permitindo às partes a negociação paritária na busca por um interesse comum e convergente – se mostra como meio hábil para a solução eficaz e sustentável dos conflitos ambientais, na linha do que impõe a atual política pública de tratamento adequado dos conflitos.

Aprovado em: 28/06/2017. Recebido em: 17/03/2017.

NOTAS

¹ ADI 3540 MC, Relator (a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 01/09/2005, DJ 03/02/2006, PP-00014 EMENT VOL-02219-03 PP-00528, p. 16-7-Anexo II.

² São eles: 0000968-19.2011.4.01.3900, 0018026-35.2011.4.01.3900, 0028944-98.2011.4.01.3900, 0001618-57.2011.4.01.3903, 0034557-02.2011.4.01.3900, 0025127-18.2013.4.01.0000, 0027736-71.2013.4.01.0000, 0035407-48.2013.4.01.0000, 0025799-63.2013.4.01.3900, 0064950-96.2013.4.01.0000, 0071467-20.2013.4.01.0000, 0073116-20.2013.4.01.0000, 0009121-96.2014.4.01.0000, 0009121-96.2014.4.01.0000, 0014392-86.2014.4.01.0000, 0017029-10.2014.4.01.0000, 0026008-58.2014.4.01.0000, 0038007-08.2014.4.01.0000, 0027100-37.2015.4.01.0000, 0028114-56.2015.4.01.0000, 0045400-47.2015.4.01.0000, 0066668-60.2015.4.01.0000, 0068227-52.2015.4.01.0000, 0068247-43.2015.4.01.0000, 0006377-60.2016.4.01.0000, 0007478-35.2016.4.01.0000, 0007478-35.2016.4.01.0000, 0019452-69.2016.4.01.0000. Disponíveis em: http://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/parte/listar.php?trf1_captcha_id=f4ef53c530e332c13ab2bba741d23949&trf1_captcha=vz4d&enviar=Pesquisar&nome=norte+energia&secao=TRF1. Acesso em: 10 maio 2016.

³ Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, tendo se reunido no Rio de Janeiro, de 3 a 14 de junho de 1992, reafirmando a Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, adotada em Estocolmo em 16 de junho de 1972 – Anexo III.

⁴ A melhor maneira de tratar as questões ambientais é assegurar a participação, no nível apropriado, de todos os cidadãos interessados. No nível nacional, cada indivíduo terá acesso adequado às informações relativas ao meio ambiente de que disponham as autoridades públicas, inclusive informações acerca de materiais e atividades perigosas em suas comunidades, bem como a oportunidade de participar dos processos decisórios. Os Estados irão facilitar e estimular a conscientização e a participação popular, colocando as informações à disposição de todos. Será proporcionado o acesso efetivo a mecanismos judiciais e administrativos, inclusive no que se refere à compensação e reparação de danos.

REFERÊNCIAS

AKAOU, Fernando Reverendo Vidal. **Compromisso de ajustamento de conduta ambiental**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ARAÚJO, Ana Valéria; LEITÃO, Sérgio. Socioambientalismo, direito internacional e soberania. In: SILVA, Letícia Borges; OLIVEIRA, Paulo Celso (Coord.). **Socioambientalismo uma realidade**: uma homenagem a Carlos Frederico Marés de Souza Filho. Curitiba: Jurá, 2007.

BRAGA NETO, Adolfo. Alguns aspectos relevantes sobre a mediação de conflitos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano (Coord.). **Mediação e gerenciamento do processo**: revolução na prestação jurisdicional. São Paulo: Atlas, 2007.

BURGESS, Guy e BURGESS, Heidi. *Environmental mediation: beyond the limits applying dispute resolution principles to intractable environmental conflicts*. University of Colorado at Boulder, 1994. Disponível em: <http://www.colorado.edu/conflict/full_text_search/AllCRCDocs/94-50.htm>. Acesso em: 28 maio 2016.

DEMARCHI, Juliana. Técnicas de conciliação e mediação. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano (Coord.). **Mediação e gerenciamento do processo**: revolução na prestação jurisdicional. São Paulo: Atlas, 2007.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. Vol. 1. 18. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.

FREITAS JR., Antônio Rodrigues de. Para um conceito de conflito intersubjetivo de justiça. In: **Justiça Federal**: inovações nos mecanismos consensuais de solução de conflitos. Coordenação de Daniela Monteiro Gabbay e Bruno Takahashi. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014.

GABBAY, Daniela Monteiro; TAKAHASHI, Bruno. Desenho de sistemas e mecanismos consensuais de solução de conflitos na Justiça Federal: uma introdução. In: **Justiça Federal**: inovações nos mecanismos consensuais de solução de conflitos. Coordenação de Daniela Monteiro Gabbay e Bruno Takahashi. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Os fundamentos da justiça conciliativa. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano (Coord.). **Mediação e gerenciamento do processo**: revolução na prestação jurisdicional. São Paulo: Atlas, 2007.

LEITE, José Rubens Morato. Sociedade de risco e Estado. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2010.

LIBERATO, Ana Paula Gularte. Educação ambiental e desenvolvimento sustentável: uma abordagem para a proteção internacional do meio ambiente. In: SILVA, Letícia Borges; OLIVEIRA, Paulo Celso (Coord.). **Socioambientalismo uma realidade**: uma homenagem a Carlos Frederico Marés de Souza Filho. Curitiba: Juruá, 2007.

LUCHIARI, Valéria Ferioli Lagrasta. Política judiciária nacional de tratamento adequado de conflitos. In: **Justiça Federal**: inovações nos mecanismos consensuais de solução de conflitos. Coordenação de Daniela Monteiro Gabbay e Bruno Takahashi. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 22. ed. revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2014.

MEIRELLES, Delton Ricardo Soares; MIRANDA NETO, Fernando Gama de. Reflexões sobre a conciliação e a mediação civil no âmbito judicial e extrajudicial. In: MUNIZ, Joaquim de Paiva et al. (Coord.). **Arbitragem e mediação**: temas controvertidos. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

MILARÉ, Édís. **Direito do ambiente**: doutrina, jurisprudência e glossário. 4. ed. São Paulo: Editora RT, 2005.

- PEDREÑO, Remedios Mondéjar. *Mediación ambiental. Colección Práctica de Mediación*. Madri: Dykinson, 2014.
- PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Marco legal da mediação no direito brasileiro**. In: **Justiça Federal: inovações nos mecanismos consensuais de solução de conflitos**. Coordenação de Daniela Monteiro Gabbay e Bruno Takahashi. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014.
- REMÉDIO JÚNIOR, José Ângelo. **Direito ambiental minerário: mineração juridicamente sustentável**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.
- RODRIGUES, Geisa de Assis. Anotações sobre a negociação de medidas compensatórias em Termo de Ajustamento de Conduta. In: **Justiça Federal: inovações nos mecanismos consensuais de solução de conflitos**. Coordenação de Daniela Monteiro Gabbay e Bruno Takahashi. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014.
- RODRIGUES, Marcelo Abelha. Palestra: TAC e Coisa julgada *rebus sic standibus*. In: **XVIII Congresso de Direito Ambiental**, promovido pelo Instituto por um Planeta Verde, em 9/12/2013.
- RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Processo ambiental**. 2. ed. revisada e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- SALES, Lilia Maia de Moraes. **Justiça e mediação de conflitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- SANTOS, Theophilo de Azeredo; GALVÃO FILHO, Maurício Vasconcelos. **Mediação como método (alternativo) de resolução de conflitos**. In: MUNIZ, Joaquim de Paiva et al. (Coord.). **Arbitragem e mediação: temas controvertidos**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- SERPA, Maria de Nazareth. **Teoria e prática da mediação de conflitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.
- SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 10. ed. atualizada. São Paulo: Malheiros, 2013.
- SILVA JUNIOR, Sidney Rosa da. **A mediação aplicada a conflitos socioambientais: uma via necessária**. In: MUNIZ, Joaquim de Paiva et al. (Coord.). **Arbitragem e mediação: temas controvertidos**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- SILVA, Nanci de Melo e; ASSUMPÇÃO, Fernanda Aparecida M. S. G. Mediação e conflitos socioambientais envolvendo mineração. In: GONTIJO, Vinícius José Marques (Org.). **Estudos e pesquisas em direito empresarial na contemporaneidade**. Vol. 1. Belo Horizonte: RTM, 2012.
- SILVA, Solange Teles da. **O direito ambiental internacional**. Coordenação de Leonardo Nemer Candeira Brant. Coleção para entender. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.
- SOUZA, Luciane Moessa. Resolução de conflitos envolvendo o Poder Público: caminhos para uma consensualidade responsável e eficaz. In: **Justiça Federal: inovações nos mecanismos consensuais de solução de conflitos**. Coordenação de Daniela Monteiro Gabbay e Bruno Takahashi. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014.
- SQUADRI, Ana Carolina. Mediação judicial. In: MUNIZ, Joaquim de Paiva et al. (Coord.). **Arbitragem e mediação: temas controvertidos**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- SUSSKIND, Lawrence; CRUIKSHANK, Jeffrey; DUZERT, Yann. **Quando a maioria não basta: método de negociação coletiva para a construção de consenso**. Tradução de Yves Bergougnoux. Rio de Janeiro: FGV, 2008.
- THEODORO, Suzi Huff et al. (Org.). **Mediação de conflitos socioambientais**. Rio de Janeiro: Garamond, 2005.
- WATANABE, Kazuo. A mentalidade e os meios alternativos de solução de conflitos no Brasil. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; LAGRASTA NETO, Caetano (Coord.). **Mediação e gerenciamento do processo: revolução na prestação jurisdicional**. São Paulo: Atlas, 2007.

Juliana Cabral Lima

Especialista em LLM – Direito Empresarial
pela Fundação Getúlio Vargas (FGV).
Especialista em Responsabilidade Civil e Contratos
pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP).
Graduação em Direito pelo
Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

juclima@gmail.com

A REMUNERAÇÃO DO ADMINISTRADOR JUDICIAL EM PROCESSOS DE INSOLVÊNCIA EMPRESARIAL NA JURISPRUDÊNCIA DO TJDFT

Thiago Pires Oliveira

THE REMUNERATION OF THE TRUSTEE IN BANKRUPTCY
LAW IN ACCORDING OF CASE LAW BY TJDFT

RESUMO

Este artigo apresenta a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios [TJDFT] sobre a remuneração do administrador judicial em processos de insolvência empresarial [falência e recuperação judicial]. O objetivo foi compreender a jurisprudência do TJDFT, para contribuir com a estabilização jurisprudencial no âmbito do direito empresarial. O método utilizado é o jurídico-dogmático, por meio do qual foi feita a análise da legislação, da doutrina e da própria jurisprudência produzida pelo Tribunal. A conclusão principal que se obteve foi que a jurisprudência do TJDFT aponta tendências que poderão orientar os demais aplicadores do direito no que se refere à remuneração do administrador judicial, seja quanto à delimitação de honorários, seja quanto às hipóteses de acumulação da sindicatura com outras funções.

» PALAVRAS-CHAVE: DIREITO EMPRESARIAL. ADMINISTRADOR JUDICIAL. FALÊNCIA. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. JURISPRUDÊNCIA.

ABSTRACT

This article studied the precedents of the Court of the Federal District and Territories [TJDFT] on the remuneration of the trustee in insolvency proceedings [bankruptcy and restructuring]. The objective was to understand the jurisprudence of the TJDFT for purposes of contribution to the stabilization of precedents in the field of business law. The method used is dogmatic legal, in which an analysis of the legislation, the doctrine and the own precedents produced by the Court was made. The main conclusion obtained was that the precedents of the TJDFT indicates tendencies that may guide the other applicators of the law with respect to the remuneration of the trustee, be it regarding the delimitation of fees, or the hypothesis of accumulation of the trusteeship with other functions.

» KEYWORDS: BUSINESS LAW. TRUSTEE. BANKRUPTCY. RESTRUCTURING. PRECEDENTS.

INTRODUÇÃO

O administrador judicial é a *longa manus* do juiz nos processos de insolvência empresarial. Ele desempenha importantes funções nesses processos, *v.g.*, é o responsável pela verificação dos créditos tanto na recuperação de empresas quanto na falência, tarefa que permite a própria delimitação da massa falida subjetiva, quando é exposto o quadro geral de credores.

O desempenho de tais funções deve ser feito de maneira isenta e competente. Tendo em vista a necessidade de todo aquele que presta um serviço fazer jus à correspondente contraprestação e a importância do administrador judicial para o trâmite dos processos de insolvência empresarial, é imperativa a reflexão sobre o tema da contraprestação dos serviços prestados por ele.

Com vistas ao cumprimento de tal reflexão, fez-se um recorte na abordagem do tema à luz da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, com a finalidade de sistematizar os parâmetros utilizados pela insigne Corte em razão das diferentes controvérsias que o tema impõe.

Assim, o primeiro tópico do texto consiste na exposição da tipologia de processos de insolvência no direito empresarial pátrio, por meio da qual é feita a distinção entre a insolvência civil, disciplinada pelo direito processual civil, e a insolvência empresarial, que compreende o regime da Lei nº 11.101/2005, bem como entre os diferentes regimes especiais regulados por diplomas legais distintos.

O tópico seguinte trata do regime jurídico do administrador judicial, ou seja, das disposições legais da Lei nº 11.101/2005, que, predominantemente, regulamentam o instituto do administrador judicial, estabelecendo a nomeação, as atribuições, as responsabilidades, as hipóteses de substituição e destituição.

O terceiro tópico versa sobre a regulamentação dos honorários do administrador judicial na legislação pátria, bem como apresenta exposição do tema de acordo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios.

No último tópico, são apresentadas as considerações finais decorrentes de todo o discurso jurídico-falimantar exposto no decorrer do trabalho, de modo a propiciar ao leitor um aprofundamento do instituto do administrador judicial em suas dimensões legislativa, doutrinária e jurisprudencial.

2 OS PROCESSOS DE INSOLVÊNCIA NO DIREITO EMPRESARIAL PÁTRIO

O direito empresarial pode ser definido, de maneira breve, como o ramo do direito privado que disciplina as relações jurídicas que envolvem a empresa. Dessa maneira, o conceito de empresa é basilar para a compreensão das normas jurídicas que regem a matéria.

Para o jurista italiano Alberto Asquini, o conceito de empresa se desdobra em quatro perfis: subjetivo, objetivo, funcional e corporativo; concepção conhecida como poliédrica. Para o referido autor:

O conceito de empresa é o conceito de um fenômeno econômico poliédrico, o qual tem sob o aspecto jurídico, não um, mas diversos perfis em relação aos diversos elementos que o integram. As definições jurídicas de empresa podem, portanto, ser diversas, segundo o diferente perfil, pelo qual o fenômeno econômico é encarado (ASQUINI, 1996, p. 109-10.)

Considerando o direito brasileiro, empresa pode ser conceituada como: [...] atividade empresarial desenvolvida profissionalmente e com habitualidade, seja por um empresário individual (antiga firma individual), seja por uma sociedade empresária, de forma economicamente organizada, voltada à produção e à circulação de produtos e serviços (AQUINO, 2015, p. 30).

A empresa constitui fenômeno submetido ao risco inerente à atividade empresarial. Quando esse risco desemboca em situação de crise empresarial, o empresário tem, no direito, ferramentas para conter os impactos negativos dessa crise, principalmente se a mesma for de natureza econô-

mico-financeira, situação em que o ordenamento jurídico pátrio prevê a utilização do que, neste trabalho, se chama de processos de insolvência empresarial.

Os diferentes processos de insolvência empresarial podem ser sistematizados em falência, recuperação judicial ordinária, recuperação judicial especial, recuperação extrajudicial, intervenção extrajudicial e liquidação extrajudicial.

Tendo em vista os propósitos deste trabalho, somente serão abordados, de maneira geral, os processos previstos na Lei nº 11.101/2005 em que o administrador judicial atua, ou seja, a falência, a recuperação judicial ordinária e a recuperação judicial especial.

Por fim, quanto à recuperação extrajudicial, que pode ser definida como “acordo firmado extrajudicialmente entre o devedor e seus credores com o objetivo de superação da crise econômico-financeira, levado apenas eventualmente à homologação pelo Poder Judiciário” (TOMAZETTE, 2016, p. 260), não há que se falar sobre o administrador judicial em razão de sua inexigibilidade no ordenamento jurídico e da própria lógica que orienta o referido acordo extrajudicial.

3 O REGIME JURÍDICO DO ADMINISTRADOR JUDICIAL

Os processos judiciais de insolvência empresarial exigem a participação de diversos agentes que desempenharam papel específico nas respectivas tramitações. Esses agentes são denominados órgãos da falência e da recuperação judicial, e são classificados “em duas classes, que são: I – órgãos obrigatórios ou necessários: Juiz, Ministério Público e Administrador Judicial; II – órgãos facultativos ou eventuais: Assembleia Geral de Credores, Comitê de Credores e Gestor Judicial” (CHAGAS, 2016, p. 871).

3.1 OS ÓRGÃOS DOS PROCESSOS DE INSOLVÊNCIA

Pontes de Miranda preleciona que o juiz está inserto, necessariamente, na relação jurídica processual, visto que, a despeito de ele não ser o único a declarar a incidência do direito, tampouco a aplicá-lo, de fato, somente “ele o declara e aplica autoritativamente [...] A pessoa encarregada dessa declaração autoritativa é o juiz. O poder de fazê-lo é a jurisdição” (MIRANDA, 1996, p. 366).

De acordo com a legislação falimentar, o juiz conduzirá o processo, exercendo tanto as funções jurisdicionais típicas, nas quais, entende-se, haverá o caráter autoritativo e vinculado de tais atos, quanto as atribuições administrativas, nas quais serão observados elementos discricionários de conveniência e oportunidade. Dessa forma, o Juiz será “gerente maior do processo falimentar”, que será dirigido não apenas com decisões jurídicas, mas também com decisões de natureza operacional, administrativa, financeira e, até, de mercado (CHAGAS, 2016, p. 872).

Portanto, é fundamental “ter em mente que tanto o processo de recuperação judicial quanto o de falência têm uma figura central, o juiz, que é aquele que preside de fato os referidos processos” (KUGELMAS; SOUSA, 2015, p. 174).

Nesse viés, afirma Chagas que:

O juiz não é, portanto, somente quem julga a falência e a recuperação judicial. É, por força da lei, o agente estatal responsável pela condução do processo de enfrentamento da crise econômico-financeira do devedor empresário. Processo que deve ser conduzido sob os cuidados do princípio da preservação da empresa e dos ditames estabelecidos nos arts. 47 e 75, da Lei n. 11.101/2005 (2016, p. 874.)

Todavia, merece ser destacada a mudança de paradigma na atuação dos agentes nos processos de insolvência empresarial, pois, enquanto no regime jurídico falimentar do Decreto-Lei nº 7.661/1945, o Juiz figurava como “soberano nos destinos dos devedores concordatários”, com o advento da Lei nº 11.101/2005, os credores passaram a ter participação maior no processo desde o início, especialmente no que se refere ao plano de recuperação judicial que, na fase executória, será diretamente fiscalizada pelo Comitê de Credores (BERTASI, 2005, p. 131).

Em que pese a importância do magistrado, houve, de fato, o esvaziamento de suas funções com a Lei nº 11.101/2005, quando comparado com o diploma legal anterior, fruto da influência estadounidense sobre o direito falimentar brasileiro. Assim, transcreve-se a seguinte preleção:

Como o perfil da legislação é inspirado visivelmente na legislação norte-americana, carrega no seu âmago características do Liberalismo, com uma tentativa de distanciamento do Estado, que busca intervir o mínimo possível nos problemas da Sociedade, incentivando a conciliação entre credores e devedores. Mas o projeto de lei brasileiro foi deturpado para atender aos interesses políticos e econômicos daqueles que modificaram o texto legal original. Resultado disso é que o juiz, como representante do Estado, se distancia um pouco, conferindo responsabilidades a um profissional que vem da iniciativa privada, mas atuará como auxiliar do magistrado, o administrador judicial (KUGELMAS; SOUSA, 2015, p. 219.)

O Ministério Público é definido como

órgão do Estado [...] dotado de especiais garantias, ao qual a Constituição e as leis cometem algumas funções ativas ou interventivas, em juízo ou fora dele, para a defesa de interesses da coletividade, principalmente os indisponíveis e os de larga abrangência social (MAZZILLI, 2007, p. 35-6.)

O administrador judicial pode ser definido como o “agente auxiliar da justiça, criado a bem do interesse público e para a consecução dos fins do processo falimentar” (CAMPINHO, 2006, p. 56). Esse agente será melhor estudado neste trabalho, após serem apresentadas as noções relativas aos órgãos que representam a manifestação dos credores e a excepcional figura do Gestor Judicial.

Conceitua-se, neste estudo, a Assembleia-Geral de Credores como órgão colegiado de deliberação pelos credores de matérias pertinentes ao processo de insolvência. A composição desse colegiado observará as normas do art. 41 da Lei nº 11.101/2005.

Trata-se de órgão eventual, pois será convocado em momentos específicos, para deliberação sobre as matérias pertinentes ao devedor. Ademais, importa frisar que uma das inovações da Lei nº 11.101/2005 foi a de que este diploma conferiu aos credores “uma participação ativa, tanto na recuperação judicial, quanto na falência” (MACHADO, 2005, p. 34).

O Comitê de Credores é o órgão colegiado que tem competência, em conjunto com o administrador judicial, para “a fiscalização da gestão do devedor” (BERTASI, 2005, p. 131-2). De acordo com o disposto na Lei nº 11.101/2005, esta “[...] não obriga a criação do Comitê de Credores, per-

mitindo, porém, facultativamente, a sua instituição por deliberação de qualquer das classes de credores em Assembléia-Geral” (MACHADO, 2005, p. 33). A composição do Comitê de Credores será distribuída em quatro classes, conforme o disposto no art. 26 da Lei nº 11.101/2005.

Por fim, o Gestor Judicial é o agente escolhido “pela assembleia-geral de credores para administrar a empresa em recuperação judicial, em caso de afastamento do devedor empresário, seu administrador, da gestão da empresa em recuperação”, em razão da ocorrência de uma das hipóteses previstas no art. 64 da Lei n. 11.101/2005 (CHAGAS, 2016, p. 904).

3.2 O ADMINISTRADOR JUDICIAL PROPRIAMENTE DITO

As origens do instituto processual do administrador judicial se encontram no direito romano, quando o “desenvolvimento histórico do processo de execução coletiva” levou ao surgimento das figuras do *curator bonorum* e do *magister* (VALVERDE, 1999a, p. 432).

A inserção do instituto, com a denominação de “síndico”, no ordenamento jurídico brasileiro se deu somente no final do século XIX, com o art. 6º, parágrafo único, do Decreto nº 917, de 24 de outubro de 1890, o qual possuía a seguinte redação:

Art. 6. Praticadas as diligencias necessarias, o juiz, no prazo de 24 horas, proferirá a sentença declarando ou não aberta a fallencia e publical-a-há immediatamente em mão do escrivão.
Paragrapho unico. A sentença declaratoria de fallencia:
[...] c) nomeará dous ou mais syndicos para a arrecadação e administração da massa falida;

Com o transcorrer dos anos, houve a evolução do instituto com a possibilidade de nomeação de um único síndico pelo juiz na sentença de decretação da falência, conforme se deu com a previsão contida no art. 9º, parágrafo único, alínea e, da Lei nº 859, de 16 de agosto de 1902, diploma legal que buscou reformular os aspectos críticos da legislação anterior e que teve breve vigência, pois foi revogado tacitamente pela Lei nº 2.024, de 17 de dezembro de 1908.

A Lei nº 2.024/1908 passou a prever, no art. 16, alínea d, que a sentença de decretação da falência nomearia de um a três síndicos “para a administração da massa e mais funções a cargo delles”. Merece menção o fato de esta lei disciplinar, de forma pioneira e abrangente, a remuneração do síndico no art. 73, o qual dispunha que:

Art. 73. Os syndicos terão direito a uma remuneração, que o juiz arbitrarã, attendendo á importancia da massa, diligencia, trabalho e responsabilidades delles, não podendo exceder de 4 % até 100:000\$000, de 3 % sobre o excedente até 200:000\$000, de 2 % sobre o excedente até 500:000\$000, de 1 % sobre o excedente até 1.000:000\$000, de 1/5 % sobre o que exceder de 1.000:000\$000.

A porcentagem será calculada sobre o liquido effectivamente apurado afinal, deduzidas as despesas da liquidação.

§ 1º Os liquidatarios perceberão igual remuneração, arbitrada do mesmo modo acima, si outra lhes não for marcada pelos credores.

§ 2º Si os liquidatarios tiverem servido de syndicos, ficarão com direito ás duas remunerações.

§ 3º No caso de concordata, a porcentagem será calculada sobre a quantia distribuida em dividendo ou rateio aos credores chirographarios.

§ 4º Do arbitramento da porcentagem cabe agravo de instrumento, que poderá ser interposto pelos syndicos, liquidatarios, credores e pelo fallido.

§ 5º A comissão será paga aos syndicos e liquidatarios depois de prestadas as contas.

§ 6º Não terão direito a remuneração alguma os syndicos e liquidatarios que, com justa causa, tenham sido destituídos, e os syndicos nomeados em contravenção das disposições desta lei.

Qualquer interessado pôde oppor-se ao pagamento da remuneração arbitrada nos casos acima referidos, cabendo agravo de instrumento, para superior competente, do despacho do juiz, com effeito suspensivo.

§ 7º Havendo mais de um syndico ou de um liquidatario, a comissão será uma só, repartida por todos.

§ 8º O arbitramento e pagamento da remuneração dos syndicos far-se-hão logo que for verificado o liquido, a que se refere este artigo em principio.

Deve ser destacada, dentre as diversas normas contidas no dispositivo legal acima transcrito, a então inovadora regulamentação do agravo de instrumento como recurso cabível para impugnar a decisão de fixação da remuneração dos síndicos.

Posteriormente, adveio o Decreto nº 5.746, de 9 de dezembro de 1929, que, em seu art. 16, alínea d, passou a prever um único síndico como o responsável pela administração da massa falida, conforme a sentença de decretação da falência, e fez outras alterações pontuais no regime remuneratório da sindicatura, conforme o seu art. 73, merecendo destaque as mudanças realizadas nos parâmetros para o arbitramento da remuneração.

Com o advento do Estado Novo, de Getúlio Vargas, a legislação falimentar sofre nova mudança com a expedição do Decreto-Lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945. Este Decreto-Lei previa, no art. 14, parágrafo único, inc. IV, que o síndico seria nomeado na sentença de decretação da falência, sendo que sua remuneração seria arbitrada pelo juiz, observados os parâmetros do art. 67 do citado diploma legal: “[...] sem ultrapassar de 6% até Cr\$100.000,00; de 5% sôbre o excedente até Cr\$200.000,00; de 4% sôbre o excedente até Cr\$500.000,00; de 3% sôbre o excedente até Cr\$1.000.000,00; de 2% sôbre o que exceder de Cr\$1.000.000,00”. Havia, ainda, a figura do comissário, que exercia a sindicatura especificamente para as concordatas.

O Decreto-Lei nº 7.661/1945 foi o mais longo diploma legal falimentar que vigorou no Brasil, até o ano de 2005, quando foi revogado pela Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, a qual promoveu mudança de paradigma no direito empresarial falimentar, inclusive no que se refere ao administrador judicial, denominação que substituiu as referências a síndico e a comissário feitas pela legislação anterior.

Especificamente em relação ao administrador judicial, importa frisar que ele “[...] é o mais importante auxiliar do juiz nos processos de falência e de recuperação judicial. Será escolhido pelo juiz entre pessoas de sua pessoal e direta confiança para desempenhar as funções definidas na Lei n. 11.101/2005” (CHAGAS, 2016, p. 876).

Preleciona Tomazette (2016) que a Lei nº 11.101/2005 buscou dar preferência a pessoas que possuíssem alguma qualificação técnica para desempenhar a administração judicial (TOMAZETTE, 2016). De fato, quanto aos requisitos para a sua investidura, o administrador judicial “[...] deverá ser pessoa idônea, de preferência advogado, economista, administrador de empresas ou contador, podendo ainda ser pessoa jurídica especializada (artigo 21)” (SPINELLI, 2005, p. 213).

Contrastando os parâmetros traçados pela Lei nº 11.101/2005 com os do Decreto-Lei nº 7.661/1945, observa-se que, no regime desta, a administração da falência ficava sob a responsabilidade do síndico, que também era nomeado pelo juiz e “escolhido entre os maiores credores do falido, de reconhecida idoneidade moral e financeira (artigos 59 e 60). Havia também a figura do síndico dativo, que era nomeado pelo Juiz, caso houvesse recusa de três credores em assumirem o cargo” (SPINELLI, 2005, p. 213).

No entanto, a regra geral era o juiz acabar nomeando o síndico dativo, pois, como relatam Kugelmas e Sousa:

[...] o que era comum mesmo era a falta de interesse dos credores em assumir a atividade de síndico, pois isto implica deveres legais, que perduram anos e anos, sendo que os credores viam isto como mais um problema a administrar, uma vez que já haviam tomado um prejuízo referente ao seu crédito e não assumiriam responsabilidades e até mesmo gastos para exercer o cargo de síndico ou comissário (2015, p. 176).

Por esses e outros motivos, à luz da nova fase da preservação da empresa inaugurada pela Lei nº 11.101/2005, a adoção de um profissional específico para auxiliar o juiz, que não fosse recrutado diretamente entre os credores, mas sim pelo próprio Poder Judiciário, entre pessoas que demonstrassem qualificação técnica para tanto, mostrou-se um avanço para que a sindicatura fosse exercida com a isenção que o interesse público requer.

Entre os requisitos exigidos para a sindicatura, a idoneidade financeira não foi recepcionada pela vigente Lei de Falências [Lei nº 11.101/2005], de modo que, em virtude da ausência de sua obrigatoriedade na Lei, não poderá ser exigida, bastando a idoneidade moral. Todavia, há autores que, amparados no art. 30 da referida lei, acrescentam mais dois requisitos: a imparcialidade e a confiabilidade (TOMAZETTE, 2016).

O administrador judicial será nomeado em dois momentos distintos, dependendo do tipo de processo de insolvência envolvido. Na hipótese da recuperação judicial, a nomeação ocorrerá na decisão de processamento da recuperação, nos termos do art. 52, inc. I, da Lei nº 11.101/2005; em caso de falência, o ato de nomeação integrará a sentença de decretação da falência, de acordo com o art. 99, inc. IX, da Lei nº 11.101/2005. Nas duas situações, caso a nomeação ocorra em desobediência à lei, caberá reclamação nos termos do art. 30, §2º, da referida Lei, para efeitos de substituição, e nos termos do art. 31 da citada Lei, quando for hipótese de destituição.

De acordo com o art. 22 da Lei nº 11.101/2005, que trata das competências do administrador judicial, observa-se que, em relação à falência, tais funções consistirão essencialmente na administração e na liquidação da massa falida. Quanto à recuperação judicial, as funções do administrador judicial envolvem basicamente a fiscalização do devedor (TOMAZETTE, 2016).

Ademais, importa frisar que, nas duas situações, as funções básicas não exauram a competência do administrador judicial, que é bem mais abrangente, por contemplar atos administrativos e judiciais (TOMAZETTE, 2016).

O administrador judicial enfrenta desafios durante o desenvolvimento de suas atribuições, principalmente na falência, quando desempenha funções de direção e representação legal.

Sobre esse aspecto, um dos desafios verificados por Kugelmas e Sousa é a:

[...] falta de sustentáculo do Estado representado pelo Poder Judiciário, sendo que o maior deles é a falta de um dispositivo legal expresso que isente a massa falida de custas em qualquer processo que litigue ou ao menos postergue seu recolhimento ao final (2015, p. 220).

Assim, o administrador tem de lidar com poucos recursos no transcorrer do processo falimentar e, eventualmente, com as diversas ações nas quais a massa falida seja parte.

Merece ser destacado que esse agente “[...] é fiscalizado pelo Juiz e Comitê de Credores, tendo por deveres os previstos no art. 22, incisos I, alíneas *a* a *i* (na recuperação judicial e na falência); II, alíneas *a* a *d* (na recuperação judicial); III, alíneas *a* a *r* (na falência)” (MACHADO, 2005, p. 32).

Isso significa que, na hipótese de essa fiscalização constatar a existência de desobediência às normas da Lei de Falência, ou de descumprimento de deveres legais, bem como de omissão, negligência, ou de prática de atos lesivos às atividades do devedor ou, ainda, de terceiros, poderá o administrador judicial ser destituído por força do art. 31 da Lei nº 11.101/2005 (TOMAZETTE, 2016).

Especificamente quanto à destituição, merece destaque o fato de que a Lei nº 11.101/2005 retira do administrador qualquer direito à remuneração, de acordo com o constante no art. 24, § 3º, perda que acarreta o inexorável dever jurídico de devolver os valores eventualmente recebidos. Logo, conclui-se que, se o administrador judicial não desempenhar bem as suas tarefas, deverá ser sancionado por isso, e a melhor sanção jurídica para o caso é a retirada da remuneração, a qual, inclusive, possui respaldo constitucional (TOMAZETTE, 2016).

O regime de responsabilidade do administrador judicial possui algumas particularidades. Ele “atua como um colaborador da justiça, para efeitos penais ele é equiparado a um funcionário público”. No entanto, merece ser destacado que “tal equiparação não atinge a atuação civil e administrativa do administrador judicial, nem as responsabilidades daí decorrentes” (CHAGAS, 2016, p. 877).

Um pouco diferente é o entendimento de Lacerda, segundo o qual o administrador judicial, ao agir em nome próprio, acaba sendo “responsável pelos atos que pratica na condução dos interesses da massa, sendo, inclusive, passível de responsabilização em âmbito criminal ou administrativo, quando é equiparado aos funcionários públicos”, sendo que o mesmo reconhece que a citada concepção “seja objeto de controvérsias na doutrina e nos tribunais” (2015, p. 1293).

Quanto à responsabilidade civil do administrador judicial, esta seria “subjetiva do tipo clássico, como ocorre na Espanha, que obedece aos mesmos princípios da responsabilidade dos mandatários”; logo, para se “responsabilizar o administrador judicial, é essencial provar que ele agiu com dolo ou culpa” (TOMAZETTE, 2016, p. 134).

Uma das inovações citadas pela doutrina, ainda no campo das responsabilizações cabíveis ao administrador, foi o fim da prisão civil na hipótese de o administrador judicial “não apresentar

suas contas ou relatórios no prazo legal”, como era tipificado pelo art. 69, § 5º, do Decreto-Lei nº 7.661/1945 (SPINELLI, 2005, p. 213).

4 A DISCIPLINA JURÍDICA DOS HONORÁRIOS DO ADMINISTRADOR JUDICIAL À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS [TJDFT]

Os honorários do administrador judicial constituem aspecto de relevo, pois é milenar a noção segundo a qual: *Dignus operarius mercede sua*, conforme Epístola de São Paulo (I Tm 5:18). Todo aquele que presta um serviço é merecedor de retribuição. No âmbito das relações privadas, prevê o art. 594 do Código Civil de 2002 que: “Toda a espécie de serviço ou trabalho lícito, material ou imaterial, pode ser contratada mediante retribuição”.

Neste tópico, serão tratados os contornos normativos da remuneração do administrador judicial, com o estabelecimento daqueles que têm a competência para a sua fixação bem como para o custeio propriamente dito, a forma de pagamento e a situação dos honorários em caso de substituição ou de destituição do referido agente particular em colaboração com o poder público. Também será feito breve estudo comparado com o direito português sobre o assunto. Por fim, pretende-se expor a jurisprudência do TJDFE sobre a temática.

4.1 OS CONTORNOS NORMATIVOS DA REMUNERAÇÃO DO ADMINISTRADOR JUDICIAL

Os valores dos honorários que compõem a remuneração do administrador judicial são fixados pelo juiz, o qual, nos termos do art. 24 da Lei nº 11.101/2005, “levará em consideração fatores como a capacidade de pagamento do devedor, o grau de complexidade dos trabalhos e os valores praticados no mercado para o exercício de atividades semelhantes” (BERTASI, 2005, p. 130).

A capacidade de pagamento do devedor é a aptidão do empresário réu para arcar com o custeio da remuneração do administrador judicial. Trata-se de aptidão real e não aparente, a fim de se evitarem honorários demasiadamente vultosos que se tornem inviáveis.

Sobre essa capacidade do devedor, deve ser recordado o recente entendimento formado pela 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça [STJ], que atribui tal responsabilidade ao credor nas hipóteses de insuficiência de patrimônio cumulada com o desaparecimento do empresário, conforme *infra* se explicitará.

O grau de complexidade dos trabalhos consiste na aferição do quão complexo é o desempenho do trabalho pelo administrador judicial. Portanto, quanto mais simples for a tarefa, menor deverá ser a remuneração, sendo que o oposto repercutirá no aumento da valoração atribuída aos honorários.

Contudo, merece ser trazida à baila a clássica advertência de Trajano Valverde, segundo o qual o exercício de tal função, que consiste em “um cargo espinhoso, com responsabilidades que avultam, seria dificilmente preenchível se não houvesse recompensa para o seu ocupante. Nada

mais justo que se pague o trabalho de quem exerce função em benefício de todos os interessados no processo de falência” (VALVERDE, 1999b, p. 10).

Ora, considerando a definição dada por Trajano Valverde de que o exercício da função seria um cargo espinhoso, sempre haverá mais complexidade nas tarefas desempenhadas pelo administrador judicial.

Sobre esse ponto, merecem menção as situações nas quais a complexidade tende a ser em menor grau, como adverte Luiz Alberto Carvalho Alves, ao sugerir que seja nomeada pessoa natural como administradora judicial em recuperações especiais, ou seja, aquelas específicas para micro e pequenas empresas: “O administrador judicial, como pessoa física, se mostra mais razoável nas hipóteses de recuperação judicial de micro e pequenas empresas em que a complexidade do trabalho é menor e mais adequada a capacidade de pagamento do pequeno empresário devedor” (ALVES, 2016, p. 44).

Os valores praticados no mercado são os valores apurados à luz do que, normalmente, os profissionais que atuam nesse ramo exigem como contraprestação financeira. Deverão ser estipulados com razoabilidade e poderão implicar pesquisa de preços com os profissionais especializados, para que se alcance o valor mais próximo da realidade.

Quanto ao uso da razoabilidade na definição da remuneração judicial, afirma Chagas que:

Não existe valor mínimo ou máximo pelo qual se possa quantificar e tabelar a remuneração do administrador judicial. O juiz verificará outros elementos, no momento da fixação da remuneração, tais como o tempo provável de duração do processo, a dificuldade de acesso aos bens e documentos do falido, a necessidade de locomoção a outros estados. O valor da remuneração, portanto, será baseado em um critério de razoabilidade, uma vez que tal ato praticado pelo juiz é daqueles que se inserem nas suas atribuições administrativas, em que um juízo de conveniência e oportunidade, discricionariedade, portanto, substitui a necessidade de uma fundamentação jurídica convincente e irreparável (2016, p. 888).

O magistrado deverá estar atento, durante a fixação da remuneração do administrador judicial, para o fato de que os gastos com os auxiliares do próprio administrador deverão ser incluídos nos honorários fixados. Desse modo, afirma Toledo:

Observe-se que a LRE, ao dispor sobre a remuneração do pessoal de apoio do administrador judicial, não se refere expressamente à capacidade financeira da massa falida ou do devedor em recuperação, mas é claro que esse aspecto não pode ser desconsiderado na fixação (2016, p. 124).

Em que pese haver certa discricionariedade na decisão judicial, de acordo com o art. 24 da Lei nº 11.101/2005, essa discricionariedade está submetida ao teto legal consistente em 5% do valor dos créditos relativos à recuperação judicial e, na falência, será aplicado o mesmo percentual para o valor total dos bens vendidos na falência.

Quanto ao teto legal da remuneração do administrador judicial em processos de insolvência em que figurem como devedoras as microempresas ou as empresas de pequeno porte, afirma Tomazette que:

Com a Lei Complementar nº 147/2014, passa a existir um teto diferenciado para tais devedores que será de 2% (dois por cento) dos créditos abrangidos na recuperação judicial ou dos bens abrangidos no caso da falência, no caso de microempresas e empresas de pequeno porte. Trata-se de uma salutar medida de redução dos custos desses processos, em

prol da manutenção da atividade (na recuperação judicial) e da maximização dos ativos na falência (2016, p. 127).

Tendo em vista a promulgação do Novo Código de Processo Civil [CPC-15], em especial, o comando disposto no art. 1.015 do referido Código, perquire-se quanto à possibilidade de impetração de recurso de agravo quanto à decisão judicial que fixa a remuneração do administrador judicial.

Antes do advento do CPC-15, autores como Bezerra Filho (2005) já defendiam o uso do mencionado recurso para questionamento do valor arbitrado judicialmente. Com a novel codificação processual, as obras mais recentes de doutrinadores especializados têm sustentado que essa decisão “poderá ser objeto de agravo de instrumento, por qualquer interessado (devedor, credores, MP...) com o intuito de alterar a fixação” (TOMAZETTE, 2016, p. 127).

De fato, considerando o conceito de decisão interlocutória contido no art. 203, § 2º, do CPC-15, segundo o qual: “Decisão interlocutória é todo pronunciamento judicial de natureza decisória que não se enquadre no § 1º”, ou seja, é toda decisão judicial que não se enquadre como sentença.

Tendo em vista que o art. 1.015, inc. XIII, do CPC-15 prevê que: “Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre: [...] XIII – outros casos expressamente referidos em lei” e que o art. 100 da Lei nº 11.101/2005 estabelece expressamente que caberá agravo da sentença que decretar a falência – pronunciamento judicial no qual há a nomeação do administrador judicial na falência –, não há motivos para se impedir a aplicação da analogia com a decisão de processamento da recuperação judicial, na qual também há a nomeação do administrador judicial.

Compreendendo que a vigente Lei de Falências prevê a possibilidade de interposição do agravo de instrumento nas decisões interlocutórias e que a decisão de fixação da remuneração possui aquilo que Miranda chama de interlocutoriedade – que é a exigência de “estar-se entre a e b”, ou melhor, é a suposição de “falar-se dentro, entre duas subfases do processo” (MIRANDA, 1998, p. 79-80) –, esta, como decisão interlocutória, é passível de ser impugnada por meio de agravo de instrumento, conforme tradição que remonta aos primórdios do século XX.

De acordo com o art. 25 da lei brasileira de recuperação de empresas e falências, Lei nº 11.101/2005: “Caberá ao devedor ou à massa falida arcar com as despesas relativas à remuneração do administrador judicial e das pessoas eventualmente contratadas para auxiliá-lo”, portanto, de acordo com a “fria” letra da lei, na recuperação judicial, será utilizado o patrimônio do devedor para o custeio de tais despesas, enquanto que, na falência, será a massa falida incumbida de tal gasto.

Sobre esse sistema de custeio das despesas do administrador judicial, afirma Simionato que

Este sistema é correto porque no caso de viabilidade da empresa o administrador terá ampla função no processo de recuperação e o seu numerário deve vir da manutenção da atividade produtiva da empresa. Caso contrário, se for evidente a inviabilidade financeira da empresa, cabe ao administrador informar ao magistrado este fato, e opinar pela decretação da falência. Neste caso, sua remuneração vai ser suportada pelas forças da massa falida, porque sua atuação será feita, neste caso, no interesse dos credores representados todos no princípio da *par conditio creditorum*, e suas funções voltam a ser idênticas às do síndico da falência, verdadeiro *curatore* dos interesses dos demais credores diante do mesmo devedor (2008, p. 79).

Tais despesas serão classificadas como crédito extraconcursal, na forma do art. 84 da Lei nº 11.101/2005, com a exceção da reserva de 40% (quarenta por cento) dos honorários, que somente poderão ser pagos ao administrador judicial após aprovada sua prestação de contas.

A forma de pagamento é discricionariedade do magistrado, o qual tem como principal limitação legal a reserva de 40% a que alude o art. 24, § 2º, da Lei nº 11.101/2005. No entanto, merecem menção as formas de pagamento a que se refere Chagas (2016, p. 890), o qual prevê que a parte não reservada – os sessenta por cento – pode ser paga de duas maneiras: de forma imediata ou de forma parcelada.

Todavia, a reserva de 40% deverá ser paga integralmente após o término de todas as providências previstas nos artigos 154 e 155 da Lei nº 11.101/2005, sendo que “o artigo 63, I, da Lei no 11.101/2005 dispõe que o pagamento do saldo de honorários ao administrador judicial será determinado pelo juiz na sentença de encerramento da recuperação judicial” (TOMAZETTE, 2016, p. 127-8).

O tema da remuneração dos administradores judiciais não tem sido objeto de grandes controvérsias nos Tribunais Superiores. No entanto, há um julgado do STJ que mostra o quanto a questão já começa a suscitar maior atenção dos aplicadores do direito. Trata-se do Recurso Especial nº 1.526.790/SP, relatado pelo Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva e julgado pela 3ª Turma do referido Tribunal em 10 de março de 2016.

Conforme a ementa transcrita a seguir, o julgado da 3ª Turma do STJ estabelece que:

RECURSO ESPECIAL. FALÊNCIA. NOMEAÇÃO DE ADMINISTRADOR JUDICIAL. CAUÇÃO DA REMUNERAÇÃO. RESPONSABILIDADE. ART. 25 DA LEI nº 11.101/2005. EFEITO SUSPENSIVO. IMPOSSIBILIDADE.

1. Inviável a apreciação do pedido de efeito suspensivo a recurso especial feito nas próprias razões do recurso. Precedentes.
2. O art. 25 da Lei nº 11.101/2005 é expresso ao indicar o devedor ou a massa falida como responsável pelas despesas relativas à remuneração do administrador judicial.
3. Na hipótese, o ônus de providenciar a caução da remuneração do administrador judicial recaiu sobre o credor, porque a empresa ré não foi encontrada, tendo ocorrido citação por edital, além de não se saber se os bens arrecadados serão suficientes a essa remuneração.
4. É possível a aplicação do art. 19 do Código de Processo Civil ao caso em apreço, pois deve a parte litigante agir com responsabilidade, arcando com as despesas dos atos necessários, e por ela requeridos, para reaver seu crédito.
5. Recurso especial não provido.
(STJ, 3ª Turma, Recurso Especial nº 1.526.790/SP, Relator Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, DJe de 28/03/2016.)

Portanto, observa-se que, em relação aos honorários do administrador judicial, o STJ, no julgamento do REsp nº 1.526.790/SP, reafirma a norma jurídica contida no art. 25, que estabelece ser de responsabilidade do devedor ou da massa falida arcar com o custeio dos honorários do administrador judicial.

Contudo, o STJ, quando se depara com o fato de a empresa ré não ter sido encontrada – mesmo tendo sido citada por edital, além de não se ter certeza quanto ao fato de os bens arrecadados serem suficientes para arcar com o citado custeio –, constrói uma solução inovadora, ao decidir que o ônus de providenciar a caução da remuneração do administrador judicial deve recair sobre o credor,

utilizando-se, para tanto, de uma aplicação analógica do art. 19 do CPC de 1973, o qual corresponde ao art. 82 do Novo Código de Processo Civil de 2015.

A analogia em questão seria possível, pois, para o STJ, a parte litigante deve agir com responsabilidade, arcando com as despesas dos atos necessários e por ela requeridos, para reaver seu crédito. Infere-se, desse modo, que o Tribunal amplia o conceito de “despesas” que se encontrava no art. 20, § 2º, do CPC de 1973 e que corresponde ao novel art. 84 do CPC de 2015.

Expostas as normas que regem a matéria no direito brasileiro, apenas para fins comparativos, frise-se que o regime de remuneração do administrador judicial no Brasil difere significativamente do modelo adotado pelo direito português, pois, de acordo com o art. 57 do Código de Insolvência e de Recuperação de Empresas [CIRE], o Decreto-Lei n.º 53/2004:

Artigo 57

Remuneração

1. O administrador da insolvência nomeado pelo juiz tem direito à remuneração prevista no seu estatuto, e ao reembolso das despesas que razoavelmente tenha considerado úteis ou indispensáveis. Quando eleito pela assembleia de credores, terá a remuneração prevista na deliberação respectiva.
2. O pagamento da remuneração do administrador da insolvência durante o processo de insolvência e o reembolso das suas despesas serão suportados pelo Cofre Geral dos Tribunais, na medida em que a massa insolvente seja insuficiente para o efeito; caso contrário, o Cofre suportará a remuneração e as despesas correspondentes apenas aos dois primeiros meses de actividade.

O direito português cria um sistema misto de remuneração do administrador judicial, chamado, naquele País, de “administrador da insolvência”, o qual varia de acordo com a forma de nomeação adotada. Caso ele tenha sido nomeado pelo Juiz nos termos do art. 49 do CIRE, a sua remuneração será definida justamente pelo magistrado.

Na hipótese de os credores elegerem outra pessoa para o desempenho da função, e o administrador eleito não ser rejeitado pelo Juiz, a assembleia de credores poderá fixar a remuneração desse agente conforme o disposto no art. 50 do CIRE.

Quanto à fonte dos recursos financeiros que serão aplicados na remuneração do administrador da insolvência, verifica-se outra diferença entre o direito português e o direito brasileiro, visto que, em Portugal, está previsto pelo art. 57, n. 2, do CIRE que o pagamento da remuneração do administrador da insolvência bem como os eventuais ressarcimentos serão arcados pelo “Cofre Geral dos Tribunais, na medida em que a massa insolvente seja insuficiente para o efeito; caso contrário, o Cofre suportará a remuneração e as despesas correspondentes apenas aos dois primeiros meses de actividade”; ao passo que, de acordo com o já exposto art. 25 da lei brasileira de recuperação de empresas e falências, se incumbe ao devedor ou à massa falida arcar com tal despesa.

Portanto, em relação ao estabelecimento da remuneração do administrador judicial, o direito brasileiro adota o sistema da fixação de valor exclusivamente pelo Juiz e do custeio pelo devedor, diferentemente de outros países que adotam sistema distinto, como é o caso de Portugal, que adota o sistema misto de fixação do valor, enquanto o custeio fica a cargo do erário público.

4.2 A JURISPRUDÊNCIA DO TJDF SOBRE A TEMÁTICA

Os tribunais possuem o dever de velar pela uniformização e pela estabilidade de sua jurisprudência. Esse dever de “uniformidade na aplicação e interpretação das regras e princípios jurídicos em todo o território submetido à sua vigência” é uma manifestação da garantia dos princípios da igualdade perante a lei e da legalidade (DANTAS, 2013, p. 135).

A estabilidade da jurisprudência está associada com o próprio princípio da segurança jurídica, de maneira que o jurisdicionado conheça previamente os entendimentos firmados sobre certo assunto e, assim, possa pautar a sua conduta.

A jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios é fonte de expressão do poder criativo do magistrado em sua função de pacificador dos conflitos sociais no contexto do Distrito Federal.

Essa atividade criativa do direito, para ser efetivamente funcional, precisa trazer uniformidade e estabilidade. Nesse ínterim, é com o propósito de orientar os operadores do direito para fins de uniformidade e estabilidade da jurisprudência do TJDF, no que se refere ao tema dos honorários dos administradores judiciais, que serão expostos os entendimentos firmados pelo referido Tribunal.

Para a realização da presente pesquisa, foi feita consulta à base de dados de jurisprudência disponível no sítio eletrônico do próprio Tribunal, em meados de março de 2017, por meio da qual foram identificados 10 (dez) acórdãos do TJDF relativos a 1 (uma) apelação cível e 9 (nove) agravos, os quais serão objeto de análise neste trabalho.

Para facilitar a compreensão dos julgados que tratam da remuneração dos administradores judiciais, os mesmos foram divididos nos seguintes grupos: a) baixa complexidade e redução de valor; b) rateio, majoração e proporcionalidade no arbitramento dos honorários; c) temas isolados.

» 4.2.1 A BAIXA COMPLEXIDADE E A REDUÇÃO DE VALOR

Os três casos identificados com o tema e que implicaram redução do valor originalmente estabelecido pelo magistrado foram os agravos de instrumento nº 20130020089128, relatado pelo Des. Angelo Canducci Passareli, da 5ª Turma Cível; nº 20140020319182, relatado pelo Des. Flavio Rostiola, da 3ª Turma Cível; e nº 20150020243424, relatado pelo Des. Teófilo Caetano, da 1ª Turma Cível.

No primeiro julgado, a 5ª Turma Cível do TJDF deu provimento parcial ao recurso impetrado pela devedora, a fim de reduzir os honorários do administrador judicial, arbitrados originalmente em 2% (dois por cento), a 1% (um por cento), fundamentando-se no fato de o processo não ser de alta complexidade, combinado com fatores como o valor dos créditos submetidos à recuperação judicial, o faturamento no último quadriênio e o patrimônio total da devedora. Assim explicita a ementa do julgado:

DIREITO FALIMENTAR. AGRAVO DE INSTRUMENTO. HONORÁRIOS DA SINDICATURA. ARTIGO 24, CAPUT E § 1º, DA LEI 11.101/2005. CRITÉRIOS. DECISÃO PARCIALMENTE REFORMADA. 1 - Nos termos do artigo 24, caput e § 1º, da Lei nº11.101/2005, os honorários do administrador judicial serão fixados de acordo com a capacidade de pagamento do devedor, o grau de complexidade do trabalho e os valores praticados no mercado, devendo, em qualquer hipótese, não serem superiores a 5% do valor devido aos credores submetidos à recuperação judicial. 2 - Considerando o trabalho a ser desenvolvido pelo administrador judicial, no caso concreto, não se afigura como de alta complexidade e, ainda, o valor dos créditos submetidos à recuperação judicial, afigura-se como razoável, até mesmo para não inviabilizar a recuperação judicial buscada, impõe-se a redução dos honorários do Administrador de 2% para 1% dos créditos submetidos à recuperação. Agravo de Instrumento parcialmente provido. Maioria. (TJDFT, 5ª Turma Cível, Acórdão nº 687052, AGI nº 20130020089128, Relator Des. Angelo Canducci Passarelli, julg. 12 jun. 2013, DJe de 27/6/2013.)

Outro caso, ainda na mesma temática, contudo, com contornos próprios, foi o decidido pela 3ª Turma Cível no AGI nº 20140020319182, ocasião em que foi reconhecida a legitimidade do Ministério Público para agravar a decisão judicial que fixa a remuneração do administrador judicial e dado parcial provimento ao recurso, para reduzir os honorários, arbitrados originalmente em 1,5% (um inteiro e cinco décimos por cento), ao valor de 0,7% (sete décimos por cento). Segue a ementa:

PROCESSO CIVIL E COMERCIAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRELIMINARES DE ILEGITIMIDADE E AUSÊNCIA DE INTERESSE PROCESSUAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. REJEIÇÃO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. CRITÉRIOS PARA FIXAR A REMUNERAÇÃO DO ADMINISTRADOR JUDICIAL. REDUÇÃO DO VALOR. 1. O Ministério Público apresenta-se como parte legítima para atuar nos processos relativos à recuperação judicial de empresas, ante o manifesto interesse público e da coletividade, em razão do princípio da preservação da empresa e sua função social. Ademais, o órgão ministerial tem o intuito de fazer zelar pelo estrito cumprimento da aplicação da lei ao caso concreto, velando pela defesa da ordem jurídica e dos interesses sócio-econômicos envolvidos na recuperação judicial. Ainda, de acordo com o parágrafo segundo do artigo 499 do Código de Processo Civil, o Ministério Público tem legitimidade para recorrer assim no processo em que é parte, como naqueles em que oficiou como fiscal da lei. Preliminar rejeitada. 2. A doutrina é pacífica em afirmar que o administrador judicial trata-se de um colaborador ou auxiliar do juiz. No que diz respeito aos aspectos subjetivos, conforme orientação da Lei nº 11.101/05, o administrador judicial apresenta-se como profissional idôneo, de alta especialização, que deve ser escolhido pelo magistrado no âmbito desse tipo mercado. 3. A definição do valor da remuneração do administrador judicial fica confiada ao prudente arbítrio do juiz, que levará em consideração fatores como a capacidade de pagamento do devedor, o grau de complexidade dos trabalhos e os valores praticados no mercado para o exercício de atividades semelhantes. 4. A função do administrador judicial exige consideráveis conhecimentos da ciência jurídica, sobretudo na área especializada de atuação: direito empresarial, de sorte que a remuneração deve atender também a essa qualificação. Entretanto, na recuperação judicial, o referido profissional não administra a empresa (atos de gestão), de modo a não se equiparar ao administrador de empresas, pois diferentemente do que ocorre com o síndico, no processo falimentar, na recuperação judicial, o empresário e/ou administradores continuam gerenciando a empresa. 5. Rejeitou-se a preliminar e deu-se parcial provimento ao recurso, para reduzir o valor da remuneração do administrador judicial. (TJDFT, 3ª Turma Cível, Acórdão nº 866981, AGI nº 20140020319182, Relator Des. Flavio Rostirola, julg. 13 mai. 2015, DJe de 18/5/2015.)

Por fim, tem-se a decisão da 1ª Turma Cível, que reformou o pronunciamento do Juízo *a quo*, o qual arbitrou originalmente em 5% (cinco por cento) os honorários da administradora judicial de uma recuperação judicial que envolvia sociedade limitada, cujo passivo era de R\$ 2.299.546,58. O órgão fracionário do TJDFT deu provimento ao recurso de maneira unânime, fixando em 1,5% os honorários da administradora judicial. Dessa forma, consta na ementa:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. AUSÊNCIA DE COMPLEXIDADE. NÚMERO DE CREDITORES REDUZIDO. DÉBITOS EXCLUSIVAMENTE QUIROGRAFÁRIOS. HONORÁRIOS DO ADMINISTRADOR JUDICIAL. ADEQUAÇÃO AOS TRABALHOS A SEREM EXECUTADOS E À CAPACIDADE FINANCEIRA DA RECUPERANDA. FIXAÇÃO NO PATAMAR MÁXIMO ADMITIDO PELO LEGISLADOR. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE AOS TRABALHOS DEMANDADOS. INEXISTÊNCIA. REDUÇÃO.

NECESSIDADE. 1. Os honorários do administrador judicial, na recuperação judicial, aliados à confiança depositada pelo Juiz no profissional que escolhera para funcionar como seu auxiliar, devem ser mensurados em conformidade com a complexidade dos trabalhos a serem executados e com a capacidade de pagamento do devedor, limitados ao percentual máximo de 5% do valor devido aos credores submetidos ao procedimento, podendo ser reduzido ao patamar de 2% (dois por cento), no caso de microempresas e empresas de pequeno porte, (Art. 24, Lei n. 11.101 /2005). 2. Derivando do cotejo das nuances da recuperação em trânsito a inferência de que a remuneração arbitrada em favor da administradora nomeada, abstraída qualquer consideração acerca da sua capacitação, qualidade, experiência e renome, que não se coaduna com os parâmetros objetivos alinhados pelo legislador para mensuração da retribuição que lhe é devida, notadamente porque mensurados no patamar máximo admitido, devem ser reduzidos e mensurados em ponderação com a justa remuneração que é devida ao auxiliar do juízo em razão dos trabalhos que executará. 3. Aferida que a ação de recuperação judicial é desprovida de complexidade, diante do reduzido número de credores exclusivamente quirografários, e, outrossim, que a recuperanda não se qualifica como empresa de grande porte, a remuneração do administrador judicial não pode alcançar o percentual máximo previsto na lei, devendo, ao invés, serem os honorários que lhe são devidos ser mensurados em observância aos postulados da proporcionalidade e razoabilidade e do princípio da preservação da empresa em recuperação, ponderados os serviços que o exercício do encargo demandarão. 4. Agravo conhecido e provido. Unânime. (TJDFT, 1ª Turma Cível, Acórdão nº 931124, AGI nº 20150020243424, Relator Des. Teófilo Caetano, julg. 30 mar. 2016, DJe de 20/04/2016.)

Nesse último julgado, observa-se a consolidação do entendimento jurisprudencial sobre o tema, visto que, no acórdão de lavra do Desembargador Teófilo Caetano, é colacionada expressamente a decisão tomada pela 3ª Turma no Agravo de Instrumento nº 20140020319182.

Nos julgados acima citados, observou-se que foram utilizados como critérios para a redução dos honorários arbitrados pelo juízo *a quo*: a) os critérios legais previstos no art. 24 da Lei nº 11.101/2005, destacando-se destes a complexidade das tarefas desempenhadas pelo administrador judicial; b) o passivo do devedor; c) o faturamento nos últimos anos ou o patrimônio do devedor.

Também se observou que as reduções da remuneração dos administradores judiciais se operam de maneira casuística, ou seja, de acordo com cada caso concreto, visto que cada solução judicial implicou análise específica de acordo com os elementos trazidos aos autos. Contudo, foi possível constatar que o baixo grau de complexidade e o reduzido passivo do devedor implicaram reduções não inferiores à metade do valor originalmente arbitrado.

» 4.2.2 O RATEIO, A MAJORAÇÃO E A PROPORCIONALIDADE NO ARBITRAMENTO DOS HONORÁRIOS

Os três julgados identificados com o tema e que implicaram rateio dos honorários ou estabelecimento de novo valor à luz do princípio da proporcionalidade foram os agravos de instrumento nº 20080020098371, relatado pelo Des. Waldir Leôncio Lopes Júnior, da 2ª Turma Cível; nº 20120020199322, relatado pelo Des. Fernando Habibe, da 4ª Turma Cível; e nº 20130020097525, relatado pelo Des. Esdras Neves, da 3ª Turma Cível.

Na primeira decisão, a 2ª Turma Cível do TJDF deu provimento, de forma unânime, ao recurso formulado por ex-síndico e administrador judicial, para reformar o pronunciamento do Juízo *a quo*, que havia estipulado em R\$ 40.000,00 – menos de 2,5% (dois inteiros e cinco décimos por cento) do ativo realizado – o valor da remuneração da sindicatura em um processo de falência que durou 12 (doze) anos. No caso, o órgão fracionário decidiu majorar para 5% (cinco por cento) do ativo

realizado, sendo que os valores percebidos deveriam ser igualmente repartidos entre os “sínclicos” recorrentes. Segue ementa:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E DIREITO FALIMENTAR. HONORÁRIOS DA SINDICATURA. A Lei n. 11.101/2005, diploma legal regente da recuperação de empresas e falências, prevê a nomeação de administrador judicial que, *mutatis mutandis*, exercerá o trabalho do antigo síndico ou comissário, respectivamente na falência (falência) ou na recuperação judicial (concordata preventiva) (in BEZERRA FILHO, M. J., Lei de recuperação de empresas e falências comentada, 5. ed., revista e atualizada, São Paulo: RT, 2008, p. 94). Tal profissional faz jus ao recebimento de remuneração segundo o valor e a forma fixados pelo juiz, observados a capacidade de pagamento do devedor, o grau de complexidade do trabalho e os valores praticados no mercado para o desempenho de atividades semelhantes (art. 24). Em qualquer hipótese - estabelece o § 1º do referido dispositivo legal -, respeitar-se-á o limite de 5% do valor devido aos credores submetidos à recuperação judicial ou do valor de venda dos bens na falência. Recurso conhecido e provido, inclusive quanto ao rateio dos honorários entre os síndicos de forma igualitária. Dar provimento. Unânime. (TJDFT, 2ª Turma Cível, Acórdão nº 330818, AGI nº 20080020098371, Relator Des. Waldir Leôncio Lopes Júnior, julg. 29 out. 2008, DJe de 19/11/2008.)

A 4ª Turma Cível do TJDFT teve a oportunidade de enfrentar a questão da proporcionalidade na remuneração do administrador judicial durante o julgamento do Agravo de Instrumento nº 20120020199322, quando o órgão fracionário se respaldou nos critérios contidos no art. 24 da Lei nº 11.101/2005, para negar, unanimemente, o provimento ao recurso impetrado por ex-administradora da massa falida contra decisão do Juízo *a quo*, que fixou os seus honorários em R\$ 4.668,00.

Ocorre que, analisando os autos, o Juízo *ad quem* constatou que, originalmente, o Juízo *a quo* havia estabelecido os honorários em 5% do saldo positivo da massa falida, o que equivalia a R\$ 25.933,30. Contudo, a agravante havia sido substituída por outra administradora judicial, que se encontrava desempenhando a função por tempo bem superior ao exercido pela ex-administradora. Logo, o órgão fracionário do TJDFT entendeu como razoável e proporcional o *quantum* arbitrado pelo Juízo *a quo*. Segue a ementa do citado caso:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. FALÊNCIA. HONORÁRIOS. ADMINISTRADOR JUDICIAL. Os honorários do administrador judicial devem ser arbitrados segundo a capacidade financeira da massa falida, o grau de complexidade dos trabalhos desempenhados, os valores de mercado a eles aplicáveis e a proporcionalidade entre o que já foi e o que falta ser realizado. (TJDFT, 4ª Turma Cível, Acórdão nº 645807, AGI nº 20120020199322, Relator Des. Fernando Habibe, julg. 09 jan. 2013, DJe de 16/01/2013.)

Por fim, o terceiro julgado desse grupo foi oriundo da 3ª Turma Cível do TJDFT e envolveu a proporcionalidade no rateio dos honorários do administrador judicial, principalmente nas hipóteses de substituição.

No caso em apreço, foi dado provimento ao recurso, de forma unânime, para manter o percentual dos honorários do ex- "sínclico" em 5% sobre o saldo atualizado da massa falida, e não dos valores apurados até a substituição, sendo que o novo valor fora repartido na proporção de 3/5 (três quintos) para o agravante e 2/5 (dois quintos) para o atual administrador judicial, valores estes que representaram contraprestação equânime.

Também foi reservado 40% do montante devido a cada um dos administradores para pagamento após o julgamento das respectivas contas, conforme disposição do artigo 24, § 2º, da Lei nº 11.101/2005. Segue a ementa do caso:

EMPRESARIAL. FALÊNCIA. ADMINISTRADOR JUDICIAL. SUBSTITUIÇÃO. HONORÁRIOS DEVIDOS. RATEIO. PROPORCIONALIDADE. ARTIGO 24 DA LEI Nº 11.101/2005. Os honorários devidos ao administrador judicial serão fixados com base na diligência normalmente empregada, no trabalho desenvolvido, na responsabilidade com que desempenhou a função, na duração da sindicatura, bem como na importância da massa. O §1º do artigo 24 da Lei nº 11.101/2005, que dispõe que o valor devido não excederá 5% do valor de venda dos bens na falência, deve ser interpretado em conjunto com o §3º do citado dispositivo, que garante ao administrador judicial substituído remuneração proporcional ao trabalho realizado. Aplica-se isoladamente o §1º somente nas hipóteses em que não houver substituição do síndico, devendo incidir a regra do §3º sempre que o síndico estiver impossibilitado de acompanhar todas as fases do processo, da arrecadação até a efetiva venda. Recurso conhecido e provido. (TJDFT, 3ª Turma, Acórdão nº 704150, AGI nº 20130020097525, Relator Des. Esdras Neves, julg. 14 ago. 2013, DJe de 21/8/2013.)

Nos julgados acima citados, observou-se que foram utilizados como critério para o rateio a majoração e a proporcionalidade no arbitramento dos honorários, além dos critérios legais contidos no art. 24 da Lei nº 11.101/2005, também utilizados pelo grupo das decisões mencionadas *supra*. Nesse caso específico, foi levado em consideração o elemento proporcionalidade, o tempo de duração da sindicatura e a própria importância da massa falida ou do passivo do devedor.

» 4.2.3 OS TEMAS ISOLADOS

As quatro decisões não guardam correlação entre si, a não ser o fato de versarem sobre aspectos específicos da remuneração do administrador judicial. Trata-se da Apelação Cível nº 20080110641959 e dos Agravos de Instrumento nº 20070020080837 e nº 20080020183254 e do Agravo Interno no Agravo de Instrumento nº 20150020323077. Em que pese serem colacionadas as ementas de todos esses julgados, somente será objeto de análise a Apelação Cível, em virtude da relevância da questão suscitada no respectivo aresto.

O Agravo de Instrumento nº 20070020080837, relatado pela Desª. Vera Andrighi, da 1ª Turma Cível, versa sobre a rejeição do pedido de majoração dos honorários da sindicatura por falta de fundamentos suficientes para tanto:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRELIMINAR DE NÃO-CONHECIMENTO. ART. 526 DO CPC. FALÊNCIA. REMUNERAÇÃO DO ADMINISTRADOR JUDICIAL. MAJORAÇÃO. ART. 24, LEI 11.101/2005. I - O não-conhecimento do agravo de instrumento por descumprimento ao art. 526 do CPC será acolhido somente quando argüido e provado pelo agravado, nos termos do parágrafo único do referido dispositivo legal. II - A remuneração do administrador judicial deve observar os critérios estabelecidos no art. 24 da Lei 11.101/2005. Na falta de fundamentos suficientes que justifiquem a majoração pretendida, mantém-se o valor fixado pela decisão agravada. III- Preliminar rejeitada. Agravo improvido. Unânime. (TJDFT, 1ª Turma Cível, Acórdão nº 291370, AGI nº 20070020080837, Relatora Desª. Vera Andrighi, julg. 29 nov. 2007, DJe de 08/01/2008.)

O Agravo de Instrumento nº 20080020183254, relatado pela Desª. Carmelita Brasil, da 2ª Turma Cível, trata da confirmação da decisão do Juízo *a quo*, que determinou a postergação do pagamento do administrador para momento oportuno:

FALÊNCIA. PAGAMENTO DOS HONORÁRIOS DO ADMINISTRADOR JUDICIAL SUBSTITUÍDO. DETERMINAÇÃO DA FORMA E VALOR PELO MAGISTRADO. O art. 24 da Lei nº 11.101/05 incumbe ao magistrado a definição da forma e do valor do pagamento dos honorários do administrador judicial. Não havendo violação à ordem prevista para os créditos extraconcursais, não se constata irregularidade na decisão que postergou tal pagamento para momento oportuno, quando finalizada a realização do ativo das massas falidas. (TJDFT, 2ª Turma Cível, Acórdão nº 375100, AGI nº 20080020183254, Relatora Desª. Carmelita Brasil, julg. 02 set. 2009, DJe de 28/09/2009.)

O Agravo Interno no Agravo de Instrumento nº 20150020323077, relatado pelo Des. Sérgio Rocha, da 4ª Turma Cível, versa sobre a tentativa de impugnar decisão denegatória proferida no âmbito de agravo de instrumento impetrado para impugnar decisão que deferiu a recuperação judicial da agravante no ponto em que, em tese, fixou honorários provisórios para serem pagos ao administrador judicial, especialmente a reserva de 40% dos valores do administrador judicial. Segue a ementa:

AGRAVO INTERNO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. BLOQUEIO DE VALORES. INOCORRÊNCIA. NEGOU-SE PROVIMENTO. 1. O recurso interposto com a finalidade de excluir a previsão de reserva de valores de honorários de administrador judicial carece de utilidade se, na verdade, a decisão agravada não veiculou qualquer determinação de bloqueio de valores para tal fim. 2. Negou-se provimento ao agravo interno. (TJDFT, 4ª Turma Cível, Acórdão nº 950502, AGI nº 20150020323077, Relator Des. Sérgio Rocha, julg. 15 jun. 2016, DJe de 30/06/2016.)

Por fim, tem-se a Apelação Cível nº 20080110641959, relatada pela Desª. Carmelita Brasil, da 2ª Turma Cível, que versa sobre o arbitramento de honorários advocatícios de administrador judicial que atua como advogado da massa falida.

Sobre esse tema, ainda sob o império do Decreto-Lei nº 7.661/1945, afirmara Trajano Valverde que, na hipótese de o síndico também atuar como advogado, poderá desempenhar todos os atos pertinentes à advocacia da massa, sem impedimentos, prescindindo da contratação de colegas para tais casos, especialmente, se ocorrerem no foro da falência, concluindo que: “Se assim age, parece-nos que lhe assiste o direito de requerer ao juiz o arbitramento dos seus honorários, que hão de ser módicos [...] e sem prejuízo da comissão que lhe caberá como síndico” (VALVERDE, 1999a, p. 453).

Pois bem, enfrentando o tema, o TJDFT decidiu da seguinte forma:

FALÊNCIA. PEDIDO DE ARBITRAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ADMINISTRADOR JUDICIAL QUE ATUA COMO ADVOGADO DA MASSA FALIDA. PRELIMINAR DE NULIDADE ACOLHIDA. DEFESA DOS INTERESSES DA MASSA FALIDA. NECESSIDADE DE CITAÇÃO E NOMEAÇÃO DE CURADOR ESPECIAL. Faz-se necessária a citação da massa falida, em pedido de arbitramento de honorários formulado pela Administradora Judicial que atuou como advogada da massa e a nomeação de curador especial, eis que colidentes os interesses da massa e do administrador, pois a pretensão é apta a constituir título executivo contra a massa. (TJDFT, 2ª Turma Cível, Acórdão nº 351793, APC nº 20080110641959, Relatora Desª. Carmelita Brasil, julg. 01 abr. 2009, DJe de 29/04/2009.)

Analisando o acórdão do referido julgado, observa-se que a 2ª Turma Cível do TJDFT conheceu do processo e decidiu decretar a sua total nulidade, principalmente após o pedido de vistas do Des. Teófilo Caetano, quando foi sustentada a existência de “incontornável conflito de interesses, vez que não pode ela representar as falidas e, ao mesmo tempo, aviar pretensão em desfavor delas”, ou seja, a administradora judicial não poderia ser concomitantemente representante legal e parte contrária em eventual execução do título executivo judicial que lhe arbitrasse os honorários advocatícios.

Portanto, para o citado órgão fracionário do TJDFT, não é possível acumular a função de administrador judicial com a de advogado a despeito da existência de lições doutrinárias favoráveis à acumulação da sindicatura com a advocacia, incluindo os correspondentes honorários de cada função, como defendeu Trajano Valverde, pois a eventual cobrança dos honorários advocatícios em sede de execução implicaria incontornável conflito de interesses.

CONCLUSÃO

O administrador judicial é o auxiliar do Poder Judiciário que possui papel peculiar nos processos de insolvência, posto que figura na angularidade ativa do processo falimentar, quando assume a representação legal da massa falida. No caso da recuperação judicial, não é menor o seu papel, visto que a fiscalização do devedor se mostra imprescindível para o soerguimento das atividades econômicas, a fim de serem contemplados, assim, os princípios da preservação da empresa e da sua função social.

Os honorários do administrador judicial são a contraprestação devida pelos serviços prestados em tão intrincada questão – os processos de insolvência –, os quais tendem a ter duração e complexidade muito maiores que a média dos demais processos cíveis.

A jurisprudência do TJDF aponta tendências que poderão orientar os demais aplicadores do direito no que se refere à remuneração do administrador judicial, que foram tratadas no decorrer deste trabalho. Exemplo disto é a decisão que entendeu haver conflito de interesses para o administrador judicial que queira acumular a sindicatura com a advocacia e, concomitantemente, ser remunerado pelas duas funções, julgado que serve de paradigma para situações semelhantes, como a hipótese de o administrador que queira acumular a sindicatura, *v.g.*, com a profissão contábil ou outra.

Aprovado em: 04/07/2017. Recebido em: 17/03/2017.

REFERÊNCIAS

- ALVES, Luiz Alberto Carvalho. Parâmetros para a nomeação do administrador judicial e fixação dos seus honorários na recuperação judicial. **Justiça e Cidadania**, Rio de Janeiro, n. 186, jan. 2016.
- AQUINO, Leonardo Gomes de. **Curso de direito empresarial: teoria da empresa e direito societário**. Brasília: Kiron, 2015.
- ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa. Trad.: Fábio Konder Comparato. **Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro**, São Paulo, a. 35, n. 103, jul.-set. 1996.
- BERTASI, Maria Odete Duque. Administrador judicial – Comitê e Assembléia de Credores na Lei de Recuperação de Empresas e Falência. In: MACHADO, Rubens Approbato (Coord.). **Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- CAMPINHO, Sérgio. **Falência e recuperação de empresa: o novo regime de insolvência empresarial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- CHAGAS, Edilson Eneidino das. **Direito empresarial esquematizado**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- DANTAS, Bruno. Concretizar o princípio da segurança jurídica: uniformização e estabilidade da jurisprudência como alicerces do CPC projetado. In: FUX, Luiz et al. (Orgs.). **Novas tendências do processo civil: estudos sobre o projeto do Novo Código de Processo Civil**. Salvador: JusPodivm, 2013.
- KUGELMAS, Alfredo Luiz; SOUSA, Fabrício Godoy de. O papel do administrador judicial na recuperação e na falência. In: ANDRIGHI, Fátima Nancy, BENETI, Sidnei; ABRÃO, Carlos Henrique (Coords.). **10 anos de vigência da lei de recuperação e falência: (Lei n. 11.101/2005): retrospectiva geral contemplando a Lei n. 13.043/2014 e a Lei Complementar n. 147/2014**. São Paulo: Saraiva, 2015.
- LACERDA, Maurício Andere von Bruck. A administração judicial da recuperação e seus aspectos jurídicos – delimitação das atribuições e responsabilidades. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, Lisboa, a. 1, n. 3, 2015.

- MACHADO, Rubens Approbato. Visão Geral da Nova Lei 11.101, de 09 de fevereiro de 2005 que reforma o Decreto-lei 7.661, de 21.06.1945 (Lei de Falências) e cria o instituto da Recuperação de Empresa. In: MACHADO, Rubens Approbato (Coord.). **Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. **Regime Jurídico do Ministério Público**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- MIRANDA, F.C. Pontes de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, t. 2.
- SIMIONATO, Frederico Augusto Monte. **Tratado de direito falimentar**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- SPINELLI, Andrea Martins Ramos. Falência - Disposições Gerais - Inovações e Procedimento. In: MACHADO, Rubens Approbato (Coord.). **Comentários à Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- TOLEDO, Paulo F. C. Salles de. Capítulo II: Disposições comuns à recuperação judicial e à falência. In: ABRÃO, Carlos Henrique; TOLEDO, Paulo F. C. Salles de (Coords.). **Comentários à Lei de recuperação de empresas e falência**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: falência e recuperação de empresas**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2016. v. 3.
- VALVERDE, Trajano de Miranda. **Comentários à lei de falências**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999a, v. 1.
- _____. **Comentários à lei de falências**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999b, v. 2.

Thiago Pires Oliveira

Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA).

*Professor de Direito Empresarial da Faculdade
de Ciências Jurídicas e Sociais do UniCEUB.*

Advogado.

thiago.oliveira@uniceub.br

A DESCONSIDERAÇÃO DA BOA-FÉ NO SEGURO DE VIDA SEGUNDO O STJ

Gilberto Vaciles Bilacchi Junior

THE DECLINE OF GOOD FAITH IN LIFE INSURANCE ACCORDING TO THE STJ

RESUMO

O Superior Tribunal de Justiça, após décadas de entendimento jurisprudencial sedimentado, inclusive por meio de súmula do próprio Tribunal e do Supremo Tribunal Federal, alterou seu entendimento e passou a aplicar a literalidade do artigo 798 do Código Civil, que dispõe ser indevido o pagamento da indenização securitária, quando ocorrido o suicídio nos 2 (dois) primeiros anos de vigência do contrato de seguro, independentemente da prova de ter havido, ou não, a premeditação do segurado em desconsideração ao princípio contratual da boa-fé. Esse entendimento poderá dar ensejo a situações injustas, de modo a trazer prejuízos para os sujeitos da relação contratual e violar a dignidade deles, em especial dos beneficiários da indenização securitária. Ao final, será apresentada uma proposta para o problema, formulada durante a III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal.

» **PALAVRAS-CHAVE:** CONTRATO DE SEGURO DE VIDA. SUICÍDIO PREMEDITADO. PRINCÍPIO DA BOA-FÉ.

ABSTRACT

The Superior Court of Justice, after decades of settled jurisprudential understanding, including by means of a summary of the Court and the Federal Supreme Court, changed its understanding and began to apply the literality of Article 798 of the Civil Code, which provides that when the suicide occurred within the first two (2) years of the insurance contract, regardless of whether or not the insured had premeditation, in disregard of the contractual principle of good faith. This understanding may give rise to unjust situations, in order to violate the dignity and to bring damages to the subjects of the contractual relation, especially to the beneficiaries of the security indemnification. At the end, a proposal will be presented for the problem formulated during the Third Civil Law Conference of the Federal Justice Council.

» **KEYWORDS:** LIFE INSURANCE CONTRACT. PREMEDITATED SUICIDE. PRINCIPLE OF THE GOOD FAITH.

1 O CONTRATO DE SEGURO DE PESSOAS

O contrato de seguro conceituado pelo artigo 757 do Código Civil é aquele no qual “o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados” (BRASIL, 2002), e a lei determina que somente pode ser parte, como segurador, entidade legalmente autorizada pela SUSEP – Superintendência de Seguros Privados do Brasil.

É um negócio jurídico peculiar – cujas partes contratantes são o segurado e a seguradora, além do terceiro beneficiário no caso de seguro de risco de morte –, o qual contém elementos que lhe são próprios: a) a apólice é o instrumento do contrato de seguro que mencionará os riscos assumidos, o início e o fim de sua validade, o limite da garantia e o prêmio

devido, além do nome do segurado e do beneficiário, se for o caso; a qual deve ser precedida de proposta escrita que contenha a declaração dos elementos essenciais do interesse que será garantido e do risco; o bilhete de seguro é o instrumento simplificado do negócio jurídico¹; b) o prêmio consiste na prestação pecuniária devida pelo segurado ao segurador que, em contraprestação, deverá pagar o valor ou repor a coisa garantida a título de c) indenização, na hipótese de ocorrência do d) sinistro, que é a verificação do risco predeterminado contratualmente.

Essa modalidade típica contratual se baseia no princípio da mutualidade, segundo o qual os prêmios pagos serão somados e constituirão a reserva técnica, destinada a garantir o pagamento das indenizações individuais aos segurados, se houver a ocorrência do sinistro. A empresa seguradora participa como mera intermediária, ou seja, administradora dos contratos de seguro, a quem incumbe, principalmente, a gestão dos participantes, e a arrecadação e o pagamento dos valores (GONÇALVES, 2013, p. 259).

De acordo com a doutrina (DONIZETTI, 2012, p. 598-9), o contrato de seguro possui natureza jurídica: a) consensual, em que basta o acordo de vontade das partes, embora a lei exija a emissão da apólice, do bilhete de seguro ou de documento comprobatório do pagamento do prêmio para sua prova, denominada forma *ad probationem*²; b) bilateral ou sinalagmático, no qual são criados direitos e deveres para ambas as partes do contrato, cabendo ao segurado³: a obrigação de pagar o prêmio estipulado; a abstenção da prática de condutas perigosas; a comunicação ao segurador de todo incidente capaz de agravar o risco; a participação imediata ao segurador da ocorrência do sinistro, além da tomada de providências para reduzir as consequências; e, de outro lado, ao segurador⁴ cabe garantir o interesse legítimo do segurado contra riscos predeterminados; c) onerosa, em que as partes se obrigam e se beneficiam mutuamente; d) de adesão, em que o contrato é previamente estipulado pelo segurador e aprovado pela autoridade competente, em decorrência do que as cláusulas ambíguas ou contraditórias deverão ser interpretadas de modo mais favorável ao aderente⁵; e) aleatório, pois, indubitavelmente, a característica mais evidente do contrato de seguro é o risco assumido pelo segurador, o que poderá gerar a obrigação principal de pagar a indenização, se verificada a ocorrência do sinistro, evento futuro e incerto a que se sujeitou⁶.

Quanto ao objeto segurado, o Código Civil prevê expressamente dois tipos de contratos de seguro: a) de coisa, impropriamente nominado pela lei como seguro de dano⁷, e b) seguro de pessoa⁸; a esses dois tipos contratuais se aplicam as disposições gerais da lei civil⁹. Assim, em síntese, pode-se afirmar que são três as principais diferenças no que tange às modalidades de seguro previstas na lei civil.

A primeira consiste no fato de que, no seguro de dano, “a garantia prometida não pode ultrapassar o valor do interesse segurado no momento da conclusão do contrato”, sob pena de, em

caso de má-fé, perder o direito à garantia e ao pagamento do prêmio¹⁰, ao passo que, no seguro de pessoa, “o capital segurado é livremente estipulado pelo proponente”¹¹.

A segunda verifica-se, quando, no seguro de dano, “paga a indenização, o segurador sub-roga-se, nos limites do valor respectivo, nos direitos e ações que competirem ao segurado contra o autor do dano”¹². O Supremo Tribunal Federal confirmou tal possibilidade por meio da Súmula n. 188, a qual dispõe que “o segurador tem ação regressiva contra o causador do dano, pelo que efetivamente pagou, até o limite máximo previsto no contrato de seguro”, o que não ocorre no seguro de pessoa¹³.

A terceira e última diferença reside na peculiaridade de que, no seguro de dano, “salvo disposição em contrário, admite-se a transferência do contrato a terceiro com a alienação ou cessão do interesse segurado”¹⁴, ao passo que, “no seguro de pessoas, a apólice ou bilhete não podem ser ao portador”¹⁵.

No presente trabalho, iremos nos ater exclusivamente ao contrato de seguro de pessoa, especificamente no que tange ao pagamento da indenização securitária no caso de suicídio premeditado.

2 O SUICÍDIO PREMEDITADO E A JURISPRUDÊNCIA PÁTRIA

Inicialmente, verifica-se que o Código Comercial de 1850 proibia o seguro sobre a vida de pessoa livre, sob o fundamento de que a vida humana não tem preço. Todavia, a primeira companhia seguradora no País iniciou suas atividades pouco tempo depois da entrada em vigor do Código, pois se passou a entender que, se a vida humana não pode ser valorada, certamente a sua perda poderá ser indenizada, a fim de se atenuar o mal que dela resulta (MONTEIRO, 2011, p. 401).

Posteriormente, o Código Civil de 1916, ao tratar expressamente dos contratos de seguro de vida, passou a dispor que “a vida e as faculdades humanas também se podem estimar como objeto segurável e segurar, no valor ajustado, contra os riscos possíveis, como o de morte involuntária, inabilitação para trabalhar, ou outros semelhantes”, de modo que era considerada “morte voluntária a recebida em duelo, bem como o suicídio premeditado por pessoa em seu juízo”¹⁶.

Portanto, entendia-se que, caso decorrente o evento morte de suicídio premeditado, indevido seria o pagamento da indenização securitária, cabendo, todavia, à seguradora a prova da morte voluntária e sua premeditação, sob pena de se incorrer em enriquecimento sem causa (PEREIRA, 1975, p. 467).

A revogada lei civil, entretanto, não disciplinou a possibilidade de estipulação de qualquer prazo de carência para a cobertura securitária, limitando-se a afirmar que “as diferentes espécies de seguro previstas neste Código serão reguladas pelas cláusulas das respectivas apólices, que não contrariarem legais”¹⁷.

Desse modo, com base no princípio da autonomia da vontade, os contratos de seguro cujas cláusulas eram previamente elaboradas pelas seguradoras passaram a prever um período de carência, no qual era presumida a premeditação do suicídio, fazendo-se desnecessária sua prova e, por consequência, indevido o pagamento da indenização.

Ao tratar do assunto ainda na década de 1960, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula n. 105, que dispõe: “salvo se tiver havido premeditação, o suicídio do segurado no período contratual de carência não exime o segurador do pagamento do seguro”. De acordo com esse entendimento, ainda que ocorrido o sinistro dentro do prazo contratual de carência, fazia-se devido o pagamento da indenização, exceto se comprovada a má-fé no momento da contratação, de modo a se presumir a boa-fé do segurado e não a premeditação do suicídio.

O entendimento da Suprema Corte vigorou de modo pacífico, no âmbito dos tribunais brasileiros, por décadas, tendo, inclusive, sido corroborado pelo Superior Tribunal de Justiça, que editou a Súmula n. 61, segundo a qual “o seguro de vida cobre o suicídio não premeditado”, ainda que dentro do prazo de carência do seguro, fazendo-se necessária a prova da premeditação, para excluir a obrigação de pagamento da indenização.

Ocorre que a Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, a qual institui o atual Código Civil, inovou, ao prever que “no seguro de vida para o caso de morte, é lícito estipular-se um prazo de carência, durante o qual o segurador não responde pela ocorrência do sinistro”¹⁸, mas ressaltou a obrigatoriedade da devolução ao beneficiário do montante da reserva técnica acumulada.

Ao se referir ao suicídio premeditado, estipulou a lei civil geral, em seu art. 798, que “o beneficiário não tem direito ao capital estipulado quando o segurado se suicida nos primeiros dois anos de vigência inicial do contrato, ou da sua recondução depois de suspenso, observado o disposto no parágrafo único do artigo antecedente” (BRASIL, 2002), sem efetuar qualquer ressalva quanto à necessidade de comprovar a premeditação.

Todavia, apesar das referidas disposições legais em sentido contrário, o Superior Tribunal de Justiça manteve a jurisprudência sumulada e afirmou que o artigo 798 do Código Civil “não alterou o entendimento de que a prova da premeditação do suicídio é necessária para se afastar o direito à indenização securitária”, sendo a boa-fé elemento intrínseco do seguro, presumida e “caracterizada pela lealdade nas informações prestadas pelo segurado ao garantidor do risco pactuado” (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2010), preservando-se as súmulas n. 105 do STF e n. 61 do próprio STJ.

Essa conclusão decorreu do entendimento de que a aplicação do princípio da boa-fé nos contratos se faz necessária; inclusive, o atual Código Civil, de modo pioneiro, positivou esse entendimento por meio de seu artigo 422, dispondo que “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé” (BRASIL, 2002).

Especificamente em relação aos contratos de seguro, a estes o legislador dispensou especial atenção, ao determinar que “o segurado e o segurador são obrigados a guardar na conclusão e na execução do contrato, a mais estrita boa-fé e veracidade, tanto a respeito do objeto como das circunstâncias e declarações a ele concernentes”¹⁹.

Isso, porque esses princípios oferecem “a segurança das relações jurídicas, ou seja, dependem da confiança e respeito mútuos, da lealdade e da equivalência das prestações e contraprestações”, e a ausência deles vicia o negócio jurídico, pois deturpa o consentimento das partes (MONTEIRO, 2001, p. 26).

Assim, em observância do princípio da boa-fé contratual previsto nas normas legais, devem os contratantes se assegurar da veracidade das informações prestadas à parte contrária, informando-a, por exemplo, da existência de moléstia prévia de que sofre ou a intervenção cirúrgica a que deva se submeter (MONTEIRO, 2011, p. 388).

Essa atenção especial à preservação da boa-fé dos contratantes se deve ao fato de que, como visto, a característica principal do contrato de seguro é o mutualismo e a aleatoriedade das obrigações contratuais, vedando-se o enriquecimento de uma das partes.

A inobservância de tal dever de conduta ensejará a aplicação das penalidades previstas no Código Civil, segundo as quais, “se o segurado, por si ou por seu representante, fizer declarações inexatas ou omitir circunstâncias que possam influir na aceitação da proposta, perderá o direito à garantia, além de ficar obrigado ao prêmio vencido”²⁰. Do mesmo modo, “o segurador que, ao tempo do contrato, sabe estar passado o risco de que o segurado se pretende cobrir, e, não obstante, expede a apólice, pagará em dobro o prêmio estipulado”²¹.

No entendimento do Superior Tribunal de Justiça, mesmo após a vigência da Lei 10.406/02, a interpretação literal do art. 798 do Código Civil se fazia indevida, pois era necessária a análise do dispositivo legal conforme os ditames da boa-fé contratual do segurado, que era presumida, de modo que à seguradora caberia o ônus da prova da premeditação do suicídio, sem a qual ela continuaria sendo responsabilizada pelo pagamento da indenização securitária, ainda que ocorrido o evento morte dentro do prazo legal bienal.

Tal orientação judicial se verificou no ano de 2011, durante o julgamento de caso emblemático no qual o segurado havia se suicidado dentro do termo legal de carência – 7 meses da assinatura do contrato de seguro –, sendo que a Relatora Ministra Nancy Andrighi entendeu pela manutenção da condenação da seguradora ao pagamento da indenização por ausência da comprovação da má-fé do segurado, de modo flagrantemente contrário à literalidade do disposto no Código Civil, ao afirmar:

o biênio previsto no art. 798 do CC/02 tem como objetivo evitar infundáveis discussões judiciais a respeito da premeditação do suicídio do segurado, geralmente ocorrido anos após a celebração do contrato de seguro, [...], é desarrazoável admitir que, na edição do art. 798 do CC/02, o legislador, em detrimento do beneficiário de boa-fé, tenha deli-

beradamente suprimido o critério subjetivo para aferição da premeditação do suicídio. (STJ. Terceira Turma, REsp, Acórdão n. 1188091/MG, Relatora. Ministra Nancy Andriighi, DJe de 06/05/2011.)

Nesse sentido, verifica-se que a Corte Superior infraconstitucional continuava a não admitir a interpretação literal do artigo 798, entendendo-se necessária uma interpretação teleológica-sistemática do ordenamento jurídico, a fim de compatibilizar a aplicação do dispositivo com os princípios da lealdade contratual e da boa-fé, previstos nos artigos 113, 187 e 422 do Código Civil.

Por ocasião de outro julgamento ainda no ano de 2011, a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar processo judicial de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, confirmou o entendimento de que

o fato de o suicídio ter ocorrido no período inicial de dois anos de vigência do contrato de seguro, por si só, não autoriza a companhia seguradora a eximir-se do dever de indenizar, sendo necessária a comprovação inequívoca da premeditação por parte do segurado, ônus que cabe à Seguradora, conforme as Súmulas 105/STF e 61/STJ expressam em relação ao suicídio ocorrido durante o período de carência. (STJ, Segunda Seção, AgRg no Ag, Acórdão n. 1244022/RS, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, DJe de 25/10/2011.)

Todavia, durante aquele julgamento, principiaram vozes no sentido da aplicação literal do artigo 798 do Código Civil, mas a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça se manteve firme nos termos do voto do Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, para quem “a jurisprudência desta Corte Superior consolidou-se no sentido de que o suicídio cometido no período de carência do seguro de vida somente isentará a seguradora do pagamento da indenização se comprovado que o ato do segurado foi premeditado.” (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2015).

3 A MUDANÇA DE ENTENDIMENTO SOBRE O TEMA

Foi no ano de 2015 que ocorreu a guinada jurisprudencial, durante o julgamento de um processo submetido ao rito dos recursos especiais repetitivos, previsto no art. 1.036 do Código de Processo Civil, de modo que o novo entendimento passou a direcionar o julgamento de novos casos sob pena de improcedência liminar dos pedidos, conforme previsão do art. 332, inciso II, da lei processual civil.

A mudança de entendimento foi proclamada pela Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, ao decidir pedido de indenização securitária em razão de suicídio ocorrido em 14 de maio de 2015, menos de 1 mês após a assinatura do contrato de seguro, ocorrida em 19 de abril de 2015.

O relator do processo, Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, após demonstrar a jurisprudência dominante na Corte, votou pela manutenção do entendimento de que se faz necessário comprovar a premeditação do suicídio pelo segurado, a fim de se excluir a obrigação da seguradora de pagamento da indenização securitária.

Em seus argumentos, reiterou que a interpretação do artigo 798 deveria se dar de forma sistemática e teleológica, em consonância com o princípio da boa-fé previsto expressamente no Código Civil. Nas palavras do Ministro Relator,

essa orientação mostra-se correta, pois a boa-fé (subjéitiva) é presumida, devendo ser comprovada a má-fé de qualquer pessoa na condução dos seus negócios e demais atos da vida civil. Isso mostra-se especialmente adequado no caso de suicídio do segurado em contrato de seguro de vida, por constituir ato de extremo desespero vital, decorrendo de grave moléstia psíquica, infelizmente cada vez mais comum na sociedade contemporânea, que é a depressão. Assim, não é crível presumir, de forma absoluta, mesmo por decreto, a premeditação ou a má-fé do segurado, que pratica esse ato extremo. (STJ, Segunda Seção, REsp, Acórdão n. 1334005/GO, Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Relatora p/ Acórdão Ministra Maria Isabel Gallotti, DJe de 23/06/2015.)

Mencionou, ainda, o aspecto histórico de tal entendimento, consolidado por meio das súmulas n. 105 do STF e n. 61 do STJ.

Entretanto, não obstante os valorosos argumentos despendidos pelo Ministro Relator, prevaleceu o voto da Ministra Maria Isabel Gallotti, que ratificou o entendimento por ela adotado em julgamento anterior, no qual votou pela aplicação da literalidade do artigo 798 do Código Civil, de ser indevida a indenização do suicídio ocorrido no biênio inicial do contrato de seguro de vida, mesmo ausente a comprovação da premeditação dos segurados, sendo, contudo, necessária a devolução da reserva técnica nos termos do Código Civil²².

Afirmou que, ao contrário da lei anterior, o Código Civil atual não faz referência à premeditação do suicídio, pois “a intenção do novo código é precisamente evitar a difícilíssima prova da premeditação e da sanidade mental e capacidade de autodeterminação no momento do suicídio”. Por esse motivo, o legislador estabeleceu uma regra temporal objetiva, equânime, a fim de não prejudicar qualquer das partes contratuais, segundo a qual,

nos dois primeiros anos de vigência do contrato não haverá direito à cobertura securitária, mas, em contrapartida, a partir do fim do segundo ano, não caberá à seguradora se eximir da indenização, alegando que o suicídio foi premeditado, por mais evidente que seja a premeditação. (STJ, Segunda Seção, REsp, Acórdão n. 1334005/GO, Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Relatora p/ Acórdão Ministra Maria Isabel Gallotti, DJe de 23/06/2015.)

Quanto à aplicação das súmulas dos Tribunais Superiores, rebateu o argumento, ao afirmar que o seu fundamento foi justamente a ausência de previsão legal que permitisse a estipulação de cláusula contratual que eximisse a seguradora da cobertura por determinado lapso temporal, sendo que, hoje, de modo contrário, “a lei expressamente estabelece que é um risco não coberto o de suicídio durante os primeiros dois anos de vigência da apólice, mas ao contrário, depois desses dois anos, mesmo que evidente a premeditação, esta circunstância não impedirá a cobertura pela seguradora” (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2015).

Por esses motivos, votou no sentido de ser indevido o pagamento da indenização no caso de suicídio ocorrido nos 2 (dois) primeiros anos do contrato de seguro de vida, independentemente de qualquer prova acerca da premeditação do segurado.

O Ministro João Otávio de Noronha ratificou os fundamentos do voto da Ministra Nancy e rebateu argumentos até então prevalentes em julgamentos anteriores. Para ele, na vigência do Código Civil de 1916, o “nosso ordenamento jurídico possibilitava a celebração de contrato de seguro

de vida com previsão do evento morte, desde que involuntária”, entendendo-se por morte voluntária a resultante de duelos e suicídios:

Com relação a essa segunda forma de morte – suicídio –, criou-se toda uma celeuma em torno da hipótese de haver premeditação ou não; se não, impunha-se às seguradoras, por construção jurisprudencial, pagamento da respectiva indenização; se premeditado, isentas estariam da respectiva indenização. Todavia, cabia a elas a prova de tal excludente, prova que reputo praticamente impossível de ser realizada por uma seguradora, que pode apenas levantar dados objetivos (como laudos médicos etc.) para comprovar algo extremamente subjetivo. Ou seja, todos os elementos que conseguisse levantar indicariam apenas possibilidades em torno do evento ocorrido, não passando a premeditação de mera presunção. (STJ, Segunda Seção, REsp, Acórdão n. 1334005/GO, Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Relatora p/ Acórdão Ministra Maria Isabel Gallotti, DJe de 23/06/2015.)

No entendimento do Ministro, a aplicação objetiva do prazo de 2 (dois) anos traz segurança jurídica, uma vez que serve tanto para o segurado quanto para a seguradora, não havendo mais que se falar no critério subjetivo, se houve ou não premeditação. Segundo ele, agora a regra é simples: antes de 2 anos, não há indenização, mas há devolução da reserva técnica formada; após esse prazo, deverá ser paga a indenização securitária, independentemente de ter havido ou não a premeditação, e a lei não permite discussões sobre a questão, pois é clara na adoção do critério objetivo. Afirmou que “fugir à letra da lei, que gramaticalmente não apresenta nenhuma dificuldade de interpretação, na verdade, é conferir à norma sentido e conteúdo que ela não tem” (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2015).

Em referência ao método hermenêutico da interpretação sistemática, observou que “existe ambiguidade ou obscuridade no conteúdo da norma que demande esse tipo de análise. E, se for realizada, a constatação é a de que a norma não se opõe a nenhuma outra no direito positivado brasileiro” (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2015).

No que tange à aplicação da presunção da boa-fé do segurado nas relações contratuais e à necessidade de prova da má-fé pela seguradora, afirmou que o “legislador afastou tais discussões, conferindo um caráter objetivo à lei, que se coaduna perfeitamente com o sistema de mutualidade previsto no Código Civil”, além do que o artigo 797 “assegura que se estipule, nos contratos de seguro de vida, um período durante o qual o segurador está isento do cumprimento da obrigação” (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2015).

Ressaltou a aleatoriedade característica dos contratos de seguro, afastando-se a equivalência entre as obrigações assumidas pelas partes, pois “se se confere à seguradora provar a premeditação – hipótese que, levando-se em conta a realidade, raramente ocorrerá –, estar-se-á, na verdade, afastando o teor da norma e determinando a indenização” (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2015).

Ademais, afirmou que inúmeras são as causas de suicídio, que “vão desde uma depressão, atualmente considerada doença que leva muitos a tal ato extremo, até o desespero momentâneo ou vontade de ferir e magoar alguém em decorrência do descontrole emocional”, de modo que se demonstra infrutífera e desnecessária a discussão acerca da premeditação, uma vez que

não se pode saber ao certo o que leva uma pessoa a ceifar a própria vida (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2015).

Por fim, corroborando o seu entendimento, o Ministro citou as lições do prof. José Carlos Moreira Alves, segundo o qual o legislador impôs um “período de incontestabilidade”, ao estabelecer critério objetivo temporal, não importando se premeditado ou não.

O Ministro Antonio Carlos Ferreira, ao votar contrariamente ao Ministro Relator, afirmou que “é clara, é claríssima a vontade do legislador.” Para ele, a redação do art. 798 do Código Civil é “muito clara, bastante objetiva e precisa que, *data venia*, dispensa, para sua interpretação, a invocação de teorias como a da função social do contrato, da boa-fé objetiva ou de princípios como o da Dignidade da Pessoa Humana, aludidos da tribuna” (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2015).

O Ministro Marco Buzzi acompanhou o voto divergente, afirmando que a legislação civil é muito recente e

não há um fato sociológico ou histórico novo; efetivamente, não há um fato legal novo que determine modificar a interpretação dos critérios que devam ser objetivos, fixados na lei, não há o que justifique mudar essas disposições que o legislador, objetivamente, fielmente, colocou na lei. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Segunda Seção, REsp, Acórdão n. 1334005/GO, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Rel. p/ Acórdão Ministra Maria Isabel Gallotti, DJe 23/06/2015)

Para o Ministro Marco Aurélio Bellize, “a adoção deliberada deste critério objetivo pelo novo Código Civil torna desimportante a perquirição acerca da motivação do suicídio, se voluntário ou involuntário, premeditado ou não, seja antes ou depois do período de carência” (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2015).

O Ministro Raul Araújo, ao votar, acompanhou a divergência, mas proferiu seu voto com fundamento diverso, pois entendeu que, no caso dos autos, por ter o suicídio se consumado no curto prazo de menos de 1 (um) mês após a contratação do seguro, o próprio segurado criou a presunção de que premeditara o suicídio antes de fazer a contratação do seguro, a fim de inverter e dispensar o ônus da prova da seguradora, fazendo-se indevida a indenização (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2015).

Em conclusão de julgamento, vencido o Ministro relator, a mudança de entendimento jurisprudencial se deu nos seguintes termos:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COBRANÇA. SEGURO DE VIDA. SUICÍDIO DENTRO DO PRAZO DE DOIS ANOS DO INÍCIO DA VIGÊNCIA DO SEGURO. RECURSO ESPECIAL PRO-VIDO. 1. Durante os dois primeiros anos de vigência do contrato de seguro de vida, o suicídio é risco não coberto. Deve ser observado, porém, o direito do beneficiário ao ressarcimento do montante da reserva técnica já formada (Código Civil de 2002, art. 798 c/c art. 797, parágrafo único). 2. O art. 798 adotou critério objetivo temporal para determinar a cobertura relativa ao suicídio do segurado, afastando o critério subjetivo da premeditação. Após o período de carência de dois anos, portanto, a seguradora será obrigada a indenizar, mesmo diante da prova mais cabal de premeditação. (STJ, Segunda Seção, REsp, Acórdão n. 1334005/GO, Relator Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Relatora p/ Acórdão Ministra Maria Isabel Gallotti, DJe de 23/06/2015.)

O novo entendimento jurisprudencial sobre o tema já foi adotado pelas 3ª e 4ª Turmas do Superior Tribunal de Justiça – STJ, conforme se verifica dos julgamentos abaixo transcritos:

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COBRANÇA DE INDENIZAÇÃO SECURITÁRIA. SUICÍDIO OCORRIDO NOS DOIS PRIMEIROS ANOS DE VIGÊNCIA DO CONTRATO DE SEGURO DE VIDA. 1. A Segunda Seção, quando do julgamento do Recurso Especial 1.334.005/GO, consolidou o entendimento de que o suicídio ocorrido nos dois primeiros anos de vigência inicial do contrato de seguro de vida não enseja o pagamento da indenização contratada na apólice, à luz do artigo 798 do Código Civil, devendo, contudo, ser observado o direito do beneficiário ao ressarcimento do montante da reserva técnica já formada, por força da norma inserta no parágrafo único do artigo 797 do referido código. (STJ, Quarta Turma, AgInt no REsp, Acórdão n. 1579565/SP, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, DJe de 23/08/2016.)

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CIVIL. SEGURO DE VIDA EM GRUPO. SUICÍDIO DO SEGURADO. NOVO CONTRATO. CÓDIGO CIVIL. VIGÊNCIA. PRAZO DE CARÊNCIA. NÃO OBSERVÂNCIA. INDENIZAÇÃO DESCABIDA. RESERVA TÉCNICA. DEVOLUÇÃO AO BENEFICIÁRIO. 1. O suicídio, nos contratos de seguro de vida individuais ou coletivos firmados sob a égide do Código Civil de 2002, é risco não coberto se cometido nos primeiros 2 (dois) anos de vigência da avença. Com a novel legislação, tornou-se inócuo definir a motivação do ato suicida, se voluntário ou involuntário, se premeditado ou não. Inaplicabilidade das Súmulas nº 105/STF e nº 61/STJ, editadas com base no Código Civil de 1916. 2. O art. 798 do CC/2002 estabeleceu novo critério, de índole temporal e objetiva, para a hipótese de suicídio do segurado no contrato de seguro de vida. Assim, o beneficiário não tem direito ao capital estipulado quando o segurado suicidar-se no prazo de carência, sendo assegurado, todavia, o direito de ressarcimento do montante da reserva técnica já formada. Por outro lado, após esgotado esse prazo, a seguradora não poderá se eximir de pagar a indenização alegando que o suicídio foi premeditado. 3. Agravo interno não provido. (STJ, Terceira Turma, AgInt no REsp, Acórdão n. 1584513/SP, Relator Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, DJe de 30/09/2016.)

Desse modo, dada a importância do julgamento que firmou novo entendimento no âmbito da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça – STJ, o qual alterou a jurisprudência sumulada há décadas pelo Supremo Tribunal Federal – que, após a CF/88, não detém mais competência para apreciar matérias de ordem infraconstitucional²³ – e pelo próprio Superior Tribunal de Justiça, chama a atenção o critério de interpretação da norma que foi utilizado pelos Ministros julgadores, qual seja, a interpretação literal do dispositivo da lei, a fim de desconsiderar a interpretação teleológica e sistemática do ordenamento jurídico.

4 OS MÉTODOS DE INTERPRETAÇÃO DA NORMA JURÍDICA

Os Ministros que votaram de acordo com o novo entendimento divergente do Relator, com exceção do Ministro Raul Araújo, que entendeu ter o próprio segurado criado, em seu desfavor, a presunção de premeditação, ao praticar o suicídio em tão pouco tempo – menos de 1 (um) mês – após a assinatura do contrato de seguro, conforme demonstrado no capítulo anterior, limitaram-se a aplicar, de forma literal, o artigo 798 do Código Civil, afirmando ser o mesmo claro o suficiente para dispensar a aplicação de outros elementos de hermenêutica jurídica no caso julgado. Pois bem.

De acordo com o brocardo *in claris cessat interpretatio*, a clareza da lei dispensa interpretação, fazendo-se necessária, tão somente, diante da lacuna ou da obscuridade da lei. Todavia, não é de hoje que se entende que “uma lei pode não ter significado imediatamente perceptível, mas só

fixável depois de operação hermenêutica mais ou menos árdua, exigindo esclarecimento para que o significado se torne claro” (SILVEIRA, 1968, p. 40).

A ciência da hermenêutica jurídica, que trata das regras de interpretação, ocupa-se em “descobrir o conteúdo da norma, o sentido e o alcance das expressões do Direito. Obscuras ou claras, deficientes ou perfeitas, ambíguas ou isentas de controvérsia, todas as frases jurídicas aparecem como suscetíveis de interpretação” (MAXIMILIANO, 2006, p. 35).

Desse fato resulta o entendimento de que o referido princípio não se sustenta, pois a interpretação hermenêutica deve ser aplicada “a todas as normas e parte do pressuposto de que não há norma suficientemente clara que prescindida da interpretação, e que a conclusão sobre a clareza de determinado enunciado normativo é resultado do próprio processo interpretativo” (PEIXINHO, 2015, p. 11).

A arte de interpretar as normas jurídicas foi inaugurada por Savigny e visou, no primeiro momento, à busca do significado da lei (*mens legis*), passando posteriormente a perquirir o pensamento do legislador no momento da elaboração da lei (*mens legislatoris*) (FERRAZ, 1996, p. 69).

Atualmente, de acordo com a doutrina, inúmeros são os modos de interpretação da norma jurídica quanto aos meios: a) gramatical: por intermédio da análise sintática, semântica e etimológica dos termos e das palavras do texto legal; b) lógica: analisa a lei em conformidade com seu conjunto orgânico, visando à perfeita harmonia e coerência das partes do texto, a fim de evitar incompatibilidades; c) histórica: busca analisar a lei com base na compreensão dos fatos pretéritos que levaram o legislador à sua criação naquele determinado momento histórico, a sua razão de ser, a sua finalidade social, o seu espírito; e d) sistemática: por meio desse modo de interpretação, o texto legal é comparado com outros textos, para harmonizá-lo com o sistema jurídico (MONTEIRO, 2001, p. 47-8).

Ocorre que o exame da literalidade da lei é apenas o primeiro caminho para ser percorrido pelo intérprete do direito, não podendo, contudo, a ele se limitar. “É preciso, pois, interpretar as leis segundo seus valores linguísticos, mas sempre se situando no conjunto do sistema”, denominando-se de interpretação lógico-sistemática esse trabalho de compreensão do preceito legal em correlação com os demais métodos (REALE, 2002, p. 279).

Esse foi o entendimento adotado pelo Ministro Relator Paulo de Tarso Sanseverino, relator originário do processo julgado pelo STJ, ao afirmar que “o método literal é apenas o início do processo hermenêutico de um texto legal, devendo-se levar em consideração outros critérios, como o histórico, o lógico, o sistemático, o teleológico” (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2015), lembrando que esse posicionamento prevalecia, até então, no âmbito da própria Segunda Seção da Corte Superior de Justiça.

A lei não mais se confunde com os textos escritos, como afirmaram os adeptos da Escola da Exegese, e constitui “apenas instrumento de revelação do Direito, o mais técnico, o mais alto, mas apenas um instrumento de trabalho e assim mesmo imperfeito, porquanto não prevê tudo aquilo que a existência oferece no seu desenvolvimento histórico” (REALE, 2002, p. 287).

Para se chegar à hermenêutica estrutural do problema retratado no caso concreto, o trabalho do intérprete deve captar o significado do preceito, correlacionando-o com outros preceitos da lei e com os da mesma espécie presentes em outras leis, de modo que a sistemática jurídica deixe de ser lógico-formal e passe a ser, também, axiológica ou valorativa, o que transcende a passiva adaptação do problema ao texto legal (REALE, 2002, p. 291).

Com essas considerações, tem-se que, ao votarem pela aplicação do sentido literal do artigo 798 do Código Civil e entenderem pela desnecessidade de comprovação da má-fé do segurado e da premeditação do suicídio, os julgadores da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça desconsideraram os demais métodos interpretativos que, conforme exposto, são imprescindíveis para se chegar à justa solução do caso concreto, não se podendo dispensar a verificação da boa-fé do contratante no bojo da relação contratual de seguro, nos termos do que determinam os artigos 113, 422 e 765 do Código Civil.

Assim, pode-se dizer que se trata de verdadeira hipótese de lacuna axiológica, segundo a qual existe norma para o caso concreto, especificamente o artigo 798 do Código Civil, mas sua aplicação se faz insatisfatória ou injusta (DINIZ, 1994, p. 23).

Por outro lado, ao se determinar a aplicação concomitante dos dispositivos legais que preveem o princípio da boa-fé no contrato de seguro, estaríamos diante de uma hipótese de antinomia jurídica, configurada pela “presença de duas normas conflitantes, válidas e emanadas de autoridade competente, sem que se possa dizer qual delas merecerá aplicação em determinado caso concreto – lacunas de colisão” (TARTUCE, 2015, p. 36).

Trata-se de verdadeira antinomia real, visto que não pode ser resolvida de acordo com os metacritérios clássicos de solução de conflitos propostos por Norberto Bobbio, quais sejam: a) critério hierárquico; b) critério da especialidade; e c) critério cronológico (BOBBIO, 1996).

Isso, porque se tem como inaplicáveis os metacritérios cronológico ou hierárquico, haja vista que todos os dispositivos legais citados foram criados ao mesmo tempo e pela mesma norma jurídica, qual seja, a Lei 10.406/02.

Ademais, não subsiste a aplicação do artigo 798 pelo critério da especialidade, pois, ainda que posicionado o artigo 113 na Parte Geral, que trata do negócio jurídico, e o artigo 422 dentro do título do capítulo dos contratos em geral, verifica-se que o artigo 765 do Código Civil disciplina, especificamente, os contratos de seguro, incluído o seguro de vida.

Assim, dois caminhos poderiam ser trilhados na busca da solução do problema: a) a edição pelo Poder Legislativo de uma terceira norma que venha a pôr fim à antinomia real; ou b) a adoção pelo Poder Judiciário do princípio máximo de justiça, permitido ao julgador do caso concreto aplicar uma das normas conflitantes, visando à pacificação social, conforme a analogia, aos costumes e aos princípios gerais do direito, para atender aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum, conforme dispõem os artigos 4º e 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (TARTUCE, 2015, p. 39-40).

Ainda, com base na moderna interpretação metodológica proposta pelo direito civil-constitucional, baseado na visão unitária do ordenamento jurídico, poder-se-ia também chegar a outra solução para o impasse normativo por meio da aplicação de três princípios básicos, quais sejam: a) a personalização do Direito Civil, fundada na proteção da dignidade da pessoa humana, prevista no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal; b) a justiça social, fundada na solidariedade social, prevista no art. 3º, inciso I, da Constituição Federal; e c) a igualdade substancial, fundada na isonomia ou igualdade *lato sensu*, prevista no art. 5º da Constituição Federal (TEPEDINO, 2004, p. 1-22).

Com base na referida doutrina, tem-se que a tendência, no direito brasileiro, ocorre no sentido da “incidência franca da Constituição nos diversos âmbitos das relações entre particulares, mormente nos contratos, nas propriedades e nas famílias, à luz de comandos inafastáveis de proteção à pessoa”, e as leis dos Estados devem ser reinterpretadas com base nas Constituições do Estado Social de Direito (FACCHIN, 2014, p. 10-1), para evitar que a aplicação literal e fria da lei prevaleça diante das peculiaridades e nuances do caso concreto, nos moldes do julgamento proferido pela Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça – STJ.

CONCLUSÃO

O entendimento adotado da Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, que determinou a aplicação literal do artigo 798 do Código Civil, o qual dispõe ser indevido o pagamento da indenização securitária, quando ocorrido o suicídio nos 2 (dois) primeiros anos de vigência do contrato de seguro de vida, independentemente de ter havido ou não prova da premeditação, não parece ser a melhor solução para os casos judiciais em que se discuta tal obrigação.

Isso, porque, se por um lado, de acordo com o entendimento dos Ministros julgadores, ao ser adotado critério temporal objetivo e dispensada a comprovação da premeditação do suicida, maior segurança jurídica e celeridade serão trazidas às longas e demoradas disputas judiciais que envolvem casos da espécie; por outro lado, serão provocadas decisões judiciais, por vezes injustas, violadoras da dignidade dos beneficiários e segurados que, de boa-fé, sem premeditação, contrataram seguro de vida, visando tão somente a assegurar alento financeiro aos seus entes queridos, a fim

de amenizar o imenso sofrimento decorrente da perda do segurado que, em muitas das vezes, era o único provedor da família agora desamparada.

O inconformismo com o entendimento adotado pela Segunda Seção do Tribunal da Cidadania pode ser verificado no âmbito do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios – TJDF, que proferiu acórdão divergente, em consonância com as súmulas n. 105 do STF e n. 61 do STJ, mantendo a presunção da boa-fé do segurado e a necessidade de comprovação da premeditação pela seguradora, para se esquivar do dever de pagar a indenização securitária, fato que, se não demonstra a fragilidade dos argumentos que embasaram a novel decisão, certamente expõe a controvérsia jurídica acerca do tema:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. CONTRATO DE SEGURO DE VIDA. CARÊNCIA DE DOIS ANOS. ART. 798 DO CÓDIGO CIVIL. SUICÍDIO OU PREMEDITAÇÃO. NÃO COMPROVAÇÃO. SENTENÇA MANTIDA. 1. Dispõe o art. 798 do Código Civil que o beneficiário não tem direito ao capital estipulado quando o segurado se suicida nos primeiros dois anos de vigência inicial do contrato. 2. Não havendo comprovação de que o segurado tenha cometido suicídio e nem que teria premeditado em fazê-lo, a seguradora deve pagar ao beneficiário o montante previsto na apólice. 3. Recurso conhecido e desprovido. (TJDFT, Quinta Turma, APC, Acórdão n. 983931, 2015011269590APC, Relator Des. Sebastião Coelho, DJE de 26/01/2017. p. 622-9), [destaque nosso].

Outra possível solução para o problema, mais razoável e menos radical, poderia se dar com a adoção do entendimento doutrinário formulado durante a III Jornada de Direito Civil, que, ao tratar do artigo 798 do Código Civil, editou o Enunciado n. 187 nos seguintes termos: “no contrato de seguro de vida, presume-se, de forma relativa, ser premeditado o suicídio cometido nos dois primeiros anos de vigência da cobertura, ressalvado ao beneficiário o ônus de demonstrar a ocorrência do chamado suicídio involuntário” (BRASIL, 2012).

Nesse sentido, em havendo a morte do segurado durante os 2 (dois) primeiros anos de vigência do contrato de seguro de pessoa, haveria a presunção relativa, e não absoluta, da premeditação do suicídio, para inverter o ônus probatório e incumbir aos beneficiários da indenização a prova da não ocorrência da premeditação pelo segurado, ficando demonstrada a boa-fé da parte no momento da contratação e fazendo-se devido, assim, o pagamento da indenização securitária.

Aprovado em: 04/07/2017. Recebido em: 18/03/2017.

NOTAS

- ¹ BRASIL. Lei n. 10.460/02, artigos 759-760.
- ² BRASIL. Lei n. 10.460/02, artigo 758.
- ³ BRASIL. Lei n. 10.460/02, artigos 757; 768; 769; 771.
- ⁴ BRASIL. Lei n. 10.460/02, artigo 757.
- ⁵ BRASIL. Lei n. 10.460/02, artigo 423.
- ⁶ BRASIL. Lei n. 10.460/02, artigo 776.
- ⁷ BRASIL. Lei n. 10.460/02, artigos 778-788.
- ⁸ BRASIL. Lei n. 10.460/02, artigos 789-802.
- ⁹ BRASIL. Lei n. 10.460/02, artigos 757-777.

- ¹⁰ BRASIL. Lei n. 10.460/02, artigos 766 e 778.
- ¹¹ BRASIL. Lei n. 10.460/02, artigo 789.
- ¹² BRASIL. Lei n. 10.460/02, artigo 786.
- ¹³ BRASIL. Lei n. 10.460/02, artigo 800.
- ¹⁴ BRASIL. Lei n. 10.460/02, artigo 785.
- ¹⁵ BRASIL. Lei n. 10.460/02, artigo 760, parágrafo único.
- ¹⁶ BRASIL. Lei n. 3.071/1916, artigo 1.440.
- ¹⁷ BRASIL. Lei n. 3.071/1916, artigo 1.435.
- ¹⁸ BRASIL. Lei n. 10.460/02, artigo 797.
- ¹⁹ BRASIL. Lei n. 10.460/02, artigo 765.
- ²⁰ BRASIL. Lei n. 10.460/02, artigo 766.
- ²¹ BRASIL. Lei n. 10.460/02, artigo 773.
- ²² BRASIL. Lei n. 10.460/02, artigo 797, parágrafo único.
- ²³ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, artigo 103.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10 mar. 2017.
- BRASIL. **Jornadas de direito civil I, III, IV e V**: enunciados aprovados / coordenador científico Ministro Ruy Roldão de Aguiar Júnior. – Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf/view>>. Acesso em: 10 mar. 2017.
- BRASIL. **Lei nº 3.071**, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L3071.htm>. Acesso em: 10 mar. 2017.
- BRASIL. **Lei nº 10.460**, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 10 mar. 2017.
- BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Segunda Seção, AgRg no Ag, Acórdão n. 1244022/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, DJe 25/10/2011.
- BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Terceira Turma, AgRg no AREsp, Acórdão n. 418.622/SC, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, DJe 23/11/2015.
- BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Terceira Turma, REsp, Acórdão n. 1077342/MG, Rel. Ministro Massami Uyeda, DJe 03/09/2010.
- BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Terceira Turma, REsp, Acórdão n. 1188091/MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi, DJe 06/05/2011.
- BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, Segunda Seção, REsp, Acórdão n. 1334005/GO, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Rel. p/ Acórdão Ministra Maria Isabel Gallotti, DJe 23/06/2015.
- BRASIL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS. 5ª Turma Cível, APC20150111269590, Acórdão n. 983931, Relator Des. Sebastião Coelho, DJe 26/01/2017.
- Bobbio, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 7. ed. Brasília: UNB, 1996.
- DINIZ, Maria Helena. **As lacunas no direito**, V.1. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
- DONIZETTI, Elpidio. **Curso didático de direito civil**. São Paulo: Atlas, 2012.
- FACCHIN, Luiz Edson. **Direito Civil**. Sentidos, transformações e fim. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.
- FERRAZ, Tércio Sampaio. **A ciência do Direito**. 2. ed. São Paulo: Altas, 1995.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil esquematizado**, volume 2. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito civil**, v. 5: direito das obrigações, 2ª parte. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

- MONTEIRO, Washigton de Barros. **Curso de direito civil, v. 5: direito das obrigações, 2ª parte.** 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito civil, v. 5: direito das obrigações, 2ª parte.** 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito civil, v. 1: parte geral.** 43. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- PEIXINHO, Manoel Messias. **A interpretação da constituição e dos princípios fundamentais.** 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil, v. III.** 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1975.
- SILVEIRA, Alípio. **Hermenêutica no Direito brasileiro.** São Paulo: RT, 1968, v. 1, p. 40.
- MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito.** 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito.** 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único.** 5. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.
- TEPEDINO, Gustavo. **Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil.** In: Temas de direito civil. Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

Gilberto Vaciles Bilacchi Junior

Bacharel em Direito pelo UniCEUB.

Mestre em Direito das Relações Internacionais pelo UniCEUB.

Professor de Direito Civil – contratos no UniCEUB.

Advogado.

gilbertobilacchijr@gmail.com

DIREITO À SAÚDE E JUDICIALIZAÇÃO DA ASSISTÊNCIA FARMACÊUTICA

Débora Ferreira Carneiro

RIGHT TO HEALTH AND JUDICIALIZATION OF PHARMACEUTICAL CARE

RESUMO

Os processos de judicialização da assistência farmacêutica nem sempre constituem fiel exercício do direito à saúde; em muitos casos, representam apenas o desejo de consumo de novidades farmacêuticas que sobrecarregam financeiramente o Estado, não trazem ganhos terapêuticos efetivos para o paciente e podem, até mesmo, violar princípios éticos. O objetivo deste trabalho é analisar, por meio da doutrina e da jurisprudência, os aspectos relacionados à efetivação do direito à saúde em face à judicialização da assistência farmacêutica. Para analisá-los, faz-se necessário apresentar fatores envolvidos na judicialização da assistência farmacêutica no país. A complexidade do tema é caracterizada pela interdisciplinaridade, pois é necessário buscar, não só na doutrina do Direito mas também nas ciências médicas e na bioética, fundamentos que contribuam para a construção de ações efetivas para o exercício do direito à saúde. Como resultado, destaca-se o diálogo imprescindível entre os diversos atores envolvidos nessa construção de alternativas para o exercício do referido direito, sem sobreonerar o Estado.

» PALAVRAS-CHAVE: DIREITO À SAÚDE. JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE. ASSISTÊNCIA FARMACÊUTICA.

ABSTRACT

This article presents factors involved in the judicialization of pharmaceutical care in the country. The complexity of the subject is presented by interdisciplinary looking in medical sciences, bioethics and doctrine of law foundations that contribute to the construction of effective actions of the right to health. The legalization process of pharmaceutical care does not always represent a true exercise of the right to health, representing in many cases only the desire for consumption of pharmaceutical innovations that overwhelm the state, they bring no effective therapeutic gains and may even violate ethical principles. The aim of this paper is to analyze, through the analysis of doctrine and jurisprudence, the aspects related to the realization of the right to health in relation to the legalization of pharmaceutical care. Thus, there is the need for dialogue between the various actors in the construction of viable alternatives to the exercise of the right, without upsetting the State.

» KEYWORDS: RIGHT TO HEALTH. JUDICIALIZATION OF HEALTH. PHARMACEUTICAL CARE.

INTRODUÇÃO

O conceito de saúde é, talvez, um dos mais complexos não só para as ciências da saúde, mas, igualmente, para as ciências humanas. Do ponto de vista das ciências da saúde, a definição de saúde é geralmente determinada pelos seus efeitos, por aquilo que ela não é, mais do que por si mesma. Ou seja, é vista como sensação de bem-estar, ausência de sintomas e de sinais de agravos. Saúde é sentir-se saudável, e saudável não é sinônimo nem de normalidade, nem de higidez corpórea. Em síntese, é mais uma percepção cognitiva do que uma realidade anatomofisiológica.

Essa percepção cognitiva é diretamente influenciada pelo meio e pelas relações sociais. Com base nessa influência, a saúde é investida de poder para se autotransformar, ao mesmo tempo em que é reduzida a mercadoria de consumo. O mercado econômico cria a perspectiva de que se pode comprar aquilo que era apenas uma sensação; associa a saúde ao conceito de normalidade e a transforma em fator determinante do sucesso na vida profissional e na vida pessoal. Há uma distorção cognitiva, e as pessoas sentem-se bem, apenas quando podem comprar o bem-estar.

Nesse ínterim, a saúde também é alçada à condição de direito humano, algo inerente à pessoa humana, diretamente ligado à sua dignidade e fundamental para o exercício dos outros direitos. Um direito de caráter positivo que cobra do Estado a sua intervenção como garantidor desse próprio direito.

Hoje, ninguém pode, individualmente, ser responsável pela sua saúde. Saúde passou a ser sinônimo da complexidade derivada das características individuais, ambientais, sociais e condicionantes. E independentemente do resultado dessas interações, um direito.

No Brasil, a saúde evoluiu de favor do Império até alcançar a condição de direito fundamental. Foi a partir da década de 80 que os movimentos sociais iniciaram uma série de reivindicações, almejando mudanças políticas e sociais. A incorporação do direito à saúde no texto constitucional como direito social e a criação do Sistema Único de Saúde (SUS) foram os legados dessas ideias democráticas e socialistas que aspiravam à experiência universalista dos sistemas de saúde, mas não evitaram a livre iniciativa privada. Uma situação dúbia, pois se permitiu a inclusão dos excluídos do antigo sistema público de saúde garantido aos trabalhadores e a exclusão de outros, que passaram a buscar o serviço diferenciado oferecido pelos planos privados de saúde. Uma visão universalista que fortaleceu os mercados de consumo, principalmente das indústrias farmacêutica e de insumos.

É nesse contexto que surge o fenômeno de judicialização da saúde ou judicialização da medicina. De acordo com D'espíndula (2013, p. 439), o fenômeno de judicialização da saúde refere-se à busca pelo Judiciário para obtenção do necessário ao tratamento pessoal, seja medicamentos e insumos, seja procedimentos.

O objetivo do trabalho é analisar, por meio da doutrina e da jurisprudência, os aspectos relacionados à efetivação do direito à saúde em face à judicialização da assistência farmacêutica, uma vez que os processos judiciais para aquisição de novos medicamentos aumentam de volume ano a ano, gerando para a Administração Pública uma dificuldade crescente, e quase insolúvel, de gestão orçamentária e financeira.

1 DOS ASPECTOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO À SAÚDE

A Constituição Federal prevê o direito à saúde como direito fundamental de cunho social. É assegurado a todos e é dever do Estado, garantido por meio de políticas públicas que visem à promoção, à prevenção e à recuperação da saúde. As ações e os serviços públicos integram uma rede

regionalizada, descentralizada e hierarquizada, com o intuito de promover o acesso universal, igualitário e integral. Para tanto, foi instituído o Sistema Único de Saúde (SUS), regulamentado dois anos depois da promulgação da Carta Magna pela Lei nº 8.080/90.

Como os demais direitos fundamentais, o direito à saúde não é absoluto e pode ser cotejado com outros direitos fundamentais, quando em conflito com eles. Do ponto de vista normativo, não há hierarquia entre direitos fundamentais; contudo, o direito à vida e o direito à saúde, quando em conflito com as demais normas constitucionais, prevalecem sobre estas devido ao componente valorativo. Em outras palavras, como salientou Rocha (2011, p. 36-7), possuem hierarquia axiológica superior aos demais direitos fundamentais.

Não sendo absoluto, pode ser restringido. Alexy (2015, p. 508), ao debater os direitos fundamentais, explicou que a restrição não é no direito, mas nas maneiras de prestá-lo e de organizá-lo, porque as normas são formuladas em abstrato, e a decisão sobre o seu conteúdo é questão política daquele que está investido da representação do povo. Em se tratando de direito como o à saúde, que possui objeto tão amplo, o processo decisório fatalmente esbarra na questão sobre em qual aspecto da saúde se deve investir mais ou menos recursos.

Apesar de ser direito social, com predominância do componente prestacional, o direito à saúde não perde o componente individual de defesa. Em muitos dos processos relacionados à assistência farmacêutica, ocorre a valorização do aspecto individual em detrimento do bem coletivo. Na maioria das demandas, é o indivíduo quem solicita assistência farmacêutica para si, por meio de seu advogado ou da Defensoria Pública. Atualmente, raros são os processos iniciados por associação de pacientes ou pelo Ministério Público, em sede de ação civil pública, capazes de beneficiar a coletividade. Como afirmado por D'espíndula (2013, p. 442), o resultado dessas ações nem sempre representa ganho para a sociedade, porque são tratadas como questão entre as partes. O Judiciário, principalmente a Primeira e a Segunda Instância, opta por proteger a vida e a saúde, mas sem discutir se a proteção é realmente necessária ou efetiva. Interpreta um direito social como exclusivamente individual, que pode ser gozado pelo indivíduo como *l'he convier* (SCAFF, 2013, p. 146).

Quando a discussão ocorre no Supremo Tribunal Federal (STF), a abordagem é muito mais cautelosa. Desde 2009, quando houve a Audiência Pública em Saúde, presidida pelo Ministro Gilmar Mendes, ficou consignada a necessidade de se privilegiarem as políticas públicas, e o ponto de partida foi verificar a existência de política pública que abrangesse o pleiteado pelo indivíduo em juízo. Ou seja, a interpretação do direito à saúde se mantém com o viés da coletividade, como dado pelo constituinte originário.

Outro aspecto constitucional importante relacionado ao direito à saúde, principalmente no que tange à assistência farmacêutica, é a responsabilidade e a competência para a prestação dos serviços de saúde. O artigo 23, II, dispõe que é competência comum entre os entes federados os cuidados da saúde. Ou seja, estabelece competência administrativa para executar as leis, sendo que lei

complementar regulará a cooperação entre os entes políticos. A cooperação dos entes evita a prática simultânea das mesmas atividades.

Asensi (2016, p. 150-5) esclarece que a competência comum não quer dizer responsabilidade solidária. A competência está relacionada à repartição administrativa de atribuições entre os três entes da federação, não importando ser o rol taxativo ou exemplificativo. Já a responsabilidade diz respeito ao dever jurídico de cada ente em efetivar determinado direito específico, seja em conjunto, seja isoladamente. É um equívoco interpretar como responsabilidade solidária, com base no artigo 23, os cuidados com a saúde, quando fica evidenciada a não solidariedade entre as demais hipóteses dispostas no mesmo artigo.

Ainda de acordo com Asensi, ao se vincular a competência comum à responsabilidade solidária, as decisões judiciais tendem a: (a) apresentar visão mais abstrata do direito à saúde e, ancoradas em princípios constitucionais, ignorar as regras infraconstitucionais que são desenvolvidas pelos outros poderes; (b) causar sobreoneração dos municípios em relação aos Estados e à União; e (c) fragilizar os mecanismos de compensação financeira por demandas suportadas por um ente, quando a responsabilidade era de outro.

Curiosamente, o direito pátrio tem por princípio que a solidariedade obrigacional não é presumida; deve estar expressa na lei ou na vontade das partes, bem como pode não decorrer de sentença judicial. Apesar disso, com exceção do Distrito Federal, que acumula as competências dos Estados e dos Municípios, a maioria das decisões referentes à judicialização da assistência farmacêutica ignoram esse princípio e presumem a pretensa solidariedade como primeiro argumento na condenação do ente federado.

O regime de solidariedade adotado na jurisprudência majoritária desorganiza a gestão da saúde, porque os entes que não possuem a responsabilidade de satisfazer certas prestações se veem obrigados a fazê-lo sem o planejamento necessário, em espaço de tempo exíguo, sob pena de multas pesadas. Tais decisões vitimam os mais carentes, que possuem tantas necessidades quanto os autores de uma demanda, mas que recebem menos que o mínimo existencial por conta do cumprimento dessas sentenças.

2 DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE E DA POLÍTICA DE ASSISTÊNCIA FARMACÊUTICA

O Sistema Único de Saúde (SUS) foi concebido e organizado para atender à necessidade dos brasileiros em termos de assistência médica, promovendo um sistema de saúde que tem por princípios a universalidade, a equidade e a integralidade. A universalidade refere-se ao atendimento de toda a população em todos os níveis de atenção, sem distinção de renda ou de classe social. A equidade expressa a ideia de justiça social, e o princípio da integralidade é entendido como conjunto articulado e contínuo de ações e serviços preventivos e curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema.

Sarlet e Figueiredo (2012, p. 63), ao explicarem cada um dos princípios do SUS, foram claros em determinar que a universalidade dos serviços de saúde não traz como corolário a gratuidade das prestações materiais para todos, nem o princípio da integralidade significa que qualquer pretensão tenha de ser satisfeita em termos ideais.

Os princípios do SUS de descentralização, regionalização e subsidiariedade corroboram as normas constitucionais de distribuição de competências no âmbito do SUS, de modo que a responsabilidade pela execução das ações e serviços de saúde é precipuamente atribuída aos Municípios e aos Estados, enquanto a União adquire a responsabilidade supletiva e subsidiária (SARLET; FIGUEIREDO, 2012, p. 43).

Essa configuração criada pelo constituinte originário se baseou em um modelo redistributivo, com forte influência do Estado de Bem-Estar Social europeu. A cultura da saúde num país de Bem-Estar Social é, antes de tudo, conforme Arnaud e Capeller (2009, p. 33), uma cultura de reivindicação não só de melhores tratamentos médicos, mas de tudo que esteja ligado à saúde. Exige o acesso universal aos cuidados em saúde, com oferta de serviços de qualidade e de recursos para provê-los, de modo que as práticas culturais sejam consideradas, e a educação e a informação tornem-se meios de produção.

Por essas razões, o exercício pleno do direito à saúde não se realiza com a construção de um hospital, de um leito ou com o fornecimento de medicamentos, mas com a garantia de trabalho em condições dignas, com alimentação adequada e equilibrada, moradia higiênica, educação e informação plena, qualidade do meio ambiente, transporte seguro e acessível, repouso, lazer, segurança, participação popular na organização das ações de saúde mais adequadas à comunidade, direito à liberdade, à livre organização e expressão e acesso igualitário aos serviços de saúde. O direito à saúde não se vincula apenas ao direito à vida, mas a diversos direitos fundamentais individuais e sociais. Tais direitos podem estar sendo menosprezados pelos processos de judicialização da assistência farmacêutica, que reduzem o universo de condições determinantes de saúde apenas ao fornecimento de medicamentos.

O modelo assistencialista, universalista, idealizado para o SUS, torna-se ineficaz para impactar positivamente a saúde em um país com a nossa realidade, mas produz lucros para os serviços privados e para as indústrias fornecedoras de insumos (MESQUITA FILHO, 2010, p. 131). Como afirmou D'espíndula (p. 443), "o Brasil, com sua política de acesso universal a tratamentos de saúde, representa potencial mercado de consumo. Adicionalmente, os custos para realização de pesquisa local são relativamente baixos". Com custos mais baixos, principalmente nas últimas fases de pesquisa (etapa clínica), transformam o país em fonte inesgotável de possibilidades para a indústria farmacêutica.

Uma vez que o direito à saúde está, constitucionalmente, vinculado às políticas sociais e econômicas, o conjunto de políticas públicas criadas para atender esse objetivo visam à racionalização da prestação coletiva do Estado com base nas principais necessidades da população. Uma dessas políticas é a Política Nacional de Medicamentos (PNM), que busca garantir a eficácia e a segurança ao uso racional de medicamentos essenciais.

Dentre as formas de uso racional de medicamentos, destacam-se a implantação e a utilização da Relação de Medicamentos Essenciais (RENAME), o Formulário Terapêutico e os Protocolos Clínicos e Terapêuticos. São criticados pelo Judiciário, como se representassem burocracia ou entrave para a prestação dos cuidados, mas constituem uma das recomendações da Organização Mundial da Saúde, quando se trata de assistência farmacêutica. Além da RENAME, todos os Estados e Municípios elaboram suas próprias relações de medicamentos, adequando-as à realidade regional, e as listagens e os protocolos devem ser atualizados periodicamente. A periodicidade deve ser maior do que a utilizada atualmente, porque, apesar de o Ministério da Saúde dizer que ela é considerada, a RENAME em vigor é a de 2014, o que permite afirmar haver dois anos de atraso em sua atualização. É importante destacar que a RENAME não é uma lista de oferta obrigatória, sendo considerada pelo SUS apenas como referência. Dessa forma, é perfeitamente possível solicitar e receber medicamentos que não constem da lista, desde que sejam atendidos os mesmos critérios de inclusão nela.

É fundamental esclarecer que o termo “uso racional de medicamentos” não significa racionamento de medicamentos. O termo, como bem explica Pinto et al. (2015, p. 37), fundamenta-se no uso baseado na razão, na inteligência dos fatos envolvidos, a fim de promover o uso de medicamentos que tenham evidências científicas garantidoras de sua segurança e efetividade. São três os critérios básicos: (a) seleção criteriosa de informações confiáveis e não influenciadas por interesses comerciais; (b) seleção de informações técnico-científicas para as situações clínicas (farmacodinâmica, farmacocinética e farmacoclinica); e (c) qualidade das evidências sobre determinados medicamentos (disponibilidade de meta-análise, ensaios clínicos etc.) e não a opinião de um único especialista e sua experiência clínica.

Em outras palavras, o SUS possui uma série de mecanismos para regular o uso de medicamentos, primando pela execução de dois objetivos: eficácia médica e eficiência logística; não é o valor do medicamento que determina sua inclusão nas listas oficiais. Com o uso racional de medicamentos, a seleção realizada é capaz de atender, aproximadamente, 90% dos casos. O restante deles poderia ser atendido por meio da judicialização, após demonstrada a falha do medicamento padrão e a recusa administrativa em cumprir a obrigação (PINTO et al., 2015, p. 38).

Um medicamento pode estar fora da RENAME por: (a) problemas de estocagem; (b) falta de comprovação científica da eficácia terapêutica; (c) falta de conclusão do trâmite de comercialização pelo Sistema de Vigilância Sanitária (apresentação de relatórios técnicos com dados minuciosos acerca dos resultados de ensaios clínicos, comprovação de eficácia terapêutica e segurança, estudos de estabilidade do princípio ativo ao longo do tempo, forma de apresentação e forma de armazenamento, registro no país de origem, entre outros que, quando não apresentados, retardam o processo de registro); (d) existência de potenciais substitutos com melhor relação custo-benefício (eficácia terapêutica); e (e) produto recém-lançado no mercado (D’ESPÍNDULA, 2013, p. 440). Nesta última hipótese, deve-se observar a data em que foi lançado o medicamento no mercado em comparação com a data da

última atualização, porque atrasos injustificados na atualização podem ser considerados omissão do Estado. Em 2010, eram 550 itens, quantidade que aumentou para 844 na lista de 2014.

As justiças estadual e federal, na maioria das suas decisões, geralmente no deferimento do pleito individual, consideram os protocolos clínicos e a RENAME como entraves ou burocracias que dificultam o pleno exercício do direito. Para os magistrados que atuam nesses tribunais, basta o relatório médico que indique a necessidade da medicação para que caiba à Administração fornecê-la.

Quando o sistema pode planejar as compras conforme a necessidade, é possível a obtenção de prescrições mais eficientes, com doses menores e eficazes, diminuindo as reações adversas e, nos casos de interrupção por abandono ou óbito, é possível a realocação do fármaco. No caso de cumprimento de decisão judicial, cria-se a estrutura paralela para a compra, o que acarreta gasto mais elevado e a impossibilidade de controle adequado desse medicamento.

O processo de judicialização da assistência farmacêutica da maneira como está, indiscriminada, aumenta as iniquidades do país, porque há o favorecimento de quem busca o Judiciário, além de o desrespeito aos princípios da universalidade e da integralidade, em virtude de as ações passarem a ser individuais, não estendidas aos demais portadores da mesma patologia. Como são fármacos não controlados, as decisões aumentam os riscos de reações adversas que vão acarretar sobrecarga ao SUS. A judicialização da assistência farmacêutica pode estar “protegendo” o direito individual à saúde; mas como ficam as políticas públicas exigidas pela Constituição Federal?

Ao proferir seu voto no julgamento conjunto dos Recursos Extraordinários números 566471 e 657718, em setembro de 2016, o Ministro Luís Roberto Barroso afirmou que “a vida e a saúde de quem tem condições de ir a juízo não têm mais valor do que as de muitos que são invisíveis para o sistema de justiça”.

3 DO PAPEL DA INDÚSTRIA FARMACÊUTICA

A história da Medicina passou por várias fases, de anatômica tornou-se fisiológica, em virtude do estudo e da busca de atos fisiológicos e do controle de fenômenos mórbidos. Com o aprimoramento da microbiologia, a partir dos estudos de Louis Pasteur, o controle de morbidades e a própria medicina adquiriram dimensão política. Iniciou-se a Era da Medicalização, termo cunhado por Jacques Leonard, que representava a contagem de médicos pelo número de habitantes; e o controle da higiene, que refletia a moralização das sociedades, pelo controle de doenças físicas, mentais e morais. Ou seja, o que era domínio das religiões passou a ser domínio dos médicos. O ápice surgiu após a Segunda Guerra Mundial, com a consolidação do modelo técnico-científico e industrial americano.

Com o tempo, o sentido do termo medicalização foi sendo alterado e passou a retratar o fenômeno no qual os medicamentos são vistos como objetos de consumo. É o que melhor sintetiza as con-

sequências do modelo biomédico, reducionista, de abordagem da saúde e da doença. No Brasil, ainda predomina o modelo biomédico, em que ter saúde significa não estar doente. A população cobra do Estado um modelo biomédico, por acreditar que hospitais e medicamentos são a única forma de se obter saúde. É a cultura da pílula, a ideia de que se pode comprar saúde, um pequeno frasco de felicidade.

A partir dessa necessidade, o setor de medicamentos cresceu e se tornou um dos mais lucrativos do mundo. De acordo com dados da Associação da Indústria Farmacêutica de Pesquisa (2016), estima-se que o mercado farmacêutico mundial deverá atingir cerca de US\$ 1,4 trilhão em 2020. Em 5 anos, o Brasil passou de 10º lugar para 7º no mercado mundial farmacêutico, com a perspectiva de se tornar o 5º até 2020. De 2004 a 2013, o orçamento do Ministério da Saúde cresceu 163%. No mesmo período, os gastos com medicamentos cresceram 266%, representando 14,6% do orçamento do Ministério em 2013. O Ministério da Saúde cita dados do Tribunal de Contas da União – TCU que apontam que, desde 2010, houve o aumento de 500% nos gastos do Ministério da Saúde com ações judiciais (COSTA, 2015). Somente em 2014, o gasto chegou a R\$ 838,4 milhões. Em 2016, o investimento previsto será de R\$ 35 bilhões. O Governo Federal é responsável por cerca de 60% das compras de biológicos no país, isso representa 43% dos gastos do Ministério da Saúde, apesar de ser apenas 5% do total de medicamentos comprados. Esses custos da judicialização não só prejudicam a execução do orçamento, como causam prejuízos a toda a sociedade, porque os recursos são provenientes de impostos, e a União sabe que é impossível o aumento progressivo de impostos para custear a demanda.

Novos medicamentos são lançados com frequência e, em algumas vezes, não agregam benefícios terapêuticos, mas ajudam a perpetuar o conceito, errôneo, de que o novo é melhor do que o já existente, acompanhado dos devidos acréscimos no preço. Em 2002, dos 78 fármacos aprovados pela *Food and Drug Administration* – FDA (agência reguladora americana), apenas 17 continham novas substâncias ativas, sendo que, destes, 7 representavam aprimoramento em relação a produtos já comercializados. Os demais 61 fármacos aprovados eram variações, sem ganho terapêutico, de algo já produzido e comercializado. Tais resultados revelam que, à medida que ocorre o declínio do número de novidades, se aumenta o conceito de doença e as indicações terapêuticas (ROZENFELD, 2013, p. 2.369).

Com tantas opções farmacêuticas, a medicina atual raramente dispõe de única opção medicamentosa para o tratamento. São fármacos semelhantes, em eficácia e segurança, aos já existentes e, mais uma vez, volta-se à ideia de uso racional dos medicamentos e à de relação custo-benefício. Como afirmou Pinto et al. (2015, p. 36), não é viável pagar mais para se ter determinado medicamento com eficácia semelhante àquele presente nas listas oferecidas pelo setor público, mas pagar mais por um medicamento com eficácia inferior é ainda mais inaceitável.

São aproximadamente 10 a 15 anos e US\$ 1,5 bilhão investido pela indústria farmacêutica no desenvolvimento de um novo fármaco, realmente novo, ou na atualização de algum existente.

Apesar disso, o setor farmacêutico continua sendo dos mais lucrativos do mundo e chega a investir 75% em *marketing* farmacêutico. Várias são as estratégias de *marketing* utilizadas (SOARES; DEPRÁ, 2012 p. 314-6): (a) promoção de palestras por especialistas formadores de opinião; (b) inserção de matérias sobre novos medicamentos, procedimentos e doenças em jornais e revistas tanto para o público especialista quanto para o público em geral; (c) pressão sobre a comunidade acadêmica para a redefinição de doenças, obrigando à elaboração de novas diretrizes e alterando limites de normalidade com o intuito de aumentar o número de pacientes atendidos; (d) pressão sobre as agências reguladoras para a aprovação de novos medicamentos; (e) utilização da internet para influenciar os leigos ou o fortalecimento de estreito relacionamento com associações de pacientes, para intervenção em políticas públicas.

Em levantamento realizado em 2012, quanto aos medicamentos para mucopolissacarídeos (doença rara), cerca de 97 % da despesa de judicialização foi feita com um único distribuidor, a *UnoHealthcare Inc.*, empresa especializada em restrita carteira de medicamentos de alto custo, que ainda estava em fase experimental e que tinha o Brasil como seu maior comprador: mais de R\$ 213 milhões foram comprados em medicamentos dessa empresa no período de 2006-2010 (DINIZ et al., 2012, p. 482).

Infelizmente, ou felizmente, depende do lado em que se está, as estratégias de *marketing* estão sendo bem-sucedidas, inclusive com influência sobre os especialistas, que, apesar de estarem por anos e anos, se deixam iludir pelas propagandas. No Brasil, 22% dos médicos afirmaram que confiam plenamente nas publicidades e 68% deles disseram prescrever sob influência direta da publicidade (LIMA, 2012, p. 33). Por esse motivo, é perfeitamente possível questionar a “presunção de veracidade” da prescrição médica quanto à necessidade do fármaco que não compõe a RENAME, porque não é possível saber se a prescrição está baseada em conhecimento técnico-científico ou no nome impresso no brinde sobre a mesa.

4 DOS ASPECTOS BIOÉTICOS RELACIONADOS À SAÚDE

Ao longo dos séculos, muitos foram os avanços científicos e tecnológicos que permitiram ao homem dominar alguns recursos da natureza e melhorar, significativamente, a qualidade e a expectativa de vida. Após a Segunda Guerra Mundial, em virtude das atrocidades cometidas nos campos de concentração em nome da ciência, percebeu-se que era necessário resgatar valores como ética e moral, para impor limite às pesquisas científicas, protegendo o valor máximo, que é a dignidade da pessoa humana. Esses valores, com o tempo, não podiam ficar aparentes apenas nas pesquisas clínicas, mas era necessário resgatar todos os aspectos que poderiam influenciar a vida.

Segundo Oliveira (2011, p. 25-96), para que determinadas exigências éticas sejam reconhecidas como direitos humanos, são necessárias quatro condições: um titular do direito, um objeto que possa servir de conteúdo apreensível, uma condição de o titular demandar o seu direito e uma

sanção. Já a exigência moral pode ou não ser formalizada juridicamente, porque os direitos morais existem independentemente de formalização e, geralmente, são a base para a crítica ou para a justificação do direito. A ética contemporânea se insere no respeito à dignidade da pessoa humana. O conceito de dignidade da pessoa humana é fluido e de difícil precisão quanto ao seu conteúdo. Destarte, é possível conceber duas facetas para o conceito, empoderamento e limite. Enquanto o empoderamento reflete a capacidade individual de fazer escolhas livres e trágicas; na concepção de limite, impõe-se restrição à autonomia do indivíduo, respeitando a sua dignidade conforme haja comprometimento com a dignidade dos outros.

A Bioética trata, nas palavras de Clotet e Feijó (2011, p. 16), de forma geral, dos aspectos éticos relacionados com o fenômeno vida nas suas múltiplas variedades, é uma ética aplicada com abordagem inter, pluri e transdisciplinar. Atualmente, é dividida em vários ramos, mas todos baseados nos princípios básicos, não absolutos: não maleficência, beneficência, respeito à autonomia e à justiça.

Um dos ramos é a chamada Bioética Clínica, que representa a aplicação dos princípios na relação médico-paciente e tem como objeto questões éticas das atividades clínicas. O modelo mais adotado nas relações médicas no Brasil é o Modelo Hipocrático, no qual, em nome do princípio da beneficência, o médico assume as consequências do seu ato, não levando em conta os desejos, as crenças ou as opiniões do paciente, impondo uma relação de dominação sobre este.

E o Judiciário corrobora essa postura, por evitar quaisquer discussões sobre o mérito da prescrição. Curiosamente, a maioria dos magistrados decide com o objetivo de preservar a dignidade da pessoa humana e, portanto, é deferida a assistência farmacêutica solicitada nos processos. Contudo, para preservar essa dignidade no tribunal, é necessário negá-la no consultório médico, ao não respeitar a autonomia do paciente. Não há discussão sobre o tratamento, o prognóstico, as possibilidades de tratamento, os riscos nem os benefícios. A autonomia, como base da dignidade da pessoa humana, é desprezada, desrespeitada, anulada. Infelizmente, esse modelo contribui para a perpetuação e para o aumento dos processos de judicialização da saúde, porque cria a ilusão de que o médico tem todo o conhecimento para “curar” o paciente.

Apesar de a Bioética já estar bem consolidada como campo de conhecimento autônomo; no campo da saúde, com tantos avanços tecnológicos, têm havido inúmeras discussões sobre a eficiência da tecnologia na produção de avanços reais em face das tecnologias já existentes e sobre a eficácia e segurança daquela. De acordo com Barbosa (2010, p. 41), o Estado tem o dever de regular e controlar essas “novidades”, visando à proteção do bem-estar da sociedade.

Infelizmente, há pouco tempo, fomos obrigados a assistir ao menosprezo pela história e por tudo o que a humanidade passou para definir os valores éticos e morais relacionados à sua dignidade, ao serem deferidas sucessivas liminares para a produção e o consumo da fosfoetanolamida, substância química conhecida desde 1936, cujos efeitos sobre o corpo humano ainda não foram determinados.

De tão experimental, não é possível denominá-la como fármaco. Pessoas fragilizadas pela doença, desrespeitadas física e emocionalmente, foram usadas como cobaias nos testes de uma substância que poderia ter potencial benéfico, mas que ninguém sabia exatamente qual e, ainda, não sabe.

Assim como na Segunda Guerra, quando o Estado Alemão autorizou pesquisas científicas por meio das quais judeus foram manipulados, agora o Estado Brasileiro deu o mesmo aval, mas pior do que naquela ocasião, pois as atuais cobaias buscam a “cura”, têm esperança e são tão vulneráveis quanto os absolutamente incapazes, enquanto os judeus submetidos às pesquisas “científicas” dos nazistas nem sabiam o que estava acontecendo. Felizmente o Supremo Tribunal Federal (STF) suspendeu a Lei 13.269/2016, que autorizava o uso da substância. Isso vem ocorrendo no país, porque as discussões mais profundas sobre ética, moral, cuidado, proteção, direitos estão na superficialidade e apoiadas em princípios fluidos. Será essa a justiça almejada pelo Direito? Não é essa a justiça que se reporta à equidade proclamada pela Bioética. Não se pode banalizar a dignidade da pessoa humana, para justificar atrocidades. Se o médico não possui, em muitos casos, a capacidade de curar, não será o magistrado, com o deferimento do uso de uma substância experimental, que irá produzir a cura.

5 DOS ASPECTOS ECONÔMICOS: A APLICABILIDADE DA TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL

A escassez de recursos é característica inerente ao próprio Estado Social e, portanto, torna-se fator de limitação concreto do expansionismo do direito à saúde (AMARAL; MELO, 2013, p. 91). Em decorrência dessa limitação, surgiu, na Alemanha, a teoria da reserva do possível. A Corte Constitucional Federal da Alemanha firmou jurisprudência no sentido de que a prestação reclamada deve ser a que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade (SARLET, 2015, p. 295). Ou seja, não lhe cabe requerer além daquilo que o Estado já fez, considerando a capacidade deste e o cumprimento dos deveres constitucionais.

A teoria da reserva do possível representa limite importante ao reconhecimento efetivo de aplicabilidade imediata de um direito fundamental, mas não deve ser vista como cláusula para mitigar ou impedir o exercício do direito subjetivo prestacional. Na sua origem, não se refere à existência de recursos materiais suficientes, mas à razoabilidade da pretensão deduzida com vistas a sua efetivação. Implica reconhecer a inexistência absoluta dos direitos fundamentais em toda e qualquer situação e a inexistência da supremacia absoluta do princípio da competência orçamentária do legislador juntamente com a competência administrativa do Executivo.

Atualmente, o orçamento é tido não como peça meramente financeira, mas como produto do planejamento de Estado. A capacidade de o Estado promover o pleno exercício dos direitos fundamentais na busca de justiça social deve ser prioritária na execução do orçamento. A reserva do possível não pode ser considerada, se o orçamento é construído de forma artificial. Também não pode ser utilizada para justificar a omissão do Executivo no cumprimento de obrigação estabelecida pelo Legislativo. Eventual intervenção do Poder Judiciário é justificável, desde que haja razões para

considerar que as alocações não se voltam ao atendimento da proteção. Uma decisão voltada para o fornecimento indiscriminado de medicamentos é fácil, basta um doente e um relatório médico que solicite o medicamento, mas uma decisão que negue o fornecimento deste é bem mais complexa e demanda fundamentação maior (AMARAL e MELO, 2013, p. 96).

De acordo com LOPES (2013, p. 171), a distribuição igualitária é fundamental e, portanto, não se deve dar a um cidadão o que não pode ser dado a todos. Dizer que o direito à saúde é superior a todos os preceitos constitucionais é o mesmo que dizer que o Estado está obrigado a garantir esse direito, em condições isoladas, a cada cidadão.

Com a quantidade de fármacos disponíveis para o tratamento de uma única doença, não é cabível acusar o Estado de omissão na prestação de um dever, se o mesmo ofertou um ou vários fármacos com apresentações e concentrações diferentes para o tratamento de patologia específica, mas não ofertou o último lançamento. Nesse caso, é possível a aplicação da teoria da reserva do possível, porque a demanda está além do que o Estado vem realizando. A saúde não pode ser tratada como mercadoria, pois o titular de direito não é consumidor, mas cidadão.

A medicalização só reforça a supremacia do consumidor sobre o cidadão. A sociedade, dessa forma, jamais se contentará em utilizar medicamentos conhecidos, estará sempre em busca de outro pertencente à nova geração, capaz de livrá-la dos mais diversos problemas e até, quem sabe, da morte. O lançamento do primeiro semestre de cada ano não serve para o segundo semestre, porque já há outro novo lançamento. As despesas se tornam infinitas, mas a receita continua finita.

Na questão da judicialização da saúde, a teoria da reserva do possível deve ser compreendida como condição de coerência entre a realidade e o ordenamento jurídico (OLSEN, 2012, p. 196-203), uma vez que as necessidades são criadas por estímulos externos. Não é papel do Poder Judiciário redistribuir a verba que tinha outras destinações estabelecidas pelos outros poderes, a fim de garantir desejos consumistas em vez de direitos (SCAFF, 2013, p. 152). Cabe ao Poder Judiciário a proteção dos direitos e não o papel de “ordenador de despesas”.

CONCLUSÃO

Em relação ao direito à saúde, o único aspecto consensual entre as ciências médicas, a doutrina e a jurisprudência do Direito, e a Bioética é que a saúde representa direito fundamental, essencial para o exercício de outros direitos e profundamente ligado aos demais direitos fundamentais.

Para as ciências médicas, o direito à saúde vai além dos aspectos curativos, daí a necessidade de ações de promoção e de prevenção da saúde. Tais ações necessitam de políticas públicas e, portanto, possuem o olhar do direito social, da coletividade, como forma de minimizar os riscos e de fornecer meios para vidas mais dignas, contrariamente aos interesses da indústria farmacêutica, que, apesar de afirmar que vende saúde, na verdade vende processos curativos e pode influenciar

no abandono de medidas preventivas por parte da população. As medidas preventivas demandam mudança de cultura para incorporação de novos hábitos, demandam tempo. As medidas curativas são rápidas, mais práticas e não desafiam estilos de vida.

Infelizmente, grande parte da população aderiu às fórmulas fáceis da indústria não só no Brasil, mas em outros países também. Em razão disso, a saúde passa a ser analisada apenas sob o ponto de vista individual, elevada à condição de superioridade sobre os demais direitos fundamentais. Nessa condição, desrespeita os demais princípios, fugindo da razoabilidade.

Esses dois ângulos influenciam na aplicabilidade do direito: imediata ou mediata. Se pensado como direito social, a aplicabilidade será mediata, pois existe a necessidade de uma política pública que embase o direito e lhe dê máxima eficiência, podendo ter a teoria da reserva do possível como fator limitador do direito. Se pensado como direito individual, a aplicabilidade é imediata como os direitos fundamentais de defesa, e a teoria da reserva do possível passa a ser desculpa do Estado, sem fundamento, para sua omissão em cumprir a obrigação constitucional.

Em ambos os ângulos, deve-se privilegiar os aspectos éticos e morais, inclusive na proteção do homem contra ele mesmo. A propaganda que atenta contra as práticas de prevenção da saúde e o fornecimento de medicamentos experimentais e sem registro nas agências de fiscalização sanitária, seja aqui no país, seja nas agências de outros países, devem ser repudiados, por constituírem violações flagrantes dos direitos humanos e do próprio sentido de dignidade da pessoa humana.

Os processos de judicialização da saúde são carregados de forte apelo emocional, induzindo quem lê à necessidade da medida solicitada sob ameaça de morte iminente. Ora, é importante lembrar que as pessoas morrem, não porque estão doentes, mas porque são mortais, e essa condição não será alterada pelo deferimento de todo tipo de medicação. Os magistrados não são obrigados a ter o conhecimento técnico para decidir sobre o direito à saúde, mas podem contar com relatórios técnicos das agências sanitárias, pareceres técnicos de outros profissionais (médicos e farmacêuticos) que podem justificar a necessidade ou não de um determinado medicamento no caso concreto. Também podem consultar conselhos técnicos como Comissão de Incorporação de Tecnologias no SUS (CONITEC), que disciplinou o processo de incorporação de novas tecnologias pelo SUS e tem como função administrativa fornecer essas informações técnicas aos atores envolvidos nas relações de saúde.

Recentemente, o Ministério da Saúde e o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), preocupados com o crescente número de processos de judicialização da saúde, assinaram termo de cooperação com o intuito de oferecer mais subsídios técnicos, com base em evidências científicas, aos magistrados e aos operadores do direito, com a disponibilização dos núcleos de Avaliação de Tecnologia em Saúde (NATS). Os pareceres técnicos consolidados da CONITEC, dos NATS e dos Núcleos de Apoio Técnico do Poder Judiciário (NAT-JUS) serão disponibilizados no sítio eletrônico do CNJ.

A judicialização da assistência farmacêutica, hoje, no país, não tem como base o direito à saúde, mas discute o direito à liberdade, amplo e irrestrito, travestido de direito à saúde. Não estamos no campo do direito constitucional à saúde, mas no do direito do consumidor de adquirir certo produto conforme a propaganda, às custas do Estado.

Por tudo isso, a solução dos processos de judicialização reclama mais diálogo entre os atores do processo, para que sejam dados os contornos reais ao direito. Sem escusas da má gestão administrativa, sem o protagonismo do Judiciário, que o faz perder os limites da sua função, sem a superioridade médica sobre o paciente, sem apelos melodramáticos de advogados e sem o ilusionismo da indústria. Alguns passos já foram dados, agora é continuar a caminhada.

Aprovado em: 08/05/2017. Recebido em: 30/08/2016.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, R. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. 669p.
- AMARAL, G.; MELO, D. Há direitos acima dos orçamentos? In: SARLET, I. W.; TIMM, L. B. (org). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. 412p. p. 79-99.
- ARNAUD, A-J; CAPELLER, W. Cidadania e direito à saúde. In: COSTA, A. B.; SOUSA JUNIOR, J. G. de; DELDUQUE, M. C. et al. (org) **O Direito achado na rua: Introdução crítica ao direito à saúde**. Brasília: CEAD/UnB, 2009. 406p. p. 31-47.
- ASENSI, F. Responsabilidade solidária dos entes da Federação e “efeitos colaterais” no direito à saúde. **Rev. Dir Sanit**, São Paulo, v. 16, n. 3, p. 145-6, nov. 2015/fev. 2016.
- ASSOCIAÇÃO DA INDÚSTRIA FARMACÊUTICA DE PESQUISA. **Guia 2016 Interfarma**. Disponível em: < www.interfarma.org.br/guia/guia_2016/dados_de_mercado >. Acesso em 27 ago. 2016.
- BARBOSA, S. **Bioética no Estado Brasileiro**: situação atual e perspectivas futuras. Brasília: Universidade de Brasília, 2010. 356p.
- CLOTET, J.; FEIJÓ, A. Bioética: uma visão panorâmica. In: CLOTET, J.; FEIJÓ, A.; OLIVEIRA, M. G de (coord.). **Bioética: uma visão panorâmica**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2011. 280p. p. 9-20.
- COSTA, A. **Em cinco anos, mais de R\$ 2,1 bilhões foram gastos com ações judiciais**. Brasília, 15 out. 2015. Disponível em : < http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/cidadao/principal/agencia_saude/20195_em_cinco_anos_mais_de_r_2_1_bilhoes_foram_gastos_com_acesso_judiciais>. Acesso em: 19 ago 2016.
- D’ESPÍNDULA, T. C. de A. S. Judicialização da medicina no acesso a medicamentos: reflexões bioéticas. **Rev. Bioét.** (impr), v. 21, n. 3, p. 438-47, 2013.
- DINIZ, D.; MEDEIROS, M.; SCHWARTZ, I. V. D. Consequências da judicialização das políticas de saúde: custos de medicamentos para mucopolissacarídose. **Cad. Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 28, n. 3, p. 479-89, mar. 2012.
- LIMA, S. A. Publicidade de medicamentos: do enfoque pela bioética principialista à bioética de intervenção. **REJUR**, n. 1, p. 29-39, jan-jun 2012.
- LOPES, J. R. L. de. Em torno da “reserva do possível”. In: SARLET, I. W.; TIMM, L. B. (org). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. 412p. p. 155-73.
- MESQUITA FILHO, M. Uma abordagem bioética do Sistema único de Saúde. **Revista Espaço Acadêmico**, n. 109, p. 129-38, jun. 2010.
- OLIVEIRA, A. A. S. de. **Bioética e Direitos Humanos**. São Paulo: Loyola, 2011. 245p.
- OLSEN, A. C. L. **Direitos fundamentais sociais**: efetividade frente à reserva do possível. Curitiba: Juruá, 2012. 352p.
- PINTO, L. H., SCHULTER, L. S., SIERTH, R, et al. O uso racional de medicamentos no Brasil dentro da assistência farmacêutica e suas implicações no presente. **Revista Eletrônica de Farmácia**, v. XII, n. 1, p. 27-43, 2015.

ROCHA, E. B. **A justiciabilidade do direito fundamental à saúde no Brasil**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011. 208p.

ROZENFELD, S. Ensaio clínico e indústria farmacêutica. **Cad. Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 29, n. 12, p. 2.368-70, dez 2013.

SARLET, I. W.; FIGUEIREDO, M. F. Notas sobre direito fundamental à proteção e promoção da saúde na ordem jurídico-constitucional brasileira. In: ASENSI, F. D.; PINHEIRO, R. (org.). **Direito Sanitário**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. 614 p.

SARLET, I.W. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. 512 p.

SCAFF, F. F. Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível. In: SARLET, I. W.; TIMM, L. B. (org). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. 412p. p. 133-53.

SOARES, J. C. R. de S.; DEPRÁ, A. S. Ligações perigosas: indústria farmacêutica, associações de pacientes e as batalhas judiciais por acesso a medicamentos. **Physis Revista de Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 22, n. 1, p. 311-29, 2012.

Débora Ferreira Carneiro

Mestre e Doutora em Ciências da Saúde pela Universidade de Brasília (UnB).

Graduada em Odontologia (UnB).

Graduada em Direito pela Faculdade Processus.

fcarneirodebora@gmail.com

A NOVA CONFORMAÇÃO LEGAL DA REMESSA NECESSÁRIA

João Pereira Monteiro Neto

THE NEW LEGAL CONFORMATION OF THE MANDATORY REVIEW

RESUMO

O objetivo do trabalho, que tem o direito processual como campo de estudo, é abordar criticamente o instituto da remessa necessária à luz de sua nova conformação estabelecida pelo Código de Processo Civil de 2015. Para tratar dos aspectos mais significativos da disciplina legal, serão consideradas as hipóteses gerais de incidência da remessa necessária (art. 496 do CPC/2015) e algumas situações especiais relacionadas a mudanças estruturais no procedimento, para esclarecer, caso a caso, a incidência ou não do instituto. O tipo de pesquisa empregado é operatório, acompanhado de técnicas bibliográfica e documental, pautado em método indutivo, que visa à análise crítica das normas relativas ao tema, para propiciar, como síntese geral, um estudo de elevado aproveitamento na solução de problemas práticos verificados na praxe forense. O resultado da pesquisa, com esteio nas respostas específicas obtidas, culminou na seguinte conclusão geral: não obstante o CPC/2015 tenha dispensado tratamento mais restritivo à remessa necessária – prerrogativa do Poder Público que se mantém sobressalente no sistema processual brasileiro –, esta há de ser admitida nas hipóteses de decisão parcial de mérito e de embargos parciais à ação monitória. Já na fase de liquidação de sentença, os embargos à execução propostos pela Fazenda Pública e o fenômeno da estabilização da tutela de urgência antecipatória incompatibilizam-se sistematicamente com o instituto examinado.

» PALAVRAS-CHAVE: REMESSA NECESSÁRIA. PRERROGATIVAS PROCESSUAIS. FAZENDA PÚBLICA. DIREITO PROCESSUAL CIVIL.

ABSTRACT

The purpose of the paper, which has the procedural law as a field of study, is to address critically the institute of the mandatory review in light of its new conformation established by the Code of Civil Procedure of 2015. In order to deal with the most significant aspects of the legal discipline, the general assumptions of the mandatory review incidence (article 496 of the CCP/2015) and some special situations, related to structural changes in procedures involving the Public Treasury will be considered to clarify, on a case-by-case basis, the incidence or not of the institute. The type of research used is operative, accompanied by bibliographical and documentary techniques, based on an inductive method, which aims at the critical analysis of the rules related to the subject to provide, as an overview summary, a study of high utilization in the solution of practical problems found in forensic practice. The outcome of the research, based on the specific answers obtained, culminated in the overall conclusion, as follows. Despite the fact that CCP/2015 has given a more restrictive treatment to the mandatory review, a prerogative of the Government that is still outstanding in the Brazilian procedural system, the mandatory review should be admitted in the hypotheses of partial judgment of merits and of partial motions to stay execution to the monitory action. On the other hand, the phase of liquidation of the award, the autonomous execution proceeding, and the phenomenon of stabilization of the interlocutory relief are systematically incompatible with the institute examined.

» KEYWORDS: MANDATORY REVIEW. PROCEDURAL PREROGATIVES. PUBLIC TREASURY. CIVIL PROCEDURAL LAW.

INTRODUÇÃO

A “remessa necessária” constitui emblemático instituto do rol das denominadas prerrogativas do Poder Público em juízo. A par de sua colocação proeminente no sistema processual brasileiro, o reexame obrigatório das sentenças prolatadas contra a Fazenda Pública é alvo de tradicionais críticas doutrinárias tanto favoráveis quanto desfavoráveis à sua compatibilidade com a ordem constitucional¹.

A questão que sempre gravita em torno do tema consiste em perquirir, basicamente, se a remessa necessária, tal como as prerrogativas gerais da Fazenda Pública no processo, legitima-se à luz dos postulados constitucionais da isonomia e da razoabilidade. Sendo o Estado parte da relação jurídica processual, “a jurisprudência tem transigido com alguns favores legais, reputados não arbitrários por visarem a compensar dificuldades da defesa em juízo das entidades públicas”; se, ao contrário, tais prerrogativas desafiarem “a medida da razoabilidade ou da proporcionalidade, caracterizam privilégios inconstitucionais”².

Toda benesse unilateralmente estabelecida na lei em prol da Fazenda Pública, a que não corresponda uma diferença real originária de peculiaridades a ela inerentes, corresponde a privilégio processual em vez de legítima prerrogativa conferida ao Poder Público em juízo. Em síntese, as chamadas prerrogativas constituem vantagens intrínsecas a certas especificidades legitimantes; pautam-se, então, em dignidades fundantes. Já os privilégios constituem regalias ilegítimas (MIRANDA, 2000, p. 231-2) que, no campo da tutela jurisdicional, têm a nefasta consequência de retardar ilimitada ou desarrazoadamente o reconhecimento do direito material do credor em face das obrigações fazendárias³.

As prerrogativas do Poder Público em juízo continuam espraiadas pelo Código de Processo Civil de 2015, que, embora tenha relativizado alguns aspectos da disciplina legal – a mais categórica hipótese corresponde justamente à nova ambientação da remessa necessária⁴ –, não rompeu com a tradição brasileira de conferir tratamento diferenciado a uma variada sorte de casos⁵.

O objetivo específico do estudo, sem adentrar a intrincada análise acerca da legitimação constitucional da remessa necessária (pressupondo-a como prerrogativa em sentido estrito)⁶ – questão que extrapolaria os limites propostos –, é abordar o instituto à luz da nova conformação empregada pelo Código de Processo Civil de 2015.

O escopo é enfrentar criticamente a configuração legal da prerrogativa com a intenção de abordar os aspectos mais significativos de sua nova disciplina, consideradas (i) as hipóteses gerais de incidência da remessa necessária (art. 496 do CPC/2015) e (ii) as situações especiais, decorrentes de mudanças estruturais no procedimento, para esclarecer, caso a caso, a incidência ou não da remessa necessária nas hipóteses de decisão parcial de mérito (art. 356), de estabilização da tutela de urgência antecipatória (art. 304), de ação monitória (art. 701, § 4º), de liquidação de sentença (artigos 509 a 512) e de embargos à execução contra a Fazenda Pública (art. 910).

Portanto, à luz do Código de Processo Civil de 2015, serão analisadas não apenas as disposições que, comparativamente ao CPC/1973, minimizaram o âmbito de incidência da remessa necessária, mas também as situações que, em conformidade com o novo regramento processual, configuram novas hipóteses ensejadoras do instituto. O objetivo final é oferecer um estudo que aclare a percepção dos respectivos fenômenos – cuja complexidade é variável, como será demonstrado –, para permitir, enfim, que o processo sempre alcance seu máximo desiderato de efetividade.

1 A REMESSA NECESSÁRIA: DEFINIÇÃO E NATUREZA JURÍDICA

O art. 496 do CPC/2015 estabelece que a sentença proferida contra a Fazenda Pública federal, distrital, estadual e municipal (inc. I) não produz “efeito senão depois de confirmada pelo tribunal” (*caput*), regra também aplicável à sentença que julgar total ou parcialmente procedentes os embargos à execução fiscal (inc. II) ⁷, hipóteses normativas ordinárias que correspondem ao instituto da remessa necessária, também denominada de reexame necessário, de remessa oficial ou *ex officio* ou, ainda, de duplo grau de jurisdição obrigatório (ARAÚJO FILHO et al., 2016, p. 743). O termo “remessa necessária” corresponde à fórmula conceitual expressamente adotada pelo Código de Processo Civil de 2015 (designada na Seção III do Capítulo XIII do Título I – Livro I da Parte Especial).

Em síntese, a remessa necessária pode ser definida como fenômeno processual, inerente a determinada prerrogativa do Poder Público em juízo, por intermédio do qual se “devolve ao tribunal o reexame de todas as parcelas da condenação suportadas pela Fazenda Pública, inclusive dos honorários de advogado” (Enunciado n. 325 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça).

Significa afirmar que não está sujeita ao reexame necessário a sentença que extingue o processo sem resolução de mérito, consideração também válida quanto à respectiva condenação sucumbencial honorária (SCALABRIN, SANTANNA, 2016, p. 66). Assim afirma a jurisprudência reiterada do Superior Tribunal de Justiça: “o ônus sucumbencial decorre do princípio da causalidade. O duplo grau obrigatório é proteção que se destina a conferir maior segurança aos julgamentos de mérito desfavoráveis à Fazenda Pública”⁸.

Trata-se de instituto com raiz na antiga “apelação necessária ou *ex officio*” (art. 822 do CPC/1939), apesar de, em especial a partir do CPC/1973 (art. 475), ser majoritário o entendimento que lhe nega qualquer natureza recursal, embora não possa haver, por ocasião de sua incidência, o agravamento da decisão quanto à Fazenda Pública (Enunciado n. 45 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça), nem se deixe de configurar superveniente interesse processual fazendário para recorrer às instâncias extraordinárias, ainda que inexistente recurso original contra a decisão de piso⁹.

Do mesmo modo, a técnica de ampliação do colegiado prevista no art. 942 do CPC/2015 não se aplica à remessa necessária (§ 4º, II) tal como anteriormente considerado em relação ao descabimento dos extintos embargos infringentes, segundo o Enunciado n. 390 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça (MOLLICA, 2016, p. 109). Negada a natureza recursal do instituto, é evidente que a remessa necessária também não comporta recurso adesivo, nem admite, na hipótese de manutenção do entendimento reexaminado, a fixação dos denominados “honorários recursais” (art. 85, §§ 1º e 11, do CPC/2015)¹⁰.

Considerando que, em decorrência da remessa necessária, não há voluntariedade para o reexame da matéria, nem há qualquer situação de recorribilidade, a doutrina costuma distinguir o fenômeno como “condição legal de eficácia inerente a determinadas sentenças proferidas contra a

Fazenda Pública” (AMARAL, 2016, p. 227). O instituto tem, portanto, dois aspectos fundamentais: (i) automaticidade da devolução ampla dos pontos decisórios contrários aos interesses fazendários e; (ii) necessidade, que impede, antes do reexame, o trânsito em julgado da decisão.

Embora condicionante da sobrevinda do trânsito em julgado da decisão, a teor do Enunciado n. 423 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, a remessa necessária não constitui indeclinavelmente condição de eficácia geral. Em outras palavras, uma decisão ou uma sentença de mérito, ainda que suscetível à remessa necessária, pode produzir efeitos imediatos e tem aptidão para autorizar a prática das respectivas medidas satisfativas fundadas em título provisório (art. 520 do CPC/2015). A sujeição da sentença ou da decisão meritória ao reexame necessário não difere *per se* a eficácia executória do respectivo título judicial.

Apesar da existência de microsistema limitador do cumprimento provisório de sentença contra a Fazenda Pública (v. art. 2º-B da Lei n. 9.494/1997), todas as hipóteses não inseridas no regime obstativo autorizam a instauração do módulo processual satisfativo (fase de cumprimento), ainda que a respectiva sentença (provimento definitivo) ou decisão interlocutória (decisão parcial de mérito) esteja pendente de reexame obrigatório, quando inexisterem óbices à eficácia executória (v.g., por intermédio de concessão de tutela provisória recursal).

A remessa necessária da sentença é obstativa da imediata produção de efeitos apenas “se a apelação que potencialmente pode ser interposta contra ela [sentença] também for dotada de efeito suspensivo. Em outras palavras: se o recurso a ser interposto contra a sentença tiver efeito suspensivo, o reexame necessário também o terá” (ZENKNER, 2016, p. 445); do contrário, não (VIANA, 1998, p. 150). A esse respeito, por exemplo, pode ser citada a sentença concessiva do mandado de segurança, que, embora “obrigatoriamente sujeita ao duplo grau de jurisdição”, será passível de execução provisória, “salvo nos casos em que for vedada a concessão da medida liminar” (art. 14, §§ 1º e 3º, da Lei n. 12.016/2009)¹¹.

Portanto, o art. 496, *caput*, do CPC/2015 mantém redação imperfeita (reproduzida do art. 475 do CPC/1973), pois não especifica que o mencionado “diferimento” da produção de efeitos refere-se, na verdade, à formação de coisa julgada – assim entendida como qualidade que, segundo lição já clássica, torna imutáveis os efeitos substanciais do ato decisório (LIEBMAN, 1984, p. 54) –, e não à constituição de qualquer efeito prático imediato.

2 AS HIPÓTESES GERAIS DE INCIDÊNCIA DA REMESSA NECESSÁRIA

Verificada a concreta incidência de reexame necessário, o juiz determinará a remessa dos autos; se não o fizer, o presidente do respectivo tribunal deverá avocá-los (art. 496, § 1º, do CPC/2015). Vale dizer, a dispensa de remessa necessária depende de adequada fundamentação constante da própria sentença ou decisão de mérito, que esclareça o motivo determinante da dispensa (DIDIER JR., CUNHA, 2016, p. 189).

O Código de Processo Civil de 2015 inovou consideravelmente em relação à prerrogativa, para, como propugnado por abalizada doutrina (FRANCO, 2016, p. 283), reduzir o largo âmbito de incidência antes estipulado (art. 475 do CPC/1973) e para dispensar a remessa necessária, quando, em demandas de valor certo e líquido, a condenação ou o proveito econômico obtido for inferior (i) a mil (1.000) salários-mínimos, nas causas que envolvam a União ou as autarquias e fundações de direito público federais; (ii) a quinhentos (500) salários-mínimos, nas causas que envolvam os estados, o Distrito Federal, as respectivas autarquias e fundações públicas e os municípios constituintes de capitais dos estados; (iii) a cem (100) salários-mínimos, nas causas que envolvam todos os demais municípios e suas respectivas autarquias e fundações municipais (art. 496, § 3º, I a III).

As sentenças condenatórias ilíquidas, inclusive a teor do Enunciado n. 490 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, continuam regularmente submetidas à remessa necessária, quando prolatadas contra a Fazenda Pública.

Interessante observar que, pela literalidade do art. 496, § 3º, II e III, do CPC/2015, a remessa necessária relativa às decisões contrárias a autarquias e a fundações públicas vinculadas a municípios constituintes de capitais dos Estados não está inserida *in litteris* no respectivo limite de quinhentos (500) salários-mínimos. Parece evidente, contudo, que se trata de lacuna apenas aparente; para tanto, basta interpretar sistematicamente os dispositivos relacionados. O art. 496, § 3º, III, quando se reporta às entidades municipais gerais da administração pública indireta, fala expressamente em “respectivas autarquias e fundações de direito público”. Logo, a interpretação mais adequada do dispositivo em questão (art. 496, § 3º, II) deve considerar que o limite de quinhentos (500) salários-mínimos “para os Estados, o Distrito Federal e os Municípios que constituam capitais dos Estados” abrange as respectivas autarquias e fundações de direito público.

Por fim, não haverá remessa necessária, também, quando a sentença estiver fundada (i) em súmula de tribunal superior; (ii) em acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça em julgamento de recursos repetitivos; (iii) em entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência; (iv) em entendimento coincidente com orientação vinculante firmada no âmbito administrativo do próprio ente público, consolidada em manifestação, parecer ou súmula administrativa (art. 496, § 4º, I a IV, do CPC/2015).

3 AS SITUAÇÕES ESPECIAIS

Realizadas as indispensáveis considerações acerca das hipóteses gerais enumeradas pelo art. 496 do CPC/2015, cujo principal destaque corresponde à redução do âmbito de incidência da prerrogativa em razão do proveito econômico da demanda (AMARAL, 2016, p. 228), cumpre examinar algumas situações específicas, decorrentes de mudanças estruturais no procedimento, para esclarecer, caso a caso, a incidência ou não da remessa necessária.

3.1 A DECISÃO PARCIAL DE MÉRITO

A formação da coisa julgada material pode ser progressiva, quando houver o trânsito em julgado da decisão parcial de mérito (art. 356, § 3º, do CPC/2015). Para o tema proposto, deve ser analisada a existência de eventual incompatibilidade dessa sistemática com as demandas promovidas contra a Fazenda Pública.

Parece ser de razoável simplicidade a conclusão de que a técnica de julgamento parcial de mérito também se aplica às demandas propostas contra a Fazenda Pública e possibilita, igualmente, a instauração de cumprimento de “sentença” para satisfazer a obrigação por ela reportada. E, para tanto, basta sujeitar a respectiva decisão à remessa necessária (AMARAL, 2016, p. 235), inferência igualmente extensível como condição para formar coisa julgada sobre questão prejudicial incidental, quando preenchidos os pressupostos do art. 503, §§ 1º e 2º, do CPC/2015 (v. Enunciado n. 439 do Fórum Permanente de Processualistas Civis – FPPC).

Não fosse assim, ficaria inviável executar a decisão parcial de mérito contra a Fazenda Pública por força da ulterior extensão (e profundidade) da matéria devolvida em virtude de remessa necessária da [futura] sentença. Em outras palavras, afastar a remessa necessária das decisões parciais de mérito prolatadas em desfavor da Fazenda Pública militar contra o próprio valor que se quisesse resguardar com a interpretação de sua inadmissibilidade, em prejuízo ao postulado da efetividade do processo.

Evidentemente, esse entendimento parte da premissa de que a alteração redacional promovida pelo art. 496, § 1º, do CPC/2015 (“não interposta a apelação, o juiz ordenará a remessa dos autos”) – quanto a seu correlativo art. 475, parágrafo único, do CPC/1973 (“o juiz ordenará a remessa dos autos, haja ou não apelação”) – não implica inadmitir a remessa necessária na hipótese de recurso parcial¹².

A modificação na redação do dispositivo parece simplesmente justificar-se pelo fato de, caso interposto recurso, ser desnecessária a “ordem de remessa” dos autos em si, mas não o reexame pelo tribunal. Assim, “a interposição de apelação parcial não impede a remessa necessária” (Enunciado n. 432 do FPPC).

O Código de Processo Civil de 2015 não regulamenta expressamente o modo de operacionalização da remessa necessária da decisão parcial de mérito, mas é evidente que deverá ocorrer por intermédio da formação de autos suplementares (por analogia, art. 356, § 4º), cujo instrumento será constituído pelo traslado das peças processuais pertinentes, indispensáveis para sujeitar a decisão a reexame pelo tribunal.

Portanto, não interposto agravo de instrumento no prazo legal, o juiz deverá encaminhar os autos suplementares ao tribunal, e, se não o fizer, o presidente do respectivo tribunal deverá avocá-los (art. 496, § 1º, do CPC/2015). Se interposto agravo de instrumento, o reexame necessário será

viabilizado nos autos do próprio recurso, razão por que dispensada a formação de autos suplementares. Reexaminada e confirmada pelo tribunal a decisão parcial de mérito, se inexistente recurso da Fazenda Pública contra o acórdão, o credor pode instaurar a respectiva fase satisfativa em caráter definitivo (art. 356, § 3º), em virtude da superveniente formação de coisa julgada.

3.2 A ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA DE URGÊNCIA ANTECIPATÓRIA

A tutela de urgência de natureza antecipatória (satisfativa) requerida em caráter antecedente tem aptidão para estabilizar-se, se, caso concedida nos termos do art. 303 do CPC/2015, “não for interposto o respectivo recurso”, hipótese em que o processo será extinto (art. 304, *caput*, § 1º). Contudo, “qualquer das partes poderá demandar a outra com o intuito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada” (art. 304, § 2º) em um prazo decadencial de dois (2) anos, contado da ciência da decisão que extinguiu o processo (§ 5º).

As diversas questões que envolvem a nova tendência de monitorização do processo civil para o fortalecimento da atividade cognitiva sumária como método de potencial eficiência e economia para a pacificação dos conflitos – nitidamente inspirado no *référé-provision* francês (BONATO, 2016, p. 65-128) – são demasiadamente extensas para, na presente seara, receber exame abrangente, o que acabaria por desbordar dos limites propostos para o estudo.

De todo modo, não seria possível contribuir para o panorama da nova conformação legal da remessa necessária sem enfrentar o tema, ainda que por via tangencial. Para cumprir esse objetivo, será estabelecida como premissa a possibilidade de a tutela antecipada estabilizar-se em demandas propostas contra a Fazenda Pública, na linha do entendimento prevalecente (v. abaixo), para verificar se a decisão estabilizada se sujeita ou não à remessa necessária.

Tudo indica que tanto a doutrina quanto a jurisprudência não enfrentarão maiores problemas para responder à questão apresentada: “de todos os problemas postos [em sede da chamada estabilização da tutela antecipada], talvez seja este o de mais fácil solução” (SICA, 2016, p. 416).

O ato extintivo reportado pelo art. 304, § 1º, do CPC/2015, à luz do critério formal abarcado pelo legislador (art. 203, § 1º), embora seja topologicamente identificado como sentença, não é proferido “contra a Fazenda Pública”; constitui mera decorrência processual da estabilização, que lhe é anteposta; o ato contrário à Fazenda Pública preexiste à sentença de que resultar o arquivamento do feito. Portanto, se remessa necessária houvesse, teria de ocorrer em relação à decisão antecipatória.

Porém, a estabilização da tutela de urgência antecipatória “não fará coisa julgada” (art. 304, § 6º, do CPC/2015). Logo, sendo a remessa obrigatória fenômeno processual que condiciona a própria formação da coisa julgada material, é incabível o reexame necessário da decisão antecipatória,

constatação semelhante àquela que conclui pelo descabimento de ação rescisória para desconstituir a tutela de urgência estabilizada (v. Enunciado n. 33 do FPPC).

3.3 A AÇÃO MONITÓRIA

Os debates relativos ao cabimento da ação monitoria contra a Fazenda Pública foram arrefecidos com a edição, em 2007, do Enunciado n. 339 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça: “é cabível ação monitoria contra a Fazenda Pública”.

O Código de Processo Civil de 2015, em seu art. 700, § 6º, consolida o entendimento sumulado, mas dispõe que, no procedimento monitorio (artigos 700 a 702), “sendo a ré Fazenda Pública, não apresentados os embargos previstos no art. 702, aplicar-se-á o disposto no art. 496, observando-se, a seguir, no que couber, o Título II do Livro I da Parte Especial” (art. 701, § 4º). Portanto, há expressa exigência legal: a decisão constitutiva do mandado monitorio deve submeter-se, quando for o caso (art. 496, §§ 3º e 4º), à remessa necessária, e a subsequente fase executiva deve regular-se pelo rito do cumprimento de sentença segundo sua compatibilidade procedimental com as respectivas espécies obrigacionais.

A inadmissão da ação monitoria sob o fundamento de que, contra a Fazenda Pública, tal modalidade de tutela jurisdicional diferenciada não cooperaria com o aporte de técnica imbuída de efetividade¹³ tenta ser sistematicamente afastada pelo Código de Processo Civil de 2015, ao dispor, quando em comparação à disciplina do CPC/1973, de modo bem mais restritivo, acerca das hipóteses de admissão da remessa necessária (art. 496, §§ 3º e 4º), ao passo que equipara a decisão concessiva do mandado monitorio às decisões sujeitas a reexame obrigatório (art. 496, I)¹⁴ e à ação rescisória (art. 701, § 3º).

Uma das principais peculiaridades parece estar no alcance que se deva emprestar aos artigos 700, § 6º, e 701, § 4º, do CPC/2015 nas hipóteses de oposição de embargos parciais à ação monitoria oferecidos pela Fazenda Pública, à luz da regra geral de que a parcela incontroversa constitui “de pleno direito o título executivo judicial” (art. 702, § 7º).

Em outras palavras, interessa saber se, opostos embargos parciais pela Fazenda Pública, caberá ou não remessa necessária em relação à respectiva parcela não embargada. Caso a resposta seja positiva, seria exigível a formação de autos suplementares (excepcionando a regra do art. 702, § 7º), a exemplo do que foi defendido anteriormente quanto à remessa necessária da decisão parcial de mérito proferida em desfavor do ente fazendário (v. item 4.1); se negativa, caberia analisar os reflexos da ausência de remessa necessária quanto aos limites da atividade cognitiva sujeita à incidentalização na fase de cumprimento de sentença.

A constatação é especialmente relevante, porque, sob a égide do Código de Processo Civil de 1973 – admitida a possibilidade de ação monitoria contra a Fazenda Pública ainda antes de ser

finalmente editado o Enunciado n. 339 da Súmula do STJ –, prevalecia o entendimento jurisprudencial de que, na respectiva fase de execução (art. 730 do CPC/1973), a Fazenda Pública deveria ter a oportunidade de “mais uma vez [...] oferecer embargos à execução de forma ampla [sem limitação à atividade cognitiva posterior]”¹⁵, acabando por conduzir à abalizada constatação de que, na prática, era afastada “toda efetividade e pertinência da utilização da via monitória” contra a Fazenda Pública (MARCATO, 2000, p. 210).

Se a Fazenda Pública pudesse, em sede de impugnação ao cumprimento de sentença, restaurar matérias que deveriam ter sido alegadas em embargos monitórios (não oferecidos), a própria justificativa de constituição da tutela jurisdicional diferenciada estaria esvaziada.

Por esse motivo, dada a organicidade do sistema processual, tudo indica que o art. 701, § 4º, do CPC/2015 deva ser aplicado – e instrumentalizado em autos suplementares –, quando cabível a remessa necessária (art. 496, §§ 3º e 4º) também às hipóteses de apresentação parcial de embargos monitórios fazendários, sob o risco de interpretação diversa militar exatamente em desfavor da efetividade processual que se pretenda alcançar com a técnica de monitorização.

3.4 A LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA

A sentença condenatória proferida contra a Fazenda Pública pode ser genérica e, nessa hipótese, tal como ocorre em relação ao regime geral, a instauração do módulo executivo deverá ser necessariamente precedida de fase de “liquidação de sentença” (artigos 509 a 512 do CPC/2015), que vise a apurar o *quantum debeatur* da condenação ilíquida com esteio nos elementos previamente definidos pela sentença ou pela decisão de mérito liquidanda (art. 356, §§ 1º e 2º), não os podendo desbordar nem alterar. A decisão que acolhe ou rejeita a pretensão do liquidante – representada pela expressão numérica do *quantum debeatur* indicado pelo titular do crédito – objetiva, assim, um acerto declarativo-integrativo (DINAMARCO, 1998, p. 515–21).

O art. 3º da Lei n. 2.770/1956, com redação dada pelo art. 7º da Lei n. 6.071/1974, estabelece que “as sentenças [agora, ‘decisões’] que julgarem a liquidação por arbitramento ou artigos nas execuções de sentenças ilíquidas contra a União, o Estado ou o Município, ficam sujeitas ao duplo grau de jurisdição”.

A decisão que aprecia a fase de liquidação não se submete, em quaisquer modalidades liquidatórias, à remessa necessária. O Código de Processo Civil de 2015 esclarece definitivamente a revogação tácita do disposto no art. 3º da Lei n. 2.770/1956, com redação dada pelo art. 7º da Lei n. 6.071/1974, não pelo fato de o ato decisório ser estranho a uma “sentença”¹⁶ – como já visto, também decisões interlocutórias podem sujeitar-se ao reexame obrigatório –, mas em razão do disposto no art. 496, I, § 3º, do CPC/2015, cuja interpretação importa na submissão geral das sentenças condenatórias genéricas à remessa necessária (evidentemente, ressalvadas

as hipóteses excludentes do art. 496, § 4º), inclusive a teor do Enunciado n. 490 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.

A obrigatoriedade de remessa necessária para as sentenças condenatórias genéricas – à margem dos critérios delimitadores definidos pela regra geral do art. 496, § 3º, I a III, do CPC/2015, em relação aos títulos ordinários – simetricamente corresponde à inequívoca opção legislativa de afastar o reexame obrigatório em fase de liquidação¹⁷, ainda que a decisão integrativa reconheça valores sobrepujantes aos limites legais de dispensa do instituto (§ 3º) sob pena de ensejar o injustificável – já que a sanção em desfavor dos interesses fazendários já fora reexaminada – retardamento da instauração da fase satisfativa, comprometendo, enfim, a efetividade processual.

3.5 OS EMBARGOS À EXECUÇÃO

O Código de Processo Civil de 2015 uniformizou a técnica processual sincrética para a tutela satisfativa fundada em títulos executivos judiciais, incorporada também a execução por quantia certa contra a Fazenda Pública (artigos 534 a 535), cujo procedimento recebia tratamento díspar pela sistemática processual anterior. Portanto, a necessidade de instauração de um processo autônomo de execução (execução aparelhada) destina-se exclusivamente à satisfação das obrigações reportadas por títulos executivos extrajudiciais, inclusive quando o obrigado for pessoa jurídica fazendária.

No processo de execução – tutela executiva fundada em título extrajudicial –, o modo típico de defesa da Fazenda Pública devedora não se opera no bojo dos próprios autos, como ocorre na fase de cumprimento de sentença de que tratam os artigos 534 e 535 do CPC/2015, mas por intermédio de processo cognitivo autônomo de “embargos à execução”, incidental à execução e distribuído por dependência (art. 914, § 1º).

A decisão de mérito que julgar os embargos à execução em desfavor da executada fazendária pode não ser objeto de recurso ou se sujeitar, ainda, a impugnação parcial – apelação ou agravo de instrumento, a depender da hipótese –, que não abranja a totalidade das questões apreciadas (capítulos decisórios), situações nas quais cabe observar, respectivamente, se a sentença ou a decisão transitará em julgado total ou parcialmente sem a necessidade de operar-se a remessa necessária (art. 496 do CPC/2015).

Embora a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça há muito já se tenha pronunciado pelo descabimento da remessa necessária em relação à sentença de improcedência dos embargos à execução contra a Fazenda Pública¹⁸, a questão merece ser reinvestigada à luz do Código de Processo Civil de 2015, pois o entendimento até então sedimentado se refere à execução por precatório anteriormente prevista no art. 730 do Código de Processo Civil de 1973, cujo procedimento desconsiderava a circunstância de a tutela executiva fundar-se em título judicial ou extrajudicial.

Em outras palavras, se é certo que a decisão de rejeição da impugnação ao cumprimento de sentença não se sujeita à remessa necessária (art. 535, § 3º, do CPC/2015) – já havida, se for o caso, na fase cognitiva do processo, sendo inaplicável ao módulo processual executivo¹⁹ –, é igualmente necessário verificar se o processo autônomo de execução impugnado por intermédio de demanda cognitiva incidental obedece também à mesma sistemática de inadmissibilidade do reexame de ofício.

A resposta mais adequada à questão parece negar a possibilidade de remessa necessária da sentença ou da decisão que apreciar os embargos à execução opostos pela Fazenda Pública; nesse sentido, já se tem posicionado parte da doutrina por força de interpretação restritiva do privilégio processual, que, em relação aos processos autônomos de execução (aparelhados por títulos extrajudiciais), estabelece literalmente a aplicação do art. 496 do CPC/2015 apenas à “sentença que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução fiscal” (inc. II)²⁰.

O raciocínio parece perfeitamente adequado às peculiaridades da execução contra a Fazenda Pública e à sistemática estabelecida pela norma processual. Segundo o art. 496, *caput*, I, do CPC/2015, “está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença proferida contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público”.

A rejeição terminativa ou definitiva dos embargos à execução contra a Fazenda Pública não tem o condão – por força de expressa disposição legal (art. 910, § 2º, do CPC/2015) – de desencadear *per se* os atos executivos propriamente ditos, correspondentes, na espécie, à expedição do ofício requisitório de pagamento, pois apenas com o respectivo trânsito em julgado é possível o início da realização material do direito do credor. Para obstar o trânsito em julgado da decisão, é necessária a voluntariedade do devedor fazendário; exige-se, assim, o manejo de recurso em sentido estrito.

Não opostos embargos à execução, está autorizada a imediata expedição do precatório ou da requisição de pequeno valor consoante expressa disposição legal (art. 910, § 1º, do CPC/2015). Logo, se a sentença ou a decisão dos embargos à execução prolatada em desfavor da Fazenda Pública devesse sujeitar-se à remessa necessária, também a não oposição de embargos importaria a necessidade de reanálise dos autos em uma inconcebível e contraditória espécie de “reexame” necessário do próprio título executório. Se o legislador assim quisesse estabelecer, teria previsto *mutatis mutandis*, para a execução de título extrajudicial contra a Fazenda Pública, dispositivo análogo ao art. 701, § 4º, do CPC/2015, relativo à remessa necessária em sede de ação monitória; não o fez, porém, porque dispor de expediente relativo à técnica monitória no processo autônomo de execução implicaria negar a própria eficácia executória do título extrajudicial em manifesto retrocesso à já superada controvérsia acerca da admissibilidade de referida modalidade de título contra a Fazenda Pública.

Quanto ao procedimento de seu art. 910, o Código de Processo Civil de 2015 não estipula hipótese semelhante àquela do art. 701, § 4º, simplesmente porque a *ratio essendi* da remessa necessária na ação monitória contra a Fazenda Pública está coadunada com o fato de que se constitui, por intermédio dessa modalidade de tutela jurisdicional diferenciada, título executivo judicial apto à subsequente abertura da fase de cumprimento de sentença, na qual a defesa incidental da devedora estará horizontalmente limitada às matérias não acobertadas pela autoridade da coisa julgada; eis o motivo de se equiparar a decisão concessiva do mandado monitório às decisões sujeitas a reexame obrigatório (art. 496, I) e à ação rescisória (art. 701, § 3º), conforme já mencionado.

Portanto, há incompatibilidade sistêmica entre o instituto da remessa necessária e os embargos à execução propostos pela Fazenda Pública; significa afirmar que “os capítulos não abrangidos (direta ou indiretamente) pelo recurso [interposto pela Fazenda Pública] transitarão em julgado e, assim, no que lhes disser respeito, a execução poderá ser retomada” (WLADECK, 2016, p. 126).

Em síntese, a parcela exequenda afetada pela decisão prolatada nos embargos à execução não impugnada por recurso interposto pela Fazenda Pública sujeita-se à imediata satisfação em virtude do trânsito em julgado do respectivo capítulo decisório, tal como se sujeitaria à pronta expedição de precatório ou de requisição de pequeno valor (RPV), conforme o numerário correspondente, o montante não abrangido pela oposição de embargos fazendários parciais, hipótese em que não existe sequer “trânsito em julgado” (devido à inexistência de “decisão”), razão por que se esclarece, enfim, a incompatibilidade sistêmica da remessa necessária em sede de execução autônoma (fundada em título extrajudicial) contra a Fazenda Pública.

CONCLUSÃO

O Código de Processo Civil de 2015 dispensou à remessa necessária tratamento mais restritivo, quando comparado à sistemática anterior. Apesar disso, o instituto ainda corresponde à prerrogativa do Poder Público mais sobressalente do sistema processual brasileiro, atributo que lhe endereça indispensável interpretação restritiva à luz do princípio hermenêutico geral de que situações excepcionais não comportam interpretações ampliativas.

Essa constatação não implica afirmar, porém, a inadmissão de remessa necessária nas hipóteses de decisão parcial de mérito prolatada em desfavor da Fazenda Pública, ou de oposição de embargos parciais à ação monitória. Nesses casos, a situação ensejadora do instituto é inerente à própria organicidade processual, conforme exposto ao longo do estudo.

Por outro lado, o fenômeno da estabilização da tutela de urgência antecipatória, a fase de liquidação de sentença e os embargos à execução propostos pela Fazenda Pública incompatibilizam-se sistematicamente com o instituto examinado.

Em suma, foram apresentados os limites e os parâmetros considerados relevantes para que se alcance a compreensão adequada da nova conformação legal da remessa necessária no Código de Processo Civil de 2015, com o intuito de contribuir, assim, para a solução de futuros problemas práticos relacionados ao tema.

Aprovado em: 29/06/2017. Recebido em: 14/03/2017.

NOTAS

¹ Favoravelmente à remessa necessária, por todos: “a proteção do patrimônio público, frise-se, é objetivo a ser perseguido sob o regime político democrático não menos que sob qualquer outro regime. [...] A obrigatoriedade do reexame em segundo grau das sentenças contrárias à Fazenda Pública não ofende o princípio da isonomia, corretamente entendido. A Fazenda não é um litigante qualquer. Não pode ser tratada como tal; nem assim a tratam outros ordenamentos jurídicos, mesmo no chamado Primeiro Mundo” (MOREIRA, 2004, p. 123-4). Em sentido contrário: “o reexame obrigatório constitui um benefício indevido aos órgãos que compõem a Fazenda Pública. Também chamado impropriamente de ‘recurso de ofício’, pois não há qualquer recurso interposto, o duplo exame necessário ou reexame obrigatório estabelece um absurdo privilégio à Fazenda Pública, que fica dispensada de recorrer das sentenças desfavoráveis, pois um novo exame pelo órgão jurisdicional hierarquicamente superior está sempre garantido” (LUCON, 2000, p. 361-2).

² Supremo Tribunal Federal, Pleno, ADI n. 1.753-MC/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 12.6.1998; excerto da ementa.

³ Como exemplo de autêntico privilégio processual, suspenso cautelarmente pelo Supremo Tribunal Federal (ADI n. 1.753-MC/DF), o que fomentou enfim a revogação da benesse pela MP n. 1.798-5/1999, pode ser citada a ampliação do prazo para o ajuizamento de ação rescisória, prevista no art. 4º, parágrafo único, da MP n. 1.577/1997, que dobrava o prazo decadencial para quatro (4) anos e criava novas hipóteses de rescindibilidade das sentenças exclusivamente em favor da Fazenda Pública. Aliás, a quinta reedição da MP n. 1.577/1997 (n. 1.577-5, de 30 de outubro de 1997) ampliou a prerrogativa do prazo de quatro (4) para cinco (5) anos, além de avolumar novas hipóteses de rescindibilidade. A MP n. 1.658-12/1998 voltou a prever prazo em dobro para a Fazenda Pública ajuizar ação rescisória, disposição que só foi retirada pela MP n. 1.798-5/1999, que também restaurou a redação anterior do art. 485 do CPC/1973, excluindo as novas hipóteses de rescindibilidade estabelecidas em favor da Fazenda Pública.

⁴ Necessidade que a doutrina já há muito sinalizava: a estipulação legal das prerrogativas processuais fazendárias é realizada, de modo geral, “sem muita cautela, sem muito pensar [basta observar que grande parte delas foi engendrada por Medidas Provisórias]. Talvez essa justificação dentro do ordenamento não seja assim tão evidente. A experiência de todos esses anos em que as prerrogativas estão em vigor também tem demonstrado que sua eficácia é bastante questionável!” (COSTA, 2000, p. 84).

⁵ A remessa necessária, além das disposições do CPC/2015, contém previsão em legislação esparsa, a saber: art. 14, § 1º, da Lei n. 12.016/2009 (sentença de procedência em mandado de segurança); art. 19 da Lei n. 4.717/1965 (“sentença que concluir pela ‘carência’ ou pela improcedência da ação popular”); art. 28, § 1º, do Decreto-Lei n. 3.365/1941 (sentença condenatória em valor superior ao *quantum* oferecido em demanda expropriatória); art. 3º da Lei n. 2.770/1956, com redação dada pelo art. 7º da Lei n. 6.071/1974 (sentença [rectius, decisão] em fase de liquidação), dispositivo, no entanto, tacitamente revogado (v. item 4.4). Quanto a outras hipóteses comuns de prerrogativas enumeradas pelo Código de Processo Civil de 2015, podem ser citadas as previsões dos art. 91, *caput* (relativo às despesas processuais dos atos praticados a requerimento da Fazenda Pública), art. 183, *caput* (prazo em dobro para falar nos autos em geral), § 2º (intimação pessoal), arts. 534 e 535 (diferenciação do módulo executivo relativo a obrigações pecuniárias), art. 968, § 1º (dispensa de depósito prévio para a propositura de ação rescisória), art. 1.007, § 1º (dispensa de preparo recursal, inclusive do porte de remessa e retorno), art. 1.021, § 5º, art. 1.026, § 3º (recolhimento ao final de multa recursal) e art. 1.059 (óbices à concessão de tutela provisória). Além das normas codificadas, também a legislação esparsa é vasta; ilustrativamente: art. 1º da Lei n. 8.437/1992 (vedações à concessão de medida assecuratória em desfavor do Poder Público), art. 7º, § 2º, da Lei n. 12.016/2009 (óbices à concessão de medidas liminares em mandado de segurança), art. 4º da Lei n. 8.437/1992, art. 15 da Lei n. 12.016/2009 e art. 1º da Lei n. 9.494/1997 (incidentes processuais para a suspensão de liminar, de segurança e de tutelas de urgência em geral, concedidas contra o Poder Público), art. 22, § 2º, da Lei n. 12.016/2009 (intimação prévia obrigatória, no mandado de segurança coletivo impetrado com pedido de liminar), art. 2º-B da Lei n. 9.494/1997 (vedação de execução provisória), art. 1º da Lei n. 6.830/1980 (rito especial para a cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Pública), dentre outros.

⁶ A admissão é para fins formais. Na realidade, a exigência de remessa necessária advém de preceito que “normatiza” uma indesejável confusão entre interesses públicos primários e interesses públicos secundários (v. ALESSI, 1966, p. 201), exatamente na contramão de outras regras do próprio CPC/2015, como a que estabelece que “a participação da Fazenda Pública não configura, por si só, hipótese de intervenção do Ministério Público” (art. 178, parágrafo único). Se o “reexame” devesse realmente ocorrer, melhor seria restringi-lo aos casos em que a Fazenda Pública fosse condenada na qualidade de Poder Público propriamente dito, e não como mera portadora de inte-

resses secundários. Em outras palavras, *de lege ferenda*, os casos de remessa necessária coincidiriam com as hipóteses em que a atuação do Ministério Público, como fiscal da ordem jurídica, fosse também obrigatória (art. 178, I).

⁷ A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem entendido que, por força da referida previsão legal, reproduzida de norma anterior do CPC/1973, a decisão que extinga a execução fiscal em sede de objeção à executividade deve ser igualmente submetida à remessa necessária (Segunda Turma, REsp n. 1.415.603/CE, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 22.5.2014).

⁸ Superior Tribunal de Justiça, Segunda Turma, AgRg no AREsp n. 335.868/CE, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 9.12.2013; excerto da ementa.

⁹ Nesse sentido, por todos: Superior Tribunal de Justiça, Corte Especial, REsp n. 905.771/CE, Rel. Min. Teori Zavascki, DJe 19.8.2010.

¹⁰ “O novo CPC pretende desferir um duro golpe em quem recorre insistentemente, como é o caso da Fazenda Pública, criando a figura dos ‘honorários recursais’, que consiste na majoração obrigatória dos honorários fixados em primeiro grau de jurisdição” (BONIZZI, 2016, p. 381).

¹¹ No mesmo sentido, também o art. 3º da Lei n. 8.437/1992: “o recurso voluntário ou *ex officio*, interposto contra sentença em processo cautelar, proferida contra pessoa jurídica de direito público ou seus agentes, que importe em outorga ou adição de vencimentos ou de reclassificação funcional, terá efeito suspensivo”. “Também não faz sentido dizer que a remessa necessária é condição de eficácia da sentença nos casos previstos no art. 19 da Lei n. 4.717/1965 e no art. 28, § 1º, do Decreto-Lei n. 3.365/1941. No primeiro, a sentença de improcedência ou de inadmissibilidade do processo na ação popular está sujeita à remessa necessária, não sendo adequado afirmar que existe aí uma condição de eficácia para uma decisão judicial que confirma o ato administrativo impugnado, que já gozava de presunção de legitimidade. No segundo, a sentença não deixa de acolher o pedido do Poder Público e não está sujeita a qualquer condição de eficácia: em verdade, apenas fixa a indenização no dobro do valor inicialmente previsto” (DIDIER JR., CUNHA, 2016, p. 175-6).

¹² Em sentido contrário, na doutrina: “no caso de o procurador do ente público entender que seria o caso de interpor recurso de apelação, na vigência do novo Código, deve elaborar um recurso bem amplo, abrangendo todos os capítulos da sentença que entender que devam ser modificados, já que, nesse caso, pela redação do art. 496, I, do Novo CPC, o feito não estará sujeito à remessa necessária” (MOLLICA, 2016, p. 105).

¹³ Nesse sentido, por todos: “a utilização da via da ação monitoria [...] é despida de qualquer efetividade, alheia à própria razão de ser do próprio processo monitorio” (MARCATO, 2000, p. 211).

¹⁴ Em suma, “haverá ‘remessa necessária’ sempre que não for o caso de dispensá-la” (COLLUCCI, 2015, p. 681).

¹⁵ Superior Tribunal de Justiça, Primeira Seção, REsp n. 434.571/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, Rel. p/ acórdão Min. Luiz Fux, DJ 20.3.2006; excerto da ementa.

¹⁶ Segundo o critério defendido por parte da doutrina, “as decisões interlocutórias [por serem ‘decisões’, não ‘sentenças’], ainda que [...] proferidas na fase de liquidação de sentença em valores superiores àqueles estabelecidos no § 3º do art. 496 do NCP”, não comportam remessa necessária, ficando “revogado, assim, o art. 7º da Lei n. 6.071, de 3 de julho de 1974” (ZENKNER, 2016, p. 447).

¹⁷ Não por outro motivo, aliás, aponta a doutrina que “se a meta [do CPC/2015] era reduzir as hipóteses de remessa necessária, melhor teria sido manter regra semelhante à do § 4º do art. 478 do anteprojeto do novo CPC, segundo a qual ‘quando na sentença não se houver fixado valor, o reexame necessário, se for o caso, ocorrerá na fase de liquidação’ [redação não abarcada pela versão promulgada]” (ARAÚJO FILHO et al., 2016, p. 745).

¹⁸ Precedentes da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça: EREsp n. 258.097/RS, Rel. Min. José Delgado, DJ 20.8.2001; EREsp n. 226.387/RS, Rel. Min. Garcia Vieira, Rel. p/ acórdão Min. Fontes de Alencar, DJ 24.6.2002; EREsp n. 246.936/SC, Rel. Min. Vicente Leal, DJ 5.5.2003; AgRg nos EREsp n. 1.160.906/BA, Rel. Min. Gilson Dipp, DJe 13.9.2012. A interpretação do Superior Tribunal de Justiça sedimentou-se no sentido de desautorizar a remessa necessária “depois de toda a tramitação kafkiana que conhecemos, [por intermédio da qual] se obtém uma sentença”, sendo inadmissível que viesse, “então, o reexame necessário independentemente do recurso voluntário” para, outra vez, o Poder Judiciário reexaminar os autos (EREsp n. 226.387/RS, Rel. Min. Garcia Vieira, Rel. p/ acórdão Min. Fontes de Alencar, DJ 24.6.2002; excerto do voto-vogal do Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira).

¹⁹ “O disposto no art. 475, II, do CPC [de 1973] expressamente preconiza[va] o cabimento de reexame necessário no caso de julgamento procedente de embargos à execução de dívida ativa da Fazenda Pública, hipótese diversa dos autos, que trata de execução de sentença contra a União. Conforme jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, a remessa necessária é imperativa na fase de conhecimento e incabível na fase de execução” (STJ, Segunda Turma, AgRg nos EDcl nos EDcl no REsp n. 1.338.659/PR, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 22.3.2016; excerto da ementa).

²⁰ “O inciso II [do art. 475 do CPC/1973] alude à sentença ‘que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução fiscal’. Como o dispositivo menciona embargos à execução fiscal, conclui-se que não estão sujeitas à remessa necessária as sentenças que julguem improcedentes embargos à execução propostos pela Fazenda Pública” (ARAÚJO FILHO et al., 2016, p. 744). Em sentido contrário: “esse não parece ser o melhor entendimento sobre o cabimento da remessa *ex officio* em sede de embargos à execução em face do Poder Público, pois o artigo 496, inciso I, do CPC de 2015 é expresso, prevendo, de forma genérica, o cabimento do duplo grau obrigatório de ju-

risdição das sentenças proferidas contrariamente à Fazenda Pública. Assim sendo, a sentença de improcedência dos embargos é contrária a esta última e deve ser objeto de reexame necessário” (RODRIGUES, 2016, p. 131).

REFERÊNCIAS

- ALESSI, Renato. *Principi di Diritto Amministrativo*. Milano: Giuffrè, 1966.
- AMARAL, Paulo Osternack. A remessa necessária no novo CPC. In: **Repercussões do Novo CPC**, v. 10. Coord. Eduardo Talamini. Coord. Geral Fredie Didier Jr., p. 227-8. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.
- ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva et al. **Comentários ao novo Código de Processo Civil**. 2. ed. Coords. Antonio do Passo Cabral e Ronaldo Cramer. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- BONATO, Giovanni. *Tutela anticipatoria di urgenza e sua stabilizzazione nel nuovo c.p.c brasiliano: comparazione con il sistema francese e con quello italiano*. In *Revista de Processo Comparado*, v. 4, p. 65-128. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2016.
- BONIZZI, Marcelo José Magalhães. A Fazenda Pública frente ao novo CPC: notas sobre a aplicação das novas regras aos processos em curso. In **Direito intertemporal**. Coleção Grandes Temas do Novo CPC, v. 7. Coords. Flávio Luiz Yarshell e Fabio Guidi Tabosa Pessoa. Coord. Geral Fredie Didier Jr., p. 377-86. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.
- CIANCI, Mirna. Ensaio sobre o duplo grau de jurisdição obrigatório. O necessário (e adequado) reexame. In **Revista de Informação Legislativa do Senado Federal**, ano 48, n. 190, abr./jun. 2011, p. 59-91. Brasília: Senado Federal, 2011.
- COLLUCCI, Ricardo. Primeiras impressões sobre o tratamento dado à “ação monitoria” no NCPC. In: **O novo Código de Processo Civil brasileiro – Estudos dirigidos: sistematização e procedimentos**. Coords. Thereza Alvim, Luiz Henrique Volpe Camargo, Leonard Ziesemer Schmitz e Nathália Gonçalves de Macedo Carvalho, p. 659-82. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- COSTA, Regina Helena. As prerrogativas e o interesse da Justiça. In: **Direito processual público: a Fazenda Pública em juízo**. Coords. Carlos Ari Sunfeld e Cassio Scarpinella Bueno, p. 79-88. São Paulo: Malheiros, 2000.
- DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Remessa necessária. In **Repercussões do Novo CPC**, v. 10. Coord. Eduardo Talamini. Coord. Geral Fredie Didier Jr., p. 169-91. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **Execução civil**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1998.
- FRANCO, Fernão Borba. **A Fazenda Pública e o novo CPC**. In *Direito intertemporal*. Coleção Grandes Temas do Novo CPC, v. 7. Coords. Flávio Luiz Yarshell e Fabio Guidi Tabosa Pessoa. Coord. Geral Fredie Didier Jr., p. 279-304. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença e outros escritos sobre a coisa julgada**. 3. ed. Trad. Alfredo Buzaid e Benvindo Aires. Tradução dos textos posteriores à edição de 1945 e notas relativas ao direito brasileiro vigente: Ada Pellegrini Grinover. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Eficácia das Decisões e Execução Provisória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- MARCATO, Antonio Carlos. **Ação monitoria: seu regime jurídico e a Fazenda Pública**. In **Direito processual público: a Fazenda Pública em juízo**. Coords. Carlos Ari Sunfeld e Cassio Scarpinella Bueno, p. 196-211. São Paulo: Malheiros, 2000.
- MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. t. IV. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.
- MOLLICA, Rogerio. A remessa necessária e o novo Código de Processo Civil. In **Novo CPC doutrina selecionada**, v. 6: Processo nos tribunais e meios de impugnação às decisões judiciais. 2. ed. Coord. Fredie Didier Jr. Orgs. Lucas Buriel de Macêdo, Ravi Peixoto e Alexandre Freire, p. 101-12. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Em defesa da revisão obrigatória das sentenças contrárias à Fazenda Pública. In **Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro**, v. 58, p. 116-24. Rio de Janeiro: Revista de Direito da PGE-RJ, 2004.
- RODRIGUES, Marco Antonio. **A Fazenda Pública no processo civil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016.
- SCALABRIN, Felipe; SANTANNA, Gustavo. Perfil da remessa necessária no novo Código de Processo Civil. In **Desvendando o novo CPC**. 2. ed. Orgs. Darci Guimarães Ribeiro e Marco Félix Jobim, p. 61-75. São Paulo: Livraria do Advogado, 2016.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Doze problemas e onze soluções quanto à chamada “estabilização da tutela antecipada”. In **Tutela provisória no novo CPC: Dos 20 anos de vigência do art. 273 do CPC/1973 ao CPC/2015**. Coords. Cassio Scarpinella Bueno, Elias Marques de Medeiros Neto, Olavo de Oliveira Neto, Patrícia Elias Cozzolino de Oliveira e Paulo Henrique dos Santos Lucon, p. 400-22. São Paulo: Saraiva, 2016.

VIANA, Juvêncio Vasconcelos. **Execução contra a Fazenda Pública**. São Paulo: Dialética, 1998.

WLADECK, Felipe Sripes. O novo CPC e a execução para pagamento de quantia certa contra a Fazenda Pública. In **Repercussões do Novo CPC**, v. 10. Coord. Eduardo Talamini. Coord. Geral Fredie Didier Jr., p. 111-27. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

ZENKNER, Marcelo. O (velho) reexame necessário no novo CPC. In **Fazenda Pública. Coleção Repercussões do Novo CPC**, v. 3. 2. ed. Coords. José Henrique Mouta Araújo, Leonardo Carneiro da Cunha e Marco Antonio Rodrigues. Coord. Geral Fredie Didier Jr., p. 441-54. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

João Pereira Monteiro Neto

Mestre em Direito Processual pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP).

Especialista em Direito Processual Civil pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP).

Professor do curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Civil e Processual Civil da Universidade Estácio.

Advogado.

joaomonteiro81@hotmail.com

UMA DÉCADA DO VIVÊNCIAS & CONVIVÊNCIAS: ACOMPANHAMENTO DE GRUPOS DE FAMÍLIAS ADOTANTES

Anna Cristina Pereira dos Santos

Carlos Henrique Bohm

Luiza Barros Santoucy

Niva Maria Vasques Campos

Patrícia Serejo de Jesus

A DECADE OF "VIVÊNCIAS & CONVIVÊNCIAS" ("LIVING AND COEXISTENCE"): FOLLOW-UP OF GROUPS OF ADOPTIVE FAMILIES

RESUMO

O Estatuto da Criança e do Adolescente prevê o acompanhamento das famílias adotantes no programa de estágio de convivência conduzido pelas equipes interprofissionais das varas de Infância e da Juventude (VIJs). O objetivo deste artigo é apresentar a evolução do programa de acompanhamento familiar em grupo coordenado pela equipe interprofissional da VIJ-DF, suas modalidades e os principais resultados em uma década de existência. Demonstra-se, ainda, o gradual aumento do número de requerentes acompanhados pelo programa. Conclui-se que os resultados estão de acordo com o previsto pela legislação, pois mostram que o programa constitui forma eficaz de acompanhar os estágios de convivência, a qual assegura a proteção integral de crianças e adolescentes e previne novas rupturas e desistências.

» **PALAVRAS-CHAVE:** ADOÇÃO. ESTÁGIO DE CONVIVÊNCIA. EQUIPE INTERPROFISSIONAL. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.

ABSTRACT

The Brazilian Children and Adolescents Code predict the accompaniment of the adoptive families in program of stage of coexistence conducted by the interprofessional teams of the Child and Youth Courts. The objective of this article was to present the evolution, the modalities and the main results of a decade of the family group accompaniment program, coordinated by the interprofessional team of the Distrito Federal's Child and Youth Court. The gradual increase of suitors accompanied by the program is demonstrated. The results are in according to the law, showing an effective shape to monitor the coexistence stages, ensuring the integral protection the children and adolescents and preventing new breaks and withdrawals.

» **KEYWORDS:** ADOPTION. STAGE OF COEXISTENCE. INTERPROFESSIONAL TEAM. BRAZILIAN CHILDREN AND ADOLESCENTS CODE.

INTRODUÇÃO

A equipe interprofissional da Vara da Infância e da Juventude do Distrito Federal (VIJ-DF) comemora, no ano de 2017, uma década de experiência acumulada no acompanhamento de grupo de famílias no estágio de convivência em processos de adoção de crianças e adolescentes, conforme disposto no Art. 46, § 4º, da Lei 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA) e na sua atual redação, após editada a Lei nº 12.010/2009:

Art. 46. A adoção será precedida de estágio de convivência com a criança ou adolescente, pelo prazo que a autoridade judiciária fixar, observadas as peculiaridades do caso.
[...]

§ 4º O estágio de convivência será acompanhado pela equipe interprofissional a serviço da Justiça da Infância e

da Juventude, preferencialmente com apoio dos técnicos responsáveis pela execução da política de garantia do direito à convivência familiar, que apresentarão relatório minucioso acerca da conveniência do deferimento da medida.

Do ponto de vista psicossocial, a colocação da criança ou do adolescente em uma família adotante precisa ser realizada de forma gradual, sobretudo na adoção tardia¹. Conforme ressaltado por Dolto (1998, p. 97-8):

a criança não deve se separar bruscamente das crianças que conheceu por ter sido adotada. Essa separação de seu meio, de seus amiguinhos, é uma violação, um rapto, uma violência abominável. Deve-se proceder introduzindo mediações e etapas.

A equipe interprofissional, nos casos de colocação de criança ou adolescente cadastrado para adoção, atua de modo a mediar, a orientar e a acompanhar as etapas de aproximação gradual e a inserção do adotando no lar adotante, respeitando a singularidade e o tempo para a construção dos vínculos dos envolvidos. A colocação da criança/adolescente na família adotante é dividida em duas etapas: (1) apresentação e pré-acolhimento familiar e (2) pós-acolhimento familiar, que costuma se estender pelo prazo do estágio de convivência fixado pelo magistrado nos autos de adoção.

Para cumprir os dispositivos legais de acompanhamento do estágio e oferecer ampla cobertura ao atendimento de diversas famílias simultaneamente, a equipe interprofissional da VIJ-DF utiliza como metodologia a abordagem em grupo. A seguir, serão discutidos alguns fundamentos teóricos que norteiam essa modalidade de acompanhamento familiar.

O atendimento das famílias em grupo propicia o aumento da eficiência do acompanhamento individual em decorrência dos benefícios inerentes à arena de grupo: o apoio, a instilação de esperança, a universalidade, o compartilhamento de informações, o comportamento imitativo, a coesão grupal e a não estigmatização, a aprendizagem interpessoal e o treinamento de habilidades sociais (Yalom, 2006).

Compreendendo-se a família como grupo psíquico, como conjunto de elementos ligados entre si por investimentos mútuos (KAËS, 1997), e os vínculos, como suporte de transmissão psíquica (BENGHOZI, 2011), pode-se afirmar que existe um contrato narcísico e um pacto denegativo (partes do eu são negadas) com o novo integrante da família (o filho, o adotando). O processo de afiliação requer investimento mútuo e transmissão de representações, afetos, pulsões e saberes entre os adotantes e adotandos. Há projeção e negação envolvidas, o desejo do adotante é projetado sobre o adotando, e uma parte de seu *eu* é negada nesse processo de pertencimento à família adotante ou adotiva. Esse processo é muito mais dramático na adoção tardia, pois, devido ao seu mais avançado estágio de desenvolvimento, o adotando já teve projetado sobre si outro pertencimento, acrescido das marcas do abandono e da privação. Sua tela pessoal já tem muito mais formas e cores pintadas, e estas podem ser rejeitadas pela nova família. A criança mais velha ou o adolescente possui mais autonomia, reivindica, reage, não é uma tela em branco, como o senso comum acredita ser o bebê.

Hamad (2010, p. 130) ressalta que:

a cria humana tem de lidar com os mandamentos que exigem dela se conformar, obedecer e pensar segundo o que se considera ser seu bem. Em resumo, tem de lidar com o narcisismo de seus pais, que raramente se deixa preencher pela criança da realidade.

Esse processo ocorre tanto na filiação biológica quanto na adotiva, pois essa idealização acontece desde antes do nascimento de um filho ou antes de sua adoção. Há o desejo, por vezes inconsciente, de que aquela criança se inscreva na linhagem ou na tradição familiar, que se pareça com o pai ou com a mãe, ou com ambos; que siga determinados estudos, ofício ou profissão, que realize aquilo que não foi possível nas gerações anteriores. Assim, conforme Hamad (2010, p. 130), existem “desacordos dilacerantes entre pais e filhos” e “é sempre uma história de narcisismo ferido, da promessa não sustentada e de filiação maldita ou megalomaniaca”. Assim, tanto na filiação biológica quanto na adotiva, há a necessidade da assunção do compromisso de criar e educar, e esses atos estarão sujeitos ao narcisismo dos pais. Em virtude da cultura de laços de sangue, parece haver uma obrigatoriedade no sentimento amoroso, que nada mais é do que a naturalização dos laços consanguíneos, como se estes trouxessem em si o afeto e o compromisso. Porém, na adoção, quando os problemas acontecem, muitos adotantes se esquivam do compromisso assumido com a criança em razão de o vínculo afetivo ainda ser incipiente e, por isso, sentem-se autorizados a abandoná-la, pois não foram eles que a trouxeram ao mundo.

Independentemente do tipo de filiação (biológica ou adotiva), “a aceitação da singularidade como característica indissociável do filho poupa os pais de, a cada passo do seu desenvolvimento, encontrarem-se com comportamentos surpreendentes e até decepcionantes” (SCHETTINI FILHO, 2009, p. 15-6). O mesmo autor aponta que:

os filhos nunca serão objeto de total satisfação dos pais. Aliás, eles não vieram com essa finalidade. Se entendermos a existência dos filhos como parte de um desejo e de uma consequência da biologia humana não os veremos como uma propriedade privada sobre a qual temos direitos pessoais. Não se tem direitos sobre pessoas; temos deveres, por estarmos em um estado de relação no qual uns dependem dos outros, conforme determinadas circunstâncias, no que diz respeito à idade ou a condições relativas a seu grau de autonomia. [...] O respeito a tudo o que é singular no outro é o começo da pluralidade da existência. Essa compreensão nos leva a uma atitude de humildade, que é o fundamento da aceitação do outro como a pessoa que é, sem que nos sintamos obrigados a gostar daquilo que contraria nossa consciência.

Olhar o filho com sua história de singularidades é dar começo a uma ação educativa humana e, conseqüentemente, amorosa. (p. 16-7.)

Alguns adotantes, na fase de acompanhamento do estágio de convivência, experimentam sentimentos ambivalentes de amor e de ódio pela criança. Percebem, nesse momento inicial de convívio e de vínculo incipiente e frágil, artificialidade na relação com a criança/adolescente, e muitos se sentem desiludidos e impotentes para transpor essa etapa rumo à consolidação e ao fortalecimento do vínculo parental-filial. A nova vinculação (adotantes-adotandos) afeta as vinculações preexistentes. O encontro com o novo leva à separação irremediável do que se era, do que se sabia, do que lhe haviam ensinado e do que, outrora, se encontrava consolidado (MEIRIEU, 2002).

Schettini Filho (2009, p. 59) afirma que a “transposição do vínculo afetivo é tarefa mais delicada do que se possa imaginar” e que o sentimento de ameaça contido na transposição afetiva se equipara ao momento entre o soltar-se do trapézio e o sentir-se seguro nas mãos do companheiro. Assim, para que o adotando possa assumir o arrojo do trapezista que se lança no espaço para se agarrar às mãos do parceiro, é preciso que tenha confiança no adotante que o acolherá. No caso do adotando, ainda, investir na família adotiva pode ser vivenciado como traição ao vínculo com a

família de origem. Para os adotantes, o investimento na nova filiação compete com a sobrecarga de conciliá-la com as demandas dos cônjuges, de outros filhos (caso os tenham) e da família.

Adultos imaturos não conseguem lidar bem com a apatia, a rejeição e com os ataques regressivos das crianças e dos adolescentes, perfeitamente plausíveis e mais intensos, sobretudo, na adoção tardia, pois a regressão tem o importante papel de refazer o caminho de nascer naquela família (adotiva). A rejeição da criança fere a imagem idealizada e o narcisismo dos adotantes ainda inseguros na assunção dos papéis parentais, mas chorar, querer colo, mamar, fazer birra, testar limites fazem parte do papel de filho, assim como conter, alimentar, cuidar, educar fazem parte do papel dos pais. Até fugir de casa pode ser visto como um momento revelador desse conflito vivido pelo adotando, de pertencimento à família de origem ou à família adotiva, o que equivale, às vezes, a uma testagem dos adotantes, ao jogo de “esconder-se para ser encontrado”, no qual “é uma alegria estar escondido, mas um desastre não ser encontrado” (MELLO, 2001, p. 166). Segundo Schettini Filho (2009, p. 67):

na filiação adotiva é a disposição de encontrar que, progressivamente, dará condições ao filho de sair de seu estado de encolhimento como uma defesa contra o medo da rejeição. O encontro pressupõe uma disposição de buscar o outro como se já o houvesse encontrado.

E é o adulto que deve ter o maior grau de autonomia e maturidade emocional, é dele a maior responsabilidade de assumir essa postura de disponibilidade afetiva para o encontro.

Se, nessa etapa do estágio de convivência, o amor não consegue conter o ódio, a relação deve ser desfeita pelo bem da criança ou do adolescente. Interrupções e desistências, nessa etapa, são dolorosas, mas, por vezes, necessárias, a fim de proteger o principal sujeito de direitos na adoção: a criança ou o adolescente. Permanecer em uma relação de desamor, humilhação e até de perversão não é saudável ao desenvolvimento humano.

Tendo em vista esses referenciais utilizados para compor o trabalho de acompanhamento das famílias no estágio de convivência, a seguir será descrita a metodologia construída ao longo de 10 anos para o Programa Vivências & Convivências.

1 METODOLOGIA

1.1 HISTÓRICO DO PROGRAMA VIVÊNCIAS & CONVIVÊNCIAS

O primeiro encontro do Programa Vivências & Convivências, ocorrido em 7/12/2007, foi conduzido pela Prof^a Dra. Maria Eveline Cascardo, da Universidade Católica de Brasília, e foi voltado exclusivamente para requerentes ao estágio de convivência para adoção tardia, com mediação da VIJ-DF². Resultante da parceria entre as instituições, a professora oferecia consultoria/supervisão técnica à então equipe interprofissional da Seção de Adoção da VIJ-DF, atualmente nomeada Seção de Colocação em Família Substituta (SEFAM). Nesse primeiro encontro do programa, as atividades propostas eram semidirigidas e buscavam a troca de experiências entre as famílias, o levantamento das respostas ou das soluções encontradas para lidar com as questões relativas à vida em família e

em sociedade (escola, instituição de acolhimento) bem como com as questões referentes à história de vida dos adotandos, e o psicodrama foi o método utilizado.

Nos anos de 2008 e 2009, foi realizado apenas um encontro anual, com metodologia e público semelhantes. Em 2010, juntaram-se esforços da equipe para transformar os encontros anuais em um programa de acompanhamento mensal das famílias adotantes, a fim de responder às novas demandas jurídicas implementadas pelas mudanças ocorridas no ECA. Dessa forma, em decorrência da regularidade, os encontros passaram a adquirir maior caráter terapêutico, embora o *setting* e o vínculo entre os participantes – famílias adotantes, os coordenadores, equipe interprofissional da VIJ – não fossem inteiramente favoráveis e/ou compatíveis com o trabalho clínico em virtude da obrigatoriedade e da instância judicial de controle.

A fim de abarcar por completo as determinações judiciais de acompanhamento do estágio de convivência, o Programa Vivências & Convivências foi ampliado para atender, também, em grupos distintos, famílias habilitadas para adoção pela VIJ-DF que acolheram bebês, com apresentação mediada pela mesma equipe e adoções fora do cadastro, previstas no art. 50, § 13, da Lei 12.010/09, nas suas diversas modalidades³.

Houve, ainda, mudança robusta na metodologia aplicada nos encontros. A equipe teve acesso a contribuições de outros saberes, tais como a psicanálise e o Grupo Balint (BRANDT, 2009), e constituiu determinada forma integrada de trabalhar com a especificidade de cada tipo de adoção, atendendo, assim, a demanda judicial (determinação de acompanhamento do estágio) e psicossocial (questões emocionais, afetivas, de manejo, entre outras). Também a instituição forneceu condições para que os encontros de grupo pudessem ser realizados fora do auditório, em uma sala com cadeiras soltas, que permitem a disposição circular dos participantes, propiciando o compartilhamento mais horizontal dos saberes dos sujeitos e favorecendo a exposição das vicissitudes do processo de afiliação (alegrias, ansiedades, desafios e dificuldades) e o diálogo. A atual equipe de acompanhamento de estágio e/ou coordenação do Programa Vivências & Convivências é composta de oito psicólogos, dois assistentes sociais e uma estagiária de Psicologia⁴.

1.2 OBJETIVOS DO PROGRAMA VIVÊNCIAS & CONVIVÊNCIAS

O objetivo principal do Programa é oferecer ao adotante um espaço de troca e diálogo em grupo, no qual possa expressar suas vitórias e fracassos diários no processo de estabelecimento do laço parental-filial e receber a confirmação, o apoio e a solidariedade dos demais adotantes, liberando-o da angústia e do desamparo que estejam limitando sua capacidade de resolver as situações e os problemas enfrentados. A equipe interprofissional intervém pontualmente, quando questões relevantes do saber técnico-científico precisam ser expostas para contribuir com o diálogo e a construção de soluções para as situações apresentadas, mas o objetivo final é de que os adotantes (pais) se tornem especialistas de seus próprios filhos. Seu conhecimento incompleto das crianças

que acolheram não pode servir de escusa para adiar a ação educativa. Assim, o estabelecimento da confiança em si mesmos como pais e a assunção do compromisso com o filho(a) são fundamentais para adquirirem a *expertise* em relação aos filhos e para o sucesso da adoção. Deslizes podem acontecer nesse processo, contudo, também é possível retomar o caminho e seguir em bases mais seguras, se houver por parte dos adotantes: flexibilidade, compromisso com a criança, disponibilidade de refletir, reconhecer e assumir suas falhas, e capacidade de reparação.

Os encontros do Programa Vivências & Convivências também permitem que se estabeleça uma rede de solidariedade e amizade entre as famílias, o que pode constituir fonte de suporte ao longo da vida.

1.3 AS MODALIDADES DO PROGRAMA VIVÊNCIAS & CONVIVÊNCIAS

Conforme já mencionado, atualmente, o Programa Vivências & Convivências da VIJ-DF dispõe de três modalidades distintas de acordo com a especificidade de cada tipo de adoção: Vivências Bebê, Vivências Tardia e Vivências Direta.

A regra geral é que as famílias adotantes sejam inseridas no programa a partir da determinação, proferida pelo juiz da Infância e da Juventude em autos de adoção ou carta precatória de adoção, de acompanhamento do estágio pela equipe interprofissional.

No caso de a adoção ser inteiramente mediada pela Justiça da Infância e da Juventude, ou seja, quando se tratar de criança/adolescente(s) cadastrado para adoção e inserido em família habilitada, os adotantes serão incluídos no Vivências Bebê ou no Vivências Tardia, dependendo da idade do adotando: se menor de 2 anos e meio (30 meses), a família será inserida no Vivências Bebê e, se maior do que essa idade, no Vivências Tardia, salvo exceções a critério da equipe técnica. No caso específico do Vivências Tardia, a família adotante também poderá ser encaminhada a esse grupo pela equipe interprofissional quando da etapa de apresentação e de acompanhamento do estágio de convivência pré-acolhimento familiar, ou seja, antes mesmo da autuação da adoção.

Se a adoção não se der via cadastro (adoções previstas pelo art. 50, § 13, Lei 8.069, de 13 de julho de 1990), e o juiz da Infância e da Juventude determinar o acompanhamento do estágio de convivência pela equipe interprofissional, os adotantes serão inseridos no Vivências Direta.

1.4 OS TEMAS PRINCIPAIS POR MODALIDADE

No Vivências Tardia, as famílias apresentam mais necessidade de expor as angústias e as dificuldades relacionadas à vinculação, à adaptação e ao relacionamento, e a identificação e o compartilhamento das histórias com os pares são bastante reconfortantes nesse momento inicial de inserção do filho(a) na família e de assunção dos novos papéis (de pai, mãe, filho, filha, irmão, irmã, neto). É também na adoção tardia que fica mais evidente o fenômeno regressivo, o qual varia tanto na forma de expressão como na intensidade. Conforme Vargas (1998, p. 36):

a criança adotada tardiamente vive um processo psíquico de regressão. Ela se reporta ao estado imaginário de recém-nascido e vive uma espécie de segundo nascimento, a partir do qual ela pode percorrer de novo seu desenvolvimento e até resolver melhor as fases da constituição de seu ego. É importante para a relação com os pais adotivos que estes possam ver, segundo Teffaine (1987), a criança desejando renascer deles.

No Vivências Bebê, pela tenra idade e incapacidade de a criança relatar o vivenciado, é trabalhada principalmente a angústia dos pais relacionada à revelação da origem da criança e da adoção, como e quando falar sobre adoção com o adotando e problemas na vinculação. Também podem ser abordados temas sobre o desenvolvimento infantil normativo e seu paralelo com o desenvolvimento de crianças que, no processo de adoção, tendam a apresentar algum atraso em virtude das privações sofridas durante a gestação ou nos primeiros meses ou anos de vida.

No Vivências Direta, o foco naturalmente deixa de ser as dificuldades de adaptação, posto que, para a maioria, a convivência entre adotantes-adotando(s) já existia há mais tempo, e essa fase já havia sido superada. Os temas trabalhados no grupo são direcionados à idade das crianças/adolescentes e às necessidades demonstradas. Em geral, também se abordam temas relacionados: à revelação da origem e à história da criança acolhida em adoção, como e quando falar sobre adoção com o adotando; problemas na vinculação e na adaptação porventura existentes e dificuldades no desenvolvimento da criança/adolescente, além dos aspectos legais da adoção. Como esses adotantes normalmente não participaram de nenhuma preparação prévia para a adoção, também apresentam muitas dúvidas acerca do processo legal e dos ritos processuais.

2 OS RESULTADOS E A DISCUSSÃO SOBRE O TEMA

Os depoimentos de pais e mães adotivos nos encontros de grupo contribuem muito com o saber da equipe técnica a respeito da adoção e da construção de vínculos. Parafraseando Schettini Filho (2009, p. 10), “sentimos falta de uma pedagogia da adoção”, de “formas pedagógicas apropriadas” para essas “ricas histórias de mudanças de trajetória e reconstrução de vínculos afetivos com a família substituta”, dessa relação educativa que ocorre por meio de interações entre as singularidades do adotando (a) e as do adulto que adota. Todas as histórias, as experiências e as demandas compartilhadas pelos adotantes nos grupos do Programa colaboram com a atualização e a capacitação da equipe interprofissional para lidar com as demandas e as dificuldades presentes no projeto de adoção, que sempre são singulares. O senso comum, ainda que mistificado e mistificador e capaz de legitimar prepotências, possui também dimensão libertadora que pode ser ampliada pelo diálogo com o conhecimento científico, como aponta Santos (1987). Ainda do ponto de vista judicial, os grupos auxiliam a equipe técnica (composta de assistentes sociais e psicólogos) no acompanhamento do estágio e no estudo psicossocial do processo de adoção.

Nesse acompanhamento de grupo, é possível identificar famílias que precisam de ações diferenciadas e mais personalizadas da equipe interprofissional. Assim, de modo preventivo, pode ser evitado o acirramento da crise normativa de inserção do novo membro na família, que possa re-

sultar em desistência do adotante e em novo abandono para o adotando. Desde que o(s) adotante(s) estejam dispostos a continuar investindo na constituição do vínculo de filiação com afeto, persistência e amorosidade, apoio especializado, muitas situações adversas podem ser superadas.

Apesar de todo o esforço da equipe interprofissional, esta não protagoniza a adoção, os protagonistas são os adotantes e os adotandos. E o adotante é o principal responsável pelo autocuidado, pelos cuidados destinados ao adotando e pelo compromisso na constituição do vínculo de filiação, uma vez que o adotando (criança ou adolescente) não tem o mesmo grau de autonomia e maturidade biopsicossocial do adulto. Assim, apesar do acompanhamento da equipe do Juízo, não há garantias de sucesso. É sempre recomendável também que o adotante recorra a outros recursos e acompanhamentos (psiquiátrico, psicológico, fonoaudiológico, psicopedagógico, neurológico, participação em Grupos de Apoio, entre outros). É necessário que o adotante despenda tempo e dinheiro para o atendimento dessas demandas, que são peculiares a cada criança ou adolescente e a cada família. O Estado não pode suprir tarefas inerentes ao indivíduo e à família.

Criado em 2007, o Programa Vivências & Convivências foi sendo implementado de modo mais regular e sistematizado a partir de 2011. Destinado inicialmente à adoção tardia, foi sendo expandido para outras modalidades de adoção. Em 2012, iniciou-se o Vivências Bebê e, em 2015, o Vivências Direta.

A Figura 1 apresenta o número médio de requerentes atendidos por encontro, nas três modalidades do programa, nos anos de 2007 a 2016. Observa-se, de maneira geral, que o atendimento nas três modalidades tem sido ampliado ao longo dos anos. Não foi possível obter os dados referentes ao ano de 2008 devido à falta de registros.

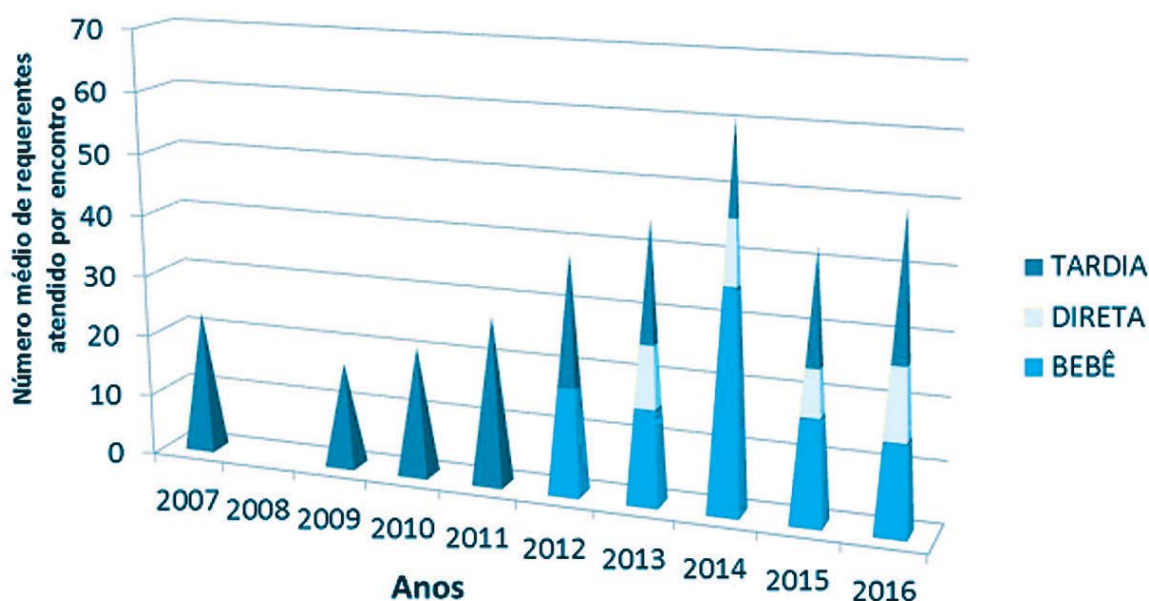


Figura 1. Número médio de requerentes atendidos por encontro, nas três modalidades do Programa Vivências & Convivências, nos anos de 2011 a 2016.

Em continuidade à proposta, em 2017, as três modalidades do Programa têm sido oferecidas com regularidade, a fim de abranger 100% dos processos encaminhados à equipe interprofissional para acompanhamento do estágio de convivência.

Observou-se que o acompanhamento em grupo das famílias adotantes tem oferecido suporte significativo aos adotantes no enfrentamento da crise de inserção de criança/adolescente(s) no lar substituto, prevenindo desistências e novas rupturas para a criança, mais capacitação para a equipe técnica e mais segurança para a emissão dos relatórios e pareceres psicossociais de adoção.

Conclui-se que os resultados obtidos ao longo dos 10 anos do Programa Vivências & Convivências estão de acordo com o previsto pela legislação e comprovam a eficácia do acompanhamento das famílias adotantes.

Aprovado em: 28/06/2017. Recebido em: 17/03/2017.

NOTAS

¹ Adoção tardia é o termo cunhado para as adoções de crianças maiores de 2 ou 3 anos de idade, a depender dos autores. A maioria dessas crianças foi afastada de sua família de origem por abandono, negligência ou violência e inserida no cadastro por decisão judicial.

² Participaram dessa primeira experiência, como cofacilitadoras do 1º encontro do Programa Vivências & Convivências, as servidoras: Ana Lúcia Menezes da Silva, Eliane Cristina Martins de Resende Andrade, Luciana Moreira Campos Pelegrinelli, Márcia Lima, Maria Alice, Niva Maria Vasques Campos, Valeska Marinho Corrêa e Viviane Faleiro Rosa; e a comissária de proteção, Heloíza Maria Pinto Ribeiro.

³ Unilateral ou como forma de extensão do poder familiar; intrafamiliar; ou oriunda de quem detém a tutela ou guarda do adotando maior de 3 anos ou adolescente, comprovada a fixação de laços de afetividade e afinidade, desde que não constatada a ocorrência de má-fé ou vício na origem: subtração de criança para colocação em família substituta ou paga efetiva, promessa de paga ou recompensa.

⁴ Alline Kallyne Alves Lima, Anna Cristina Pereira dos Santos, Cinara de Oliveira Evangelista, Cláudia Maria Gazola de Souza, Heloíza Maria Pinto Ribeiro, Isabela Lopes da Silva Velasco, Luiza Barros Santoucy, Niva Maria Vasques Campos, Patrícia Serejo de Jesus, Rosivony Rodrigues de Oliveira e Valeska Marinho Corrêa.

REFERÊNCIAS

BENGHOZI, P. **Malhagem, filiação e afiliação**. Psicanálise dos vínculos: casal, família, grupo, instituição e campo social. São Paulo: Ed. Vetor, 2010. BRANDT, J. A. Grupo Balint: aspectos que marcam a sua especificidade. Vínculo – Revista do NESME, Vol. 6, Núm.2, pp. 199–210. 2009.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. DOU Brasília, 13 de julho de 1990, ECA (Lei. Nº 8.069, de 13 de julho de 1990).

DOLTO, F. **Destinos de crianças: adoção, famílias de acolhimento, trabalho social**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

HAMAD, N. **Adoção e parentalidade: questões atuais**. Porto Alegre: CMC, 2010.

KAËS, R. **O grupo e o sujeito do grupo. Elementos para uma teoria psicanalítica do grupo**. São Paulo: Casa do Psicólogo, 1997.

MEIRIEU, P. **A pedagogia entre o dizer e o fazer: a coragem de começar**. Porto Alegre: Artmed, 2002.

MELLO, J. **O ser e o viver – uma visão da obra de Winnicott**. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2001, p. 166.

SANTOS, Boaventura de S. **Um discurso sobre as ciências**. Porto: Afrontamento, 1987.

SCHETTINI Filho, L. **Pedagogia da Adoção: criando e educando filhos adotivos**. Petrópolis: Editora Vozes, 2009.

VARGAS, M. **Adoção tardia: da família sonhada à família possível**. São Paulo: Casa do Psicólogo, 1998.

YALOM, I. **Psicoterapia de grupo: teoria e prática**. Porto Alegre: Artmed, 2006.

Anna Cristina Pereira dos Santos

*Psicóloga formada pela Universidade Católica de Brasília.
Especialização em Gestão de Pessoas pela FGV.
Analista Judiciário-Psicologia do TJDFT.*

anna.cristina@tjdft.jus.br

Carlos Henrique Bohm

*Doutor em Ciências do Comportamento (UnB).
Professor universitário.
Autor de livros e artigos.
Analista Judiciário do TJDFT.
Psicólogo.*

carlos.bohm@tjdft.jus.br

Luiza Barros Santoucy

*Mestre em Psicologia (UnB).
Analista Judiciário-Psicologia do TJDFT.
Psicóloga.*

luizapsi@gmail.com

Niva Maria Vasques Campos

*Mestre em Psicologia (UnB).
Graduação em Psicologia (UnB).
Analista Judiciário-Psicologia do TJDFT.
Psicóloga.*

niva.campos@tjdft.jus.br

Patrícia Serejo de Jesus

*Mestre em Psicologia pela Universidade de Brasília (UnB).
Graduação em Psicologia pela Universidade de Brasília (UnB).
Analista Judiciário-Psicologia do TJDFT.*

patricia.jesus@tjdft.jus.br

ANÁLISE JURÍDICA DO SANEAMENTO BÁSICO NO BRASIL

Alexandre Mota Brandão de Araújo

A JURIDICAL ANALYSIS OF BASIC SANITATION IN BRAZIL

RESUMO

Cuida-se de artigo cujo objetivo é o estudo analítico das principais regras que disciplinam o saneamento básico no Brasil. A análise é realizada por meio de abordagem constitucional, legal e infralegal. São tecidas considerações sobre o modo de melhor implementar essa política pública tão cara à sociedade. Destaca-se a necessidade de observância da Lei 11.445/2007 na elaboração dos contratos de concessão do serviço de saneamento básico, sobretudo com a inclusão, nas avenças, do Plano de Saneamento Básico e a comprovação da viabilidade técnica e econômico-financeira da prestação universal e integral dos serviços. Além disso, defende-se a transparência absoluta das informações relativas à prestação do serviço, a criação, em todos os casos, de um órgão regulador e a cobrança da tarifa apenas quando o serviço for integralmente prestado. A propósito, critica-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – STJ que autoriza a cobrança da tarifa, mesmo quando o serviço de tratamento dos resíduos não é realizado, apenas a coleta. Isso, porque tal orientação estimula a manutenção do *status quo*, em que não se verifica a existência de investimentos e de serviços adequados de tratamento dos resíduos, com inegáveis efeitos deletérios à saúde humana e ao meio ambiente.

» PALAVRAS-CHAVE: ANÁLISE JURÍDICA. SANEAMENTO BÁSICO. LEI 11.455/2007. REGULAÇÃO E CONTRATOS. POLÍTICA PÚBLICA.

ABSTRACT

Constitutional and Administrative Law – A juridical analysis of basic sanitation in Brazil – This article, whose purpose is to provide an analytical study of the main rules that govern basic sanitation in Brazil. In this regard, the article consists of a constitutional, legal and sublegal approach on the subject, including considerations on how to better implement this public policy that is so crucial to society. Moreover, the article stresses the need to comply with Act 11.445/2007 through the inclusion of the Basic Sanitation Plan in these contracts, and also by ensuring the technical, economic and financial viability of the universal and full execution of these services. Besides, it supports absolute transparency of the information regarding the execution of the services as well as the creation, in all cases, of a regulatory body, and the charge of payment only when the service is fully delivered. By the same token, it criticizes previous decisions of the Brazilian Superior Court of Justice authorizing the charge of the payment, even when the management of waste is not done, but only its collection. Such decisions reinforce the maintenance of the current status, in which there are no investments nor proper services of waste management, causing undeniable and long term damage to the human health and the environment.

» KEYWORDS: JURIDICAL ANALYSIS. BASIC SANITATION. ACT 11.445/2007. REGULATION AND CONTRACTS. POLICY.

INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, tem-se assistido ao clamor popular crescente em torno da prestação de serviços públicos de qualidade. Esse discurso encontra fundamento em uma realidade de grande desigualdade social e de médio desenvolvimento humano. O Brasil, não obstante figure entre as 10 (dez) maiores economias do mundo, ocupa apenas o 77º lugar no *ranking* do Índice de Desenvolvimento Humano – IDH, elaborado pela Organização das Nações Unidas – ONU.

No âmbito dessas reivindicações, o saneamento básico ocupa uma das posições centrais. Todavia, a sua implementação demanda a atuação de diversos órgãos dos Estados e de diferentes níveis da Federação. Trata-se, portanto, de serviço de grande complexidade, que requer grandes investimentos.

Não por acaso, discute-se muito, em outras searas, como na Administração e na Economia, o melhor modo de se prestar o serviço de saneamento básico, encontrando-se posições intermediárias e também extremadas, como as que defendem a prestação desse serviço exclusivamente pela administração direta, com a sua universalização; ou, então, a total privatização do serviço, tendo em conta a crise financeira por que passa o Estado de Bem-Estar Social.

Há, no Brasil, legislação sobre o tema, contudo, resente-se a seara jurídica de pouca produção doutrinária a respeito. Desse modo, faz-se imprescindível a análise jurídica do tema, a fim de se contribuir com o aprimoramento dessa política pública tão importante para o desenvolvimento social.

Antes, porém, de serem analisados especificamente os contornos legais do saneamento básico no Brasil, é mister apresentar a abordagem constitucional dos diferentes regimes jurídicos a que está sujeito o Estado.

Existem, portanto, quatro possibilidades de atuação do Estado: a) intervenção direta do Estado na economia, na qual este estará sujeito às normas de direito privado; b) atuação indireta do Estado na economia, por intermédio de pessoas jurídicas integrantes da administração indireta (art. 173, §1º e §2º, da CF), que estarão submetidas ao regime de direito privado (GRAU, 2012, p. 101); c) prestação direta de serviço público, em que o Estado estará submetido ao regime de direito público; d) prestação indireta de serviço por meio de delegatários integrantes, ou não, da administração indireta.

O elemento justificador dessas diferentes posições do Estado reside no grau de importância social da atividade, na possibilidade de melhor execução em regime de monopólio estatal ou em regime de concorrência privada bem como nos custos operacionais.

Nos termos do quadro normativo fixado pela Constituição Federal – CF (art. 170, *caput* e parágrafo único), competirá aos particulares o exercício, em geral, da atividade econômica, independentemente de autorização dos órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei. Aos particulares, no exercício dessa atividade, competirá o respeito aos princípios da ordem econômica, como a defesa do consumidor (art. 170, V) e a defesa do meio ambiente (art. 170, VI).

No entanto, em virtude de relevante interesse público, essa regra pode ser afastada no todo ou em parte. Nos termos do art. 173 da Constituição Federal – CF, o Estado somente explorará diretamente a atividade econômica em casos excepcionais, isto é, em virtude de imperativos da segurança nacional ou de relevante interesse coletivo (JUSTEN FILHO, 2016, p. 680). Com base em uma interpretação sistemática do art. 1º da Lei 7.170/83, pode-se concluir que o imperativo de segurança nacional apto a justificar a intervenção do Estado no domínio econômico diz respeito a questão re-

lativa à integridade territorial e à soberania nacional, como, por exemplo, a exploração de jazida de algum tipo de minério raro, imprescindível à indústria bélica.

Por outro lado, afigura-se, em geral, o interesse coletivo, quando os efeitos das relações jurídicas travadas entre o prestador do serviço público e o consumidor não se resumem apenas aos seus integrantes, atingindo também terceiros. Trata-se, em geral, de atividades que produzem muitas externalidades. A propósito, mister transcrever a lição de Salomão Filho:

O conceito de externalidade é bem conhecido. Há externalidade sempre que determinada relação jurídica produz efeitos geralmente não-mensuráveis a sujeitos que não participam daquela determinada relação jurídica. Exemplo típico é a poluição, externalidade (negativa) causada pela produção industrial, que não atinge os produtores ou os consumidores diretos do produto fabricado (partes na relação econômica), mas, sim, os moradores de áreas próximas à indústria (terceiros). Na área social externalidades são benefícios ou malefícios causados pela relação jurídica a grupos sociais menos favorecidos ou à organização da sociedade como um todo (SALOMÃO FILHO, 2008, p. 34.)

Quando o Estado não executar a atividade econômica por si, diretamente, naquelas hipóteses excepcionais, poderá exercê-la indiretamente, por intermédio de pessoas integrantes da administração indireta, como sociedades de economia mista e empresas públicas. Essas pessoas, no entanto, não gozarão de privilégios em relação aos concorrentes, por isso que “[...] não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado” (art. 173, §2º, da CF). Portanto, estarão submetidas – ao agir no mercado, em geral – às mesmas regras do setor privado. Diz-se em geral, porque haverá derrogações do regime de direito privado, em alguns casos, em relação às empresas públicas e às sociedades de economia, como a necessidade de recrutamento de seus empregados por concurso público, a necessidade de fundamentar as demissões bem assim certos regimes especiais de contratação e licitação (art. 173, §1º, III, da CF). É o que ocorre, por exemplo, em relação à PETROBRAS S.A., à Caixa Econômica Federal – CEF e ao Banco do Brasil S.A.

Contudo, quando o Estado for prestar algum tipo de serviço público à população, estará jungido ao princípio da legalidade bem como aos demais princípios expressos no art. 37, *caput*, da CF. Esses serviços gozam de tal relevância social, que o legislador constituinte optou por deixá-los no âmbito da competência estatal, a exemplo do que se verifica com a segurança pública.

Assim, quando as pessoas integrantes da administração indireta forem utilizadas para a prestação de serviços públicos, estarão igualmente submetidas a esse regime jurídico. Isso, porque, nessa hipótese, essas pessoas integrantes da administração indireta estarão agindo como *longa manus* do Estado. É o que se verifica na atuação de algumas autarquias federais, como o IBAMA, o IPHAN e o INSS.

É importante destacar, a propósito, que se transfere apenas a execução de um serviço público para pessoas integrantes da administração indireta, não a sua titularidade, pois foi a própria CF (arts. 21, 23 e 25), fruto da manifestação do Poder Constituinte originário, quem atribuiu a titularidade desses serviços aos entes políticos (União, Estados, DF e Municípios). A transferência da execução desses serviços dar-se-á sempre por lei em sentido formal.

Existe também a possibilidade de a execução de determinado serviço público ser feita por particulares – contudo, sob regime de direito público, nos termos da legislação (Lei 8.987/95) e dos contratos firmados – ou por pessoas integrantes da administração indireta. Essa transferência é realizada por meio de concessão ou de permissão pública, após a realização de procedimento licitatório (Lei 8.666/93).

Esse regramento, entretanto, não é absoluto, sendo certo que existe grande zona cinzenta que demandará acurada análise do jurista, porque, em certas hipóteses, há também a possibilidade de os particulares concorrerem com o Estado ou com alguma pessoa da administração indireta na prestação desses serviços, mas sob regimes jurídicos diversos. Haverá, portanto, em certos segmentos, um regime misto de regimes jurídicos. Assim é que, de um lado, haverá os particulares concorrendo entre si, em situação de isonomia, com o objetivo de lucro e sujeitos às regras do mercado e, de outro, o Estado ou pessoas integrantes da administração indireta, sujeitas a regras especiais, sem o objetivo de lucro. Esse fenômeno é uma decorrência de liberação de certos setores (KLEIN, 2014, p. 56).

É o que se verifica, por exemplo, no âmbito da saúde, visto que o art. 197 da CF dispõe que a saúde é dever do Estado, “[...] devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.”

Em virtude da crise fiscal que afeta o Estado de Bem-Estar Social, tem-se assistido ao paulatino afastamento estatal da execução direta dos serviços públicos. Proporcional e concomitante a esse movimento, assiste-se tanto à delegação da execução desses serviços, mediante concessão ou permissão, a particulares ou a entes integrantes da administração indireta quanto ao incremento do papel regulatório do Estado.

O Estado, ao deixar de realizar diretamente o serviço público, delegando a sua execução a particulares por meio de concessão ou de permissão, passa à função de regulador, estabelecendo as diretrizes e as regras de execução do serviço público em questão. A propósito, convém trazer à colação o escólio de Salomão Filho:

No campo econômico, a utilização do conceito de regulação é a correspondência necessária de dois fenômenos. Em primeiro lugar a redução da intervenção direta do Estado na economia, e em segundo o crescimento do movimento de concentração econômica (SALOMÃO FILHO, 2008, p. 21.)

No caso do saneamento básico, o Constituinte Originário e o legislador ordinário entenderam por bem reservar à União o estabelecimento das normas gerais e a fiscalização do sistema, sendo certo que a titularidade da execução desse serviço – por se tratar de assunto pertinente ao interesse local – compete ao Município (art. 30, V, da CF), que poderá exercer o serviço diretamente ou mediante delegação a terceiros integrantes, ou não, da administração indireta.

Esse desenho institucional se deve ao fato de que o saneamento básico está vinculado ao direito fundamental à vida digna (art. 1º, parágrafo único, III, da CF), direito inalienável e de magnitude ímpar.

Não obstante ser o Município o titular da prestação do serviço, a competência para estabelecer as normas gerais a respeito da matéria pertence à União em decorrência do disposto no art. 20, XX, C/C art. 22, incisos IV e XXVII, da CF. (CARVALHO, 2012, p. 127). Com base nisso, foi promulgada a Lei federal 11.445/2007, que estabelece “[...] as diretrizes nacionais para o saneamento básico e para a política federal de saneamento básico”.

Nos termos dessa norma, o titular do serviço público de saneamento básico poderá delegar a organização, a regulação, a fiscalização e a prestação desse serviço (art. 8º). Há, inclusive, a possibilidade de gestão associada ou a celebração de convênio entre entes federados para a consecução desse serviço público (art. 241 da CF). A propósito, confira-se o teor do art. 9º da Lei 11.455/2007:

Art. 9º - O titular dos serviços formulará a respectiva política pública de saneamento básico, devendo, para tanto:

I - elaborar os planos de saneamento básico, nos termos desta Lei;

II - prestar diretamente ou autorizar a delegação dos serviços e definir o ente responsável pela sua regulação e fiscalização, bem como os procedimentos de sua atuação.

Esse serviço público deverá ser prestado conforme uma série de princípios e determinações. Assim, a fim de tornar mais didática a análise do caso em apreço à luz da referida norma, proceder-se-á, doravante, a meticulosa fundamentação, dividida em tópicos, todos relativos ao quanto determinado pela norma.

1 DOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS

A Lei federal 11.445/2007 estabelece uma série de princípios que irão reger a prestação do serviço de saneamento básico. Cuida-se de valores e objetivos fundamentais do sistema, por isso devem ser criteriosamente observados pelo gestor sob pena de configurar-se omissão ilegal, passível de coerção jurídica.

Com efeito, muito embora para o direito os princípios sejam enunciados dotados de certa abstração, também possuem um núcleo determinado, dotado de coercibilidade. Por isso que, para Alexy, “[...] princípios são mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fáticas” (ALEXY, 2012, p. 117).

Assim, a observância desses princípios deve ser plena, isto é, não compete ao gestor aplicar apenas um ou alguns desses princípios. Isso, porque cada um dos princípios a seguir elencados diz respeito a determinada seara dessa importante política pública encampada pelo Estado brasileiro, senão vejamos:

Art. 2º Os serviços públicos de saneamento básico serão prestados com base nos seguintes princípios fundamentais:

I - universalização do acesso;

II - integralidade, compreendida como o conjunto de todas as atividades e componentes de cada um dos diversos serviços de saneamento básico, propiciando à população o acesso na conformidade de suas necessidades e maximizando a eficácia das ações e resultados;

III - abastecimento de água, esgotamento sanitário, limpeza urbana e manejo dos resíduos sólidos realizados de formas adequadas à saúde pública e à proteção do meio ambiente;

- IV - disponibilidade, em todas as áreas urbanas, de serviços de drenagem e de manejo das águas pluviais adequados à saúde pública e à segurança da vida e do patrimônio público e privado;
- V - adoção de métodos, técnicas e processos que considerem as peculiaridades locais e regionais; [...]

Como se verifica da transcrição acima, os princípios enunciam a preocupação do Poder Público com o atendimento universal da população; a disponibilização da integralidade do serviço de saneamento básico, o que significa abastecimento de água, esgotamento sanitário, limpeza urbana e manejo dos resíduos sólidos.

Tudo isso deve ser realizado de maneira adequada à saúde da coletividade e à proteção do meio ambiente, mediante a adoção de técnicas que levem em consideração as peculiaridades locais.

A aplicação desses princípios pode sofrer algum tipo de temperamento, sobretudo em relação à sua progressiva observância no tempo, até porque se trata de mandado de otimização. Isto é, dependendo da situação fática, especialmente de ordem orçamentária, é possível que se admita uma estruturação escalonada, porém contínua, do sistema de saneamento básico.

Contudo, o que jamais será reputado legal, sob a ótica desses princípios, é a completa paralisia ou a ineficiência desse serviço público tão caro à sociedade moderna.

2 DA ESTRUTURA DO SANEAMENTO BÁSICO

Visando dar concretude à aplicação dos princípios acima elencados, o art. 3º, I, da Lei 11.445/2007, a seguir descrito, esclarece em que consiste o sistema de saneamento básico:

Art. 3º Para os efeitos desta Lei, considera-se:

- I - saneamento básico: conjunto de serviços, infraestruturas e instalações operacionais de:
 - a) abastecimento de água potável: constituído pelas atividades, infraestruturas e instalações necessárias ao abastecimento público de água potável, desde a captação até as ligações prediais e respectivos instrumentos de medição;
 - b) esgotamento sanitário: constituído pelas atividades, infraestruturas e instalações operacionais de coleta, transporte, tratamento e disposição final adequados dos esgotos sanitários, desde as ligações prediais até o seu lançamento final no meio ambiente;
 - c) limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos: conjunto de atividades, infraestruturas e instalações operacionais de coleta, transporte, transbordo, tratamento e destino final do lixo doméstico e do lixo originário da varrição e limpeza de logradouros e vias públicas;
 - d) drenagem e manejo das águas pluviais urbanas: conjunto de atividades, infraestruturas e instalações operacionais de drenagem urbana de águas pluviais, de transporte, detenção ou retenção para o amortecimento de vazões de cheias, tratamento e disposição final das águas pluviais drenadas nas áreas urbanas; [...]

Como se verifica, o sistema de saneamento básico abrange diversos serviços, infraestruturas e instalações operacionais, motivo pelo qual, em razão dessa complexidade, os entes políticos, como Estados e Municípios, costumam eleger mais de um órgão da administração direta ou de um ente da administração indireta para executá-lo.

Não por acaso, esses serviços ensejam a cobrança até mesmo de três taxas, como a taxa de água e esgoto, a taxa de coleta de lixo e a taxa de manejo de águas pluviais urbanas. Trata-se, portanto, de um sistema de contraprestação em que, de um lado, existem serviços para serem prestados e, de outro, taxas cobradas dos usuários.

Contudo, para que possa cobrar dos usuários, o Poder Público, ou quem lhe faça as vezes, deve contar não só com as estruturas e os serviços descritos na referida Lei, mas também atender ao quanto disposto na Portaria 2.914/2011 do Ministério da Saúde, pois, não obstante a Lei federal 11.445/2007 veicule comandos e conceitos descritivos, ainda assim carece de regulamentação em muitos pontos.

Assim, para o completo entendimento da estrutura do serviço de saneamento básico, é mister a consulta das normas infralegais. Especificamente no que diz respeito à água potável, deve-se integrar a sua interpretação com o conteúdo da aludida Portaria, porque se trata de ato regulamentar editado por órgão do Poder Público federal (art. 84, IV, da CF), com competência específica para tanto. Norma, por conseguinte, cogente, cuja inobservância caracteriza afronta ao ordenamento jurídico.

O abastecimento de água potável, por exemplo, compreende as atividades, infraestruturas e instalações “[...] desde a captação até as ligações prediais e respectivos instrumentos de medição”, nos termos do art. 5º da Lei federal 11.445/2007. Desse comando legal infere-se, portanto, que a estrutura voltada a esse serviço deve contar, por exemplo, com Estações de Tratamento de Água – ETA’s, represas destinadas ao armazenamento de água das chuvas e hidrômetros em todas as unidades consumidoras.

A norma, porém, não é expressa em relação ao conceito de água potável, o qual, portanto, deverá ser extraído da aludida portaria: por água potável entende-se a “[...] água que atenda ao padrão de potabilidade estabelecido nesta Portaria e que não ofereça riscos à saúde” (art. 5º, II, da Portaria 2.914/11).

Por outro lado, o padrão de potabilidade consiste em:

[...] conjunto de valores permitidos como parâmetro de qualidade da água para consumo humano, conforme definido nesta Portaria”, que “[...] deve estar em conformidade com padrão microbiológico, conforme disposto no Anexo I e demais disposições desta Portaria (art. 5º, III, da Portaria nº 2.914, de 12 de dezembro de 2011.)

É importante consignar que, nos termos do art. 13, III, da Portaria 2.914/2011 do Ministério da Saúde, compete ao gestor do sistema de abastecimento a manutenção e o controle da água distribuída, nos termos da referida Portaria (art. 13, III). Além disso, compete-lhe encaminhar à autoridade de saúde pública relatórios das análises periódicas sobre o controle da qualidade da água (art. 13, V).

No que tange ao conceito de esgotamento sanitário, encontra-se descrito no art. 3º, I, b, da Lei federal 11.445/2007 e abrange infraestruturas, atividades e instalações operacionais “[...] de coleta, transporte, tratamento e disposição final adequados dos esgotos sanitários, desde as ligações prediais até o seu lançamento final no meio ambiente”. Porém, à semelhança do que ocorre em relação ao sistema de abastecimento público de água potável, o gestor público não deve se limitar à observância desse comando legal.

Assim é que, ao implementar esse sistema, deve atentar para as normas técnicas expedidas pelos órgãos técnicos competentes, como, por exemplo, a Fundação Nacional da Saúde – FUNASA,

que dispõe de manual a respeito, que contém todas as diretrizes e as minúcias do projeto de engenharia (www.funasa.gov.br/site).

Desse modo, o projeto de engenharia deve conter, além dos requisitos acima elencados, alguns outros elementos, conforme Manual expedido pela FUNASA, em atenção a algumas normas expedidas pela ABNT (NBR 9.648, NBR 9.649, NB 568, NB 569 e NB 570), para que a obra seja realizada com:

[...] segurança, funcionalidade, adequação, facilidade de construção, conservação e operação, durabilidade dos componentes e principalmente a possibilidade do emprego de mão de obra, matérias-primas e tecnologias existentes no local. (www.funasa.gov.br/site.)

O mesmo raciocínio aplicar-se-á à limpeza urbana e ao manejo de resíduos sólidos bem como à drenagem e ao manejo das águas pluviais urbanas (art. 3º, I, “c” e “d”).

3 DA POLÍTICA PÚBLICA

A Lei federal 11.445/2007 estabelece também uma série de comandos ao gestor e ao prestador do serviço de saneamento básico, para que possa haver o controle pelo Poder Público assim como o controle social.

Desse modo, a aludida norma é expressa, ao determinar ao gestor público que elabore o plano de saneamento básico de acordo com os seus termos e em observância ao seguinte:

Art. 9º O titular dos serviços formulará a respectiva política pública de saneamento básico, devendo, para tanto:

- I - elaborar os planos de saneamento básico, nos termos desta Lei;
- II - prestar diretamente ou autorizar a delegação dos serviços e definir o ente responsável pela sua regulação e fiscalização, bem como os procedimentos de sua atuação;
- III - adotar parâmetros para a garantia do atendimento essencial à saúde pública, inclusive quanto ao volume mínimo *per capita* de água para abastecimento público, observadas as normas nacionais relativas à potabilidade da água;
- IV - fixar os direitos e os deveres dos usuários;
- V - estabelecer mecanismos de controle social, nos termos do inciso IV do *caput* do art. 3º desta Lei;
- VI - estabelecer sistema de informações sobre os serviços, articulado com o Sistema Nacional de Informações em Saneamento;
- VII - intervir e retomar a operação dos serviços delegados, por indicação da entidade reguladora, nos casos e condições previstos em lei e nos documentos contratuais.

Um dos comandos que avulta desse elenco é a ordem de que o gestor público adote parâmetros para a garantia do atendimento essencial à saúde pública, inclusive quanto ao volume mínimo *per capita* de água para abastecimento, devendo-se observar, ainda, a propósito, os padrões relativos à potabilidade da água. É que a cobrança de tarifa pressupõe a contraprestação de serviço em padrões minimamente aceitáveis. Do contrário, haverá enriquecimento indevido de uma das partes com grave prejuízo social.

Outra importante obrigação do gestor público é o estabelecimento e a divulgação dos deveres e dos direitos dos usuários – franqueado o amplo acesso às informações sobre os serviços prestados, especialmente no ambiente virtual (internet) – assim como a criação de mecanismos de controle social.

É que esse tipo de contrato, como se verá mais à frente, é sinalagmático, com forte conteúdo de normas cogentes. Por isso, deve haver ampla divulgação do conteúdo de suas normas para o seu

fiel cumprimento por ambas as partes, não só em relação às obrigações principais, mas também no que diz respeito aos deveres anexos, como a proteção, o esclarecimento e a lealdade, derivados da boa-fé objetiva (art. 422 do Código Civil).

Como se trata de serviço que afeta os interesses da coletividade, andou bem a lei, ao estabelecer a obrigação de se criarem mecanismos de controle social. Em nossa ótica, trata-se de comando para que seja criado comitê interinstitucional, que deverá abrigar todos os segmentos de usuários do sistema de saneamento básico. Assim, esse comitê deverá ser composto não só por pessoas físicas, como representantes de bairros, mas também por prepostos de pessoas jurídicas, como representantes de associações comerciais e do Poder Público.

Ademais, na linha do que dispõe o art. 3º, IV, da Lei 11.445/2007, esse comitê terá o poder de obter informações sobre o sistema de saneamento básico, e os seus representantes terão assento nas reuniões destinadas à formulação de políticas, ao planejamento e à avaliação desse sistema.

Compete também ao Poder Público ou a quem estiver operando o sistema implantar banco de dados sobre os serviços, o qual deverá ser articulado com o Sistema Nacional de Informações em Saneamento, órgão vinculado ao Ministério das Cidades (<http://www.snis.gov.br/>). Isso, porque compete a esse órgão a compilação e a avaliação dos dados encaminhados por todos os Municípios brasileiros, a fim de estabelecer as diretrizes e as metas relativas ao saneamento básico. Especialmente, porque o Brasil comprometeu-se a implantar um sistema de saneamento básico de qualidade em favor de toda a população, não só internamente, por meio da CF e da legislação infraconstitucional, como também internacionalmente, ao cancelar as Metas do Milênio da Organização das Nações Unidas – ONU (<http://www.pnud.org.br/odm.aspx>).

Assim, compete ao Município, por ser o gestor do sistema, informar a esse órgão federal, por exemplo, o índice de perda da água na distribuição, o número total de usuários, o número de hidrômetros instalados nas unidades consumidoras, as localidades urbanas e rurais que estão sendo atendidas por água potável e por esgotamento sanitário assim como o volume de água submetida a tratamento nas Estações de Tratamento de Água – ETA's.

Outro importante aspecto dessa política pública reside na possibilidade de o Poder Público intervir para retomar os serviços delegados por indicação da entidade reguladora em casos de má prestação de serviços à população ou de falta grave, nos termos de legislação local e também do contrato de concessão ou de permissão.

Logo a seguir, em tópico específico, analisar-se-á a estrutura, os poderes e a função da entidade reguladora, cuja existência é obrigatória em casos de delegação do serviço de saneamento básico. Por ora, apenas se registre que se trata de autarquia sob regime especial: poder normativo técnico, autonomia decisória, independência administrativa e autonomia econômico-financeira.

4 DA REGULAÇÃO

A Lei federal 11.455/2007 estabeleceu novo sistema de saneamento básico, criando não só novos direitos, metas, princípios e deveres ao prestador do serviço como também nova instância técnica e decisória com competência para a fixação de normas infralegais relativas a esse sistema e, ainda, o valor da tarifa (arts. 22 e 23).

Trata-se de entidade reguladora, que consistirá em autarquia pública sob regime especial. Ela gozará de independência decisória bem como de autonomia administrativa, financeira e orçamentária (art. 21). Seus servidores, por outro lado, serão recrutados por concurso público (art. 37 da CF), respeitando-se o critério meritório na contratação.

Competirá a essa autarquia editar as normas pertinentes “[...] às dimensões técnica, econômica e social de prestação de serviços [...]”, com a fixação de padrões e indicadores de qualidade dos serviços, as metas progressivas de expansão do sistema, os requisitos operacionais, a avaliação da eficiência e eficácia dos serviços prestados, dentre outros fatores. Também lhe compete a fixação de critérios para a fiel execução dos contratos (art. 25, §2º).

Devem existir, ao tempo da celebração do contrato de prestação de serviço de saneamento básico, “normas de regulação que prevejam os meios para o cumprimento das diretrizes desta Lei, incluindo a designação da entidade de regulação e de fiscalização” (art. 11, III). É pré-requisito, portanto, da delegação a existência de entidade reguladora e de normas expedidas por essa autarquia, relativas ao modo de execução do sistema de saneamento básico.

Cite-se, a título de exemplo de entidade reguladora municipal, a Agência Reguladora Intermunicipal de Santa Catarina – ARIS (<http://www.aris.sc.gov.br/>), que exerce, há alguns anos, as competências acima elencadas. Ao que parece, essa entidade tem contribuído sobremaneira para o desenvolvimento do sistema de saneamento básico no Estado de Santa Catarina, porque essa unidade federativa figura entre aquelas com melhor nível de implementação desse sistema.

Depois de criada a entidade reguladora, o Município ou a concessionária deverá fornecer àquela autarquia todas as informações que produzir, cujo acesso também deve ser franqueado ao público e, especialmente, ao comitê interinstitucional, a fim de se garantir ampla fiscalização externa.

5 DOS CONTRATOS

A multicitada lei também estabelece importantes normas relativas aos contratos que tenham por objeto a prestação de serviços públicos de saneamento básico. Tais normas dizem respeito às condições de validade desses contratos, logo, a sua inobservância implica a nulidade dos mesmos a teor do que dispõe o art. 166, inciso VII, do CC.

Cuida-se de normas especiais em relação aos requisitos gerais de todo contrato (art. 104 do CC). Assim, no âmbito do saneamento básico, além daqueles requisitos de validade inerentes a to-

dos os contratos: (a) agente; b) a vontade; c) a causa; d) o ato ou o negócio em si mesmo), devem se fazer presentes elementos essenciais ao funcionamento do serviço e ao processo de contratação da pessoa jurídica responsável (RIZZARDO, 2008, p. 39). São as normas cogentes, cujo conteúdo não se insere no espaço negocial das partes.

Com efeito, para que o contrato da concessionária com o Poder Público seja válido, é mister a existência de Plano de Saneamento Básico (art. 11, I, da Lei federal 11.455/2007). Trata-se de plano abrangente, elaborado conforme as diretrizes fixadas pela Fundação Nacional de Saúde – FUNASA, que deverá versar sobre aspectos socioeconômicos, culturais, infraestrutura de abastecimento de água, infraestrutura de esgotamento sanitário, de manejo de águas pluviais e de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos.

A propósito, convém trazer a lume o disposto no art. 19 da referida Lei:

Art. 19. A prestação de serviços públicos de saneamento básico observará plano, que poderá ser específico para cada serviço, o qual abrangerá, no mínimo:

I – diagnóstico da situação e de seus impactos nas condições de vida, utilizando sistema de indicadores sanitários, epidemiológicos, ambientais e socioeconômicos e apontando as causas das deficiências detectadas;

II – objetivos e metas de curto, médio e longo prazos para a universalização, admitidas soluções graduais e progressivas, observando a compatibilidade com os demais planos setoriais;

III – programas, projetos e ações necessárias para atingir os objetivos e as metas, de modo compatível com os respectivos planos plurianuais e com outros planos governamentais correlatos, identificando possíveis fontes de financiamento;

IV – ações para emergências e contingências;

V – mecanismos e procedimentos para a avaliação sistemática da eficiência e eficácia das ações programadas.

§1º Os planos de saneamento básico serão editados pelos titulares, podendo ser elaborados com base em estudos fornecidos pelos prestadores de cada serviço.

§2º A consolidação e compatibilização dos planos específicos de cada serviço serão efetuadas pelos respectivos titulares.

§3º Os planos de saneamento básico deverão ser compatíveis com os planos das bacias hidrográficas em que estiverem inseridos.

§4º Os planos de saneamento básico serão revistos periodicamente, em prazo não superior a 4 (quatro) anos, anteriormente à elaboração do Plano Plurianual.

§5º Será assegurada ampla divulgação das propostas dos planos de saneamento básico e dos estudos que as fundamentem, inclusive com a realização de audiências ou consultas públicas.

§6º A delegação de serviço de saneamento básico não dispensa o cumprimento pelo prestador do respectivo plano de saneamento básico em vigor à época da delegação.

§7º Quando envolverem serviços regionalizados, os planos de saneamento básico devem ser editados em conformidade com o estabelecido no art. 14 desta Lei.

§8º Exceto quando regional, o plano de saneamento básico deverá englobar integralmente o território do ente da Federação que o elaborou.

Faz-se necessária, ainda, a existência de estudo, “comprovando a viabilidade técnica e econômico-financeira da prestação universal e integral dos serviços, nos termos do respectivo plano de saneamento básico” (art. 11, inciso II).

Não se cuida, como se percebe, de simples proposta de contrato. A concessionária deve demonstrar, ao contratar com o Poder Público, que detém condições técnicas e econômicas de realizar os vultosos investimentos necessários à implementação do sistema de saneamento básico. Para isso, precisa contar com corpo técnico profissional e capital social condizente com a envergadura do empreendimento.

Tendo em vista esses parâmetros legais, afigura-se inadmissível a nomeação de quadros para a direção de concessionária de sistema de saneamento básico com base em critérios políticos.

Para tais cargos, em virtude da complexidade da missão e da responsabilidade do encargo, é imprescindível a contratação de técnicos com larga experiência no trato da matéria.

Isso, porque o serviço que será prestado, especialmente no que diz respeito ao fornecimento de água potável, afetará a saúde de milhares e, a depender do Município, milhões de pessoas. Assim, a concessionária deve ser capaz de fornecer a água com padrões mínimos de potabilidade, de acordo com o que for fixado pela União por intermédio do Ministério da Saúde.

Como se trata de serviço essencial, esse estudo deve abranger estrutura tal que não permita a interrupção do funcionamento do serviço (art. 43). Com efeito, trata-se de serviço essencial que, em hipótese alguma, pode sofrer interrupção. Assim, a concessionária deve apresentar um plano que contemple, inclusive, as contingências, como, por exemplo, as ações para enfrentar eventual crise hídrica derivada de longa estiagem.

Esse serviço, como determina a lei, deve ser regular e contínuo, sendo certo que o gestor público ou a concessionária deve velar pelas condições operacionais e de manutenção do sistema (art. 43).

Por consequência, o gestor, ao apresentar o plano, deve ter em vista investimentos de longo prazo, levando em consideração, inclusive, o crescimento populacional do Município. Portanto, o plano deve contemplar a construção de represas, de estações elevatórias adequadas, em número e potência, à demanda do serviço, de Estações de Tratamento de Águas – ETA'S assim como a instalação de hidrômetros em todas as unidades de usuários.

Deve, ainda, levar em consideração o seguinte:

As atividades, infraestruturas e instalações operacionais de coleta, transporte, tratamento e disposição final adequados dos esgotos sanitários, desde as ligações prediais até o seu lançamento final no meio ambiente” (art. 3º, I, “b”), bem assim o quanto disposto em relação à limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos e drenagem e manejo das águas pluviais urbanas (art. 3º, I, “c” e “d”).

Por outro lado, no que diz respeito aos aspectos econômicos do contrato, é interessante notar que a lei estabelece três formas de remuneração de acordo com o tipo de serviço prestado, a fim de que o Município possa, no caso de execução direta, ou a concessionária, em caso de delegação, ressarcir-se dos investimentos necessários. Por oportuno, convém trazer à colação o disposto no art. 29 da Lei 11.455/2007:

Art. 29. Os serviços públicos de saneamento básico terão a sustentabilidade econômico-financeira assegurada, sempre que possível, mediante remuneração pela cobrança dos serviços: I - de abastecimento de água e esgotamento sanitário: preferencialmente na forma de tarifas e outros preços públicos, que poderão ser estabelecidos para cada um dos serviços ou para ambos conjuntamente;

II - de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos urbanos: taxas ou tarifas e outros preços públicos, em conformidade com o regime de prestação do serviço ou de suas atividades; III - de manejo de águas pluviais urbanas: na forma de tributos, inclusive taxas, em conformidade com o regime de prestação do serviço ou de suas atividades.

§1º Observado o disposto nos incisos I a III do *caput* deste artigo, a instituição das tarifas, preços públicos e taxas para os serviços de saneamento básico observará as seguintes diretrizes:

I - prioridade para atendimento das funções essenciais relacionadas à saúde pública;

II - ampliação do acesso dos cidadãos e localidades de baixa renda aos serviços;

III - geração dos recursos necessários para realização dos investimentos, objetivando o cumprimento das metas e objetivos do serviço;

- IV - inibição do consumo supérfluo e do desperdício de recursos;
 - V - recuperação dos custos incorridos na prestação do serviço, em regime de eficiência;
 - VI - remuneração adequada do capital investido pelos prestadores dos serviços;
 - VII - estímulo ao uso de tecnologias modernas e eficientes, compatíveis com os níveis exigidos de qualidade, continuidade e segurança na prestação dos serviços;
 - VIII - incentivo à eficiência dos prestadores dos serviços.
- §2º Poderão ser adotados subsídios tarifários e não tarifários para os usuários e localidades que não tenham capacidade de pagamento ou escala econômica suficiente para cobrir o custo integral dos serviços.

No caso específico do abastecimento de água potável e esgotamento sanitário, a cobrança será realizada, “preferencialmente”, por tarifa ou outros preços públicos. Quer isto dizer que outra espécie de cobrança pode ser feita, mas a lei estabelece como preferencial a cobrança por tarifa ou preço público.

A tarifa ou o preço público consiste em contraprestação pelo efetivo serviço prestado pela concessionária de serviço público após a celebração de contrato entre as partes. Esse caráter da tarifa realça o caráter sinalagmático do contrato.

Também é valioso destacar que, em virtude da voluntariedade da contratação, a tarifa difere da taxa. A taxa é espécie de tributo (art. 5º do Código Tributário Nacional – CTN), logo, “[...] prestação pecuniária compulsória [...]”, “[...] instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada” (art. 3º do CTN).

O STJ, recentemente, consolidou o entendimento a respeito da natureza jurídica não tributária da tarifa cobrada em razão do serviço de abastecimento de água:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE ÁGUA E ESGOTO. OFENSA AO PRINCÍPIO DA RESERVA DE PLENÁRIO. NÃO OCORRÊNCIA. NATUREZA JURÍDICA DE TARIFA. MATÉRIA JULGADA SOB O RITO DO ART. 543-C DO CPC. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

1. Solucionada a controvérsia à luz exclusiva da interpretação de normas infraconstitucionais, sem o exame de matéria constitucional, não há falar em violação à cláusula de reserva de plenário.
2. A Primeira Seção desta Corte, utilizando-se da sistemática prevista no art. 543-C do CPC (recursos repetitivos), por ocasião do julgamento do REsp nº 1.117.903/RS (DJe de 1º/2/2010), consolidou entendimento no sentido de que “a natureza jurídica da remuneração dos serviços de água e esgoto, prestados por concessionária de serviço público, é de tarifa ou preço público, consubstanciando, assim, contraprestação de caráter não-tributário, razão pela qual não se subsume ao regime jurídico tributário estabelecido para as taxas”.
3. A mera alegação de que os honorários advocatícios são excessivos, sem a existência de elementos que permitam apurar a desproporção narrada, não configura a excepcionalidade exigida pela jurisprudência desta Corte para a revisão desses valores, de forma que a pretensão recursal esbarra no óbice contido na Súmula 7/STJ.
4. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ, Primeira Turma, AGRG NO ARESPP 569.655/SP, Relator Ministro SÉRGIO KUKINA, Primeira Turma, DJe de 25/05/2016.)

Com efeito, os cidadãos não são obrigados a contratar com o Município ou com a concessionária. Podem obter água de outras fontes para consumo humano, como, por exemplo, a água oriunda de lençol freático, desde que devidamente autorizado pelo Poder Público.

A fixação do preço da tarifa, porém, não deverá ser feita de forma aleatória, pois deve obedecer aos parâmetros legais, a fim de se garantir a equidade. Desse modo, a fixação das tarifas relativas aos serviços de saneamento básico deve contemplar diversas faixas de acordo com o tipo de segmento do usuário, o padrão mínimo de consumo, dentre outros fatores, conforme elencados no art. 30 da citada lei, senão vejamos:

Art. 30. Observado o disposto no art. 29 desta Lei, a estrutura de remuneração e cobrança dos serviços públicos de saneamento básico poderá levar em consideração os seguintes fatores:

I - categorias de usuários, distribuídas por faixas ou quantidades crescentes de utilização ou de consumo;

II - padrões de uso ou de qualidade requeridos;

III - quantidade mínima de consumo ou de utilização do serviço, visando à garantia de objetivos sociais, como a preservação da saúde pública, o adequado atendimento dos usuários de menor renda e a proteção do meio ambiente;

IV - custo mínimo necessário para disponibilidade do serviço em quantidade e qualidade adequadas;

V - ciclos significativos de aumento da demanda dos serviços, em períodos distintos; e

VI - capacidade de pagamento dos consumidores.

Art. 35. As taxas ou tarifas decorrentes da prestação de serviço público de limpeza urbana e de manejo de resíduos sólidos urbanos devem levar em conta a adequada destinação dos resíduos coletados e poderão considerar:

I - o nível de renda da população da área atendida;

II - as características dos lotes urbanos e as áreas que podem ser neles edificadas;

III - o peso ou o volume médio coletado por habitante ou por domicílio.

Art. 36. A cobrança pela prestação do serviço público de drenagem e manejo de águas pluviais urbanas deve levar em conta, em cada lote urbano, os percentuais de impermeabilização e a existência de dispositivos de amortecimento ou de retenção de água de chuva, bem como poderá considerar:

I - o nível de renda da população da área atendida;

II - as características dos lotes urbanos e as áreas que podem ser neles edificadas.

Como se percebe, o art. 30 e os artigos 35 e 36 permitem a fixação de tarifa por sistema progressivo, o que atende ao princípio da justiça material (art. 5º, LIV, da CF), isto é, a cobrança de diferentes tarifas em razão da particularidade de determinados segmentos de usuários. Os tribunais pátrios, inclusive, chamados a se manifestarem sobre o tema, concluíram pela constitucionalidade desse sistema. A título de reforço desses argumentos, trago à colação a seguinte ementa de acórdão proferido pelo colendo Superior Tribunal de Justiça – STJ:

ADMINISTRATIVO. SERVIÇOS DE FORNECIMENTO DE ÁGUA. COBRANÇA DE TARIFA PROGRESSIVA. LEGITIMIDADE. REPETIÇÃO DE INDÉBITO DE TARIFAS. APLICAÇÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL DO CÓDIGO CIVIL. PRECEDENTES.

1. É legítima a cobrança de tarifa de água fixada por sistema progressivo.

2. A ação de repetição de indébito de tarifas de água e esgoto sujeita-se ao prazo prescricional estabelecido no Código Civil.

3. Recurso especial da concessionária parcialmente conhecido e, nessa parte, provido. Recurso especial da autora provido. Recursos sujeitos ao regime do art. 543-C do CPC. (STJ, Primeira Seção, RESP 1113403/RJ, Relator Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJe de 15/09/2009.)

Por fim, para que o aludido contrato possa ser reputado válido, é imprescindível a “[...] realização prévia de audiência e de consulta públicas sobre o edital de licitação, no caso de concessão, e sobre a minuta do contrato” (art. 11, IV, da Lei 11.455/2007). Essa audiência, para ser reputada pública e ter o alcance desejado pela Lei, deve ser precedida de ampla divulgação em todos os meios de comunicação e ser realizada em local e em horário em que o maior número de pessoas, de todos os extratos sociais, possa se fazer presente. É mister, sobretudo, que, naquela ocasião, seja dada a oportunidade de manifestação aos presentes, registrando-se tudo em ata.

6 DAS CRÍTICAS À JURISPRUDÊNCIA DO STJ

Questão interessante se coloca relativamente ao valor da tarifa que será cobrada do consumidor, quando algum ou alguns dos serviços de saneamento básico não forem prestados.

Isso, porque, tendo em conta o caráter sinalagmático e comutativo desses contratos (artigos 247 e 441 do Código Civil) bem como a natureza cogente das normas insertas na Lei federal 11.455/2007, é lícito indagar as consequências jurídicas em relação aos prestadores do serviço quando da ocorrência de duas situações: 1) alguns dos serviços de saneamento básico não são prestados; 2) algum ou alguns dos serviços são prestados de maneira incompleta.

No que se refere à primeira hipótese, isto é, quando o serviço não é prestado, o STJ entende ser possível a cobrança da respectiva tarifa. Eis o precedente do colendo STJ a respeito:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. REPETIÇÃO DO INDÉBITO EM DOBRO. SERVIÇOS DE TRATAMENTO DE ESGOTO. ART. 42 DO CDC. EXISTÊNCIA DE MÁ-FÉ RECONHECIDA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. PRECEDENTES DO STJ. PRESCRIÇÃO TRIENAL. INAPLICABILIDADE. RESP 1.117.903/RS JULGADO PELO REGIME DO ART. 543-C DO CPC.

1. A Primeira Seção desta Corte, no julgamento do REsp 1.117.903/RS, processado nos termos do art. 543-C do CPC, consolidou o entendimento de que a contraprestação cobrada por concessionária de serviço público a título de fornecimento de água potável encanada ostenta natureza jurídica de tarifa ou preço público, submetendo-se à prescrição decenal (art. 205 do CC de 2002) ou vintenária (art. 177 do CC de 1916) quando for aplicável a regra de transição prevista no art. 2.028 do novo diploma.

2. Quanto à aplicação do REsp 1.339.313/RJ, julgado sob o rito dos processos repetitivos, art. 543-C do CPC, no presente caso não é possível, uma vez que o Tribunal de origem afirma que não houve prestação do esgotamento sanitário.

3. O Tribunal *a quo* assentou, com base no conjunto probatório dos autos, que não há prestação do serviço de esgoto sanitário no imóvel dos agravados. Entendimento insusceptível de revisão, nesta via recursal, por demandar reapreciação de provas. Aplicação da Súmula 7/STJ.

4. O Tribunal de origem decidiu de acordo com jurisprudência desta Corte, no sentido da obrigatoriedade de restituição em dobro o valor indevidamente cobrado, uma vez que não configura engano justificável a cobrança de taxa de esgoto em local onde o serviço não é prestado.

Agravo regimental improvido. (STJ, Segunda Turma, AGRG NO ARES 359.337/RJ, Relator Ministro HUMBERTO MARTINS, DJe de 27/11/2013.)

Essa orientação jurisprudencial está correta, sobretudo porque, se permitida uma situação dessas, haveria enriquecimento sem causa por parte do prestador de serviço (art. 884 do CC).

Além disso, é importante destacar, em sede de contratos bilaterais, que o contratante inadimplente não pode exigir a prestação da contraparte. Cuida-se da conhecida exceção do contrato não cumprido (art. 476 do CC). Desse modo, se o prestador não oferece algum dos serviços de saneamento básico, como por exemplo, o serviço de fornecimento e tratamento de água, não pode cobrar a respectiva tarifa.

No entanto, no que diz respeito à segunda hipótese alhures destacada, qual seja, quando alguma das espécies do serviço de saneamento básico é parcialmente cumprida, o STJ entende ser possível a cobrança integral da tarifa nesses casos. Assim é que se entende como legal a cobrança da tarifa, mesmo quando, por exemplo, o serviço de tratamento dos resíduos não for realizado, apenas a coleta do esgoto. A propósito, confira-se a seguinte ementa de acórdão:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO. SERVIÇO DE ESGOTAMENTO SANITÁRIO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE COLETA E TRANSPORTE DOS DEJETOS. INEXISTÊNCIA DE REDE DE TRATAMENTO. TARIFA. LEGITIMIDADE DA COBRANÇA.

1. Não há violação do artigo 535 do CPC quando a Corte de origem emprega fundamentação adequada e suficiente para dirimir a controvérsia.

2. À luz do disposto no art. 3º da Lei 11.445/2007 e no art. 9º do Decreto regulamentador 7.217/2010, justifica-se a cobrança da tarifa de esgoto quando a concessionária realiza a

coleta, transporte e escoamento dos dejetos, ainda que não promova o respectivo tratamento sanitário antes do deságue.

3. Tal cobrança não é afastada pelo fato de serem utilizadas as galerias de águas pluviais para a prestação do serviço, uma vez que a concessionária não só realiza a manutenção e desobstrução das ligações de esgoto que são conectadas no sistema público de esgotamento, como também trata o lodo nele gerado.

4. O tratamento final de efluentes é uma etapa posterior e complementar, de natureza sócio-ambiental, travada entre a concessionária e o Poder Público.

5. A legislação que rege a matéria dá suporte para a cobrança da tarifa de esgoto mesmo ausente o tratamento final dos dejetos, principalmente porque não estabelece que o serviço público de esgotamento sanitário somente existirá quando todas as etapas forem efetivadas, tampouco proíbe a cobrança da tarifa pela prestação de uma só ou de algumas dessas atividades. Precedentes: REsp 1.330.195/RJ, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJe 04.02.2013; REsp 1.313.680/RJ, Rel. Min. Francisco Falcão, Primeira Turma, DJe 29.06.2012; e REsp 431121/SP, Rel. Min. José Delgado, Primeira Turma, DJ 07/10/2002.

6. Diante do reconhecimento da legalidade da cobrança, não há o que se falar em devolução de valores pagos indevidamente, restando, portanto, prejudicada a questão atinente ao prazo prescricional aplicável as ações de repetição de indébito de tarifas de água e esgoto.

7. Recurso especial provido, para reconhecer a legalidade da cobrança da tarifa de esgotamento sanitário. Processo submetido ao regime do artigo 543-C do CPC e da Resolução 8/STJ. (STJ, Primeira Seção, RESP 1339313/RJ, Relator Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 12/06/2013, DJe de 21/10/2013.)

Com o devido respeito àquela colenda Corte, entendemos que tal posicionamento se mostra equivocado não apenas do ponto de vista jurídico mas também sob as perspectivas social, econômica e ambiental.

O art. 3º, I, b, da Lei federal 11.445/2007 não contém lacunas, tampouco expressões de conteúdo jurídico indeterminado, que requeiram complexa interpretação jurídica, porque essa norma, de natureza cogente, é categórica em expressar que esgotamento sanitário abrange infraestruturas, atividades e instalações operacionais “[...] de coleta, transporte, tratamento e disposição final adequados dos esgotos sanitários, desde as ligações prediais até o seu lançamento final no meio ambiente”.

Como se percebe, não há nenhuma conjunção alternativa nesse texto que permita ao prestador do serviço escolher as etapas que serão cumpridas.

Ao permitir que os prestadores do serviço de saneamento básico cobrem integralmente a tarifa, mesmo sem realizar o tratamento final dos dejetos, há inequívoca afronta ao texto legal, pois as etapas consistentes na coleta, no transporte e no tratamento dos resíduos fazem parte, por determinação legal, de um processo indivisível. E tal determinação tem fundamento em conhecidas razões de ordem ambiental e sanitária: o lançamento de esgoto, sem tratamento, em rios, lagos e mares enseja a mortandade da fauna e da flora aquáticas, a contaminação da água e, por conseguinte, a proliferação de doenças, com impactos deletérios, quicá irreversíveis, à população que faz uso cotidiano dessa água, como a população ribeirinha.

A permissão da cobrança da tarifa integral, mesmo quando o serviço de coleta e tratamento de esgoto, ou qualquer outro serviço de saneamento básico, seja parcialmente prestado, fere os princípios da justiça contratual, como a isonomia de tratamento que deve ser dispensada aos contratantes, olvidando ainda a regra da comutatividade nos contratos bilaterais. Ademais, enseja o enriquecimento sem causa por uma das partes contraentes (art. 884 do Código Civil e art. 42 do

Código de Defesa do Consumidor), na medida em que estará percebendo remuneração superior ao que deveria estar percebendo pelo serviço parcialmente prestado.

Por fim, sob o prisma constitucional, tal decisão fere o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, parágrafo único, III, da CF); por isso, inibe a implementação de importante política de desenvolvimento social. É que, sem a necessidade de cumprir todas as etapas, os prestadores do serviço de saneamento básico, por uma lógica financeira, continuarão a optar pela manutenção do *status quo*.

Nesse contexto, faz-se urgente uma mudança de orientação jurisprudencial por parte do STJ.

CONCLUSÃO

A prestação do serviço de saneamento básico é tarefa complexa, que demanda a atuação de diversos entes da Federação em parceria, muitas vezes, com pessoas jurídicas de direito privado, delegatárias da execução do serviço, como sociedades de economia mista.

Cuida-se de política pública que demanda grande investimento com médio a longo prazo de retorno. No entanto, tendo em conta a sua importância para a saúde pública e para o meio ambiente, a atuação do Poder Público nessa seara – não só dos órgãos integrantes do Poder Executivo mas também do Judiciário – deve ser intransigente com os comandos legais.

A missão do Poder Público deve ser a de estimular a transparência das informações, a instalação e o fortalecimento dos órgãos reguladores, de fomentar a eficiência e de impedir a total privatização do serviço. Pois, ao mesmo tempo em que ao particular se permite a execução do serviço por meio da delegação, deve-se imputar-lhe a responsabilidade pela realização de investimentos e o cumprimento de todas as etapas do serviço de saneamento básico. O custo do serviço não pode ser óbice a essa tarefa. Se, de fato, o particular conseguir demonstrar a defasagem econômico-financeira do contrato, deve-lhe ser garantida a revisão ou o reajuste da tarifa. Jamais o particular deve ser isentado do cumprimento integral de suas obrigações.

Por outro lado, tendo em conta que, muitas vezes, a sociedade de economia mista é criada pelo Município como ente da administração indireta, para a prestação do serviço, deve haver o cuidado redobrado dos órgãos públicos em impedir que tal pessoa jurídica seja instrumentalizada por interesses políticos, prejudicando a consecução da finalidade pública.

Aprovado em: 05/07/2017. Recebido em: 18/03/2017.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**, trad. Virgílio Afonso de Souza. 2 ed., 2ª tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.
- CARVALHO, Vinícius Marques de. In: SALOMÃO FILHO, Calixto (org.). **Regulação e Desenvolvimento. Novos Temas**. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e crítica)**. 15. ed., rev. e atual. JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

KLEIN, Aline Lícia; AZEVEDO MARQUES NETO, Floriano de. In: ZANELLA DI PIETRO, Maria Sylvia (org.). **Tratado de direito administrativo: funções administrativas do Estado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da Atividade Econômica (Princípios e Fundamentos Jurídicos)**. 2. ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

Alexandre Mota Brandão de Araújo

Mestre em Direito do Estado pela Universidade de Brasília (UnB).

Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia (TJBA).

Ex-procurador do Banco Central do Brasil (BACEN).

alexandremota18@hotmail.com

AGRAVO DE INSTRUMENTO – ROL TAXATIVO DAS HIPÓTESES DE CABIMENTO

No TJDFT, firmou-se o entendimento da taxatividade do rol das hipóteses de cabimento do agravo de instrumento, previsto no art. 1.015 do CPC/2015. Os julgados destacam que as decisões interlocutórias não passíveis de interposição de agravo de instrumento, por versarem sobre questões jurídicas que não se encontram elencadas nesse rol ou em outra previsão legal específica, não são cobertas pela preclusão e devem ser impugnadas em preliminar de razões ou contrarrazões de apelação, nos termos do art. 1.009, § 1º, do CPC/2015.

Acórdãos representativos:

Des. João Egmont

[...] a decisão que declina da competência não consta do rol taxativo do art. 1.015, do CPC, sendo, portanto, insuscetível à interposição de agravo de instrumento. [...] Desse modo, ao contrário de que se alega, revela-se impossível ampliar as hipóteses previstas no referido artigo, pois o legislador deixou claro quais seriam as decisões interlocutórias passíveis de impugnação pela via em destaque. Ademais, também não prospera a alegação de que a agravante deveria ter sido intimada, nos moldes do art. 932, pois o vício é insanável. (TJDFT, 2ª Turma Cível, Acórdão n. 1015265, AGI 20160020467280, Relator Des. João Egmont, DJe de 17/5/2017.)

Des. Silva Lemos

O rol de cabimento do agravo de instrumento é estritamente taxativo, admitindo-o fora das hipóteses previstas no *caput* do art. 1.015 do CPC apenas em casos de expressa previsão legal ou em casos de liquidação de sentença, cumprimento de sentença, processo de inventário ou de execução. (TJDFT, 5ª Turma Cível, Acórdão n. 1010567, AGI 20160020111503, Relator Des. Silva Lemos, DJe de 20/4/2017.)

Des. Esdras Neves

A discussão da validade de cláusula de eleição de foro é tema atinente à competência. Por tal razão, a decisão que versa sobre competência não pode ser atacada por meio de Agravo de Instrumento, haja vista não fazer parte do rol taxativo do artigo 1.015, do Código de Processo Civil. As decisões interlocutórias não recorríveis por Agravo de Instrumento devem ser arguidas como preliminar de razões ou contrarrazões de apelação, nos termos do artigo 1.009, § 1º, do Código de Processo Civil. (TJDFT, 6ª Turma Cível, Acórdão n. 1008915, AGI 20160020459910, Relator Des. Esdras Neves, DJe de 11/4/2017.)

Des. Fábio Eduardo Marques

O art. 1.015 do Novo Código de Processo Civil limitou a interposição do agravo de instrumento às hipóteses previstas nos seus incisos e parágrafo único. No caso, o agravo de instrumento foi interposto contra capítulo da decisão

que, na fase de conhecimento da demanda, rejeitou a preliminar de ilegitimidade passiva. Portanto, a matéria impugnada não consta da relação inserta no art. 1.015 do CPC/2015, que, como se verifica, estabelece hipóteses taxativas. [...] A hipótese, portanto, é de falta de um pressuposto objetivo do recurso, qual seja, a recorribilidade do ato decisório, o que é definido exclusivamente pela lei. Não tem relevância o fato de a decisão atacada possuir carga decisória, pois embora isso também seja condição necessária de recorribilidade, por si só, não autoriza a via do agravo de instrumento para impugnar, desde logo, a decisão. Diversamente, não se conformando a parte com a decisão interlocutória que não comporta agravo de instrumento, deve impugná-la em preliminar de apelação, eventualmente interposta contra a decisão final, ou nas contrarrazões, nos termos do art. 1.009, § 1º, do CPC/2015. A propósito, o princípio da taxatividade não permite criar outra hipótese de recurso não prevista na legislação e, como visto, não cabe interpretação ampliativa. (TJDFT, 7ª Turma Cível, Acórdão n. 1006498, AGI 20160020411540, Relator Des. Fábio Eduardo Marques, DJe de 29/3/2017.)

Des. Flavio Rostirola

Diante do novo regime de recorribilidade das decisões interlocutórias, não se revela cabível, em sede de agravo de instrumento, a intenção do Agravante em perseguir a reapreciação de questão probatória, uma vez que tal hipótese não tem fundamento nos ditames do artigo 1.015 do NCPC. A taxatividade do artigo 1.015 do CPC/2015 impede a sua interpretação extensiva. Tais limites necessitam ser observados para que possamos respeitar a vontade legítima do Poder Legislativo. Foi clara a opção legislativa em não admitir recurso nestas situações. Dessa forma, consagrada ficou a irrecorribilidade autônoma das decisões interlocutórias, exceto aquelas inseridas na lista do art. 1.015 do novo Código. (TJDFT, 3ª Turma Cível, Acórdão n. 999212, AGI 20160020465983, Relator Des. Flavio Rostirola, DJe de 8/3/2017.)

Des. Josaphá Francisco dos Santos

Trata-se, na origem, de ato judicial que suspendeu a ordem de desocupação voluntária e, por conseguinte, do despejo compulsório, determinando o recolhimento do mandado. A hipótese, claramente, não autoriza o manejo do agravo de instrumento, em virtude de não se enquadrar no rol do artigo 1.015 da Lei n. 13.105/2015. Consoante ressaltado na decisão ora agravada, a previsão de um rol taxativo de matérias recorríveis por meio do presente recurso foi uma opção do legislador, ao passo em que criou, de outro lado, a possibilidade de se discutir as questões não resolvidas na fase de conhecimento em sede de apelação, se a seu respeito não comportar agravo de instrumento, afastando o manto da preclusão (art. 1.009, §1º). (TJDFT, 5ª Turma Cível, Acórdão n. 985594, AGI 20160020352782, Relator Des. Josaphá Francisco dos Santos, DJe de 31/1/2017.)

DEFEITO EM VEÍCULO ZERO KM – DANO MORAL

A configuração de dano moral em decorrência de defeitos no automóvel zero quilômetro adquirido pelo consumidor, que o obrigam a retornar à concessionária por diversas vezes, é tema controverso no Tribunal. Para alguns Desembargadores, ensejam a indenização por dano moral, pois ultrapassam o mero aborrecimento cotidiano e configuram sofrimento exacerbado para o comprador, o qual desembolsou custosa quantia e teve frustrada sua legítima expectativa de comodidade pela aquisição de automóvel novo.

Por outro lado, há aqueles que entendem que a ocorrência de defeitos em automóvel zero quilômetro recém-adquirido, por si só, não caracteriza dano moral indenizável, porque enseja mero aborrecimento.

Acórdãos representativos da possibilidade de indenização por danos morais:

Des. Sebastião Coelho

No tocante ao dano moral, verifico a ocorrência da quebra da confiança entre a parte que, ao adquirir veículo novo, se vê prejudicada por defeitos antes mesmo de retirar o automóvel da concessionária, como arranhões, batidas e pintura descascada. [...] Vislumbra-se que os vícios apresentados antes mesmo do recebimento causaram não só um mero dissabor ao autor, mas violaram sua personalidade e frustraram suas expectativas de usufruir de forma plena, de um veículo zero quilômetro. (TJDFT, 5ª Turma Cível, Acórdão n. 1023018, APC 20130110456329, Relator Des. Sebastião Coelho, Dje de 23/6/2017.)

Des. Getúlio de Moraes Oliveira

A jurisprudencial (sic) desta Corte vem reconhecendo a incidência de dano moral em casos semelhantes, em que o adquirente de veículo novo se flagra privado do seu (sic) uso do produto por vícios incomuns, que pela reincidência torna insatisfatória a utilização do bem. No caso, a privação por longo tempo de bem de uso diário como um veículo utilitário, como no caso em estudo, desestabiliza o cotidiano do consumidor, impondo desgastes que ultrapassam meros aborrecimentos próprios da vida em sociedade. (TJDFT, 7ª Turma Cível, Acórdão n. 1009828, APC 20140310040606, Relator Des. Getúlio de Moraes Oliveira, Dje de 17/4/2017.)

Des. Rômulo de Araújo Mendes

As sucessivas idas e vindas à concessionária, a inviabilização de uso do bem adquirido por diversos dias, atrapalhando as atividades cotidianas da requerente, somados à frustração da legítima expectativa de que o veículo adquirido estivesse em perfeitas condições, por se tratar de

veículo zero km, pelo qual foi pago quantia considerável, ultrapassam o mero dissabor do dia a dia e a barreira do razoável, ensejando indenização extrapatrimonial; que, no caso, assume caráter reparatório com escopo pedagógico. Em recente julgado, noticiado no informativo de jurisprudência nº 544, publicado em 28/08/2014, o STJ editou ementa com a seguinte regra: *'É cabível dano moral quando o consumidor de veículo automotor zero quilômetro necessita retornar à concessionária por diversas vezes para reparar defeitos apresentados no veículo adquirido'*. (TJDFT, 4ª Turma Cível, Acórdão n. 1006915, APC 20150610149473, Relator Des. Rômulo de Araújo Mendes, DJe de 4/4/2017.)

Acórdãos representativos da tese de inexistência de ofensa aos direitos da personalidade a ensejar a indenização por danos morais:

Desª. Sandra Reves

A apresentação de defeitos em veículo adquirido zero quilômetro (amassado na porta, problema do tanque de combustível, lanterna traseira quebrada e pneu remendado), quando devida e prontamente reparados pela concessionária, alguns antes mesmo da entrega do bem ao consumidor, não configura vício de produto apto a gerar indenização por desvalorização do bem, especialmente se o único ajuste pendente deve ser atribuído ao autor, que, por questões pessoais, não permitiu que a empresa promovesse o total conserto do automóvel. [...] Apesar dos vícios, não há mínima indicação nos autos de violação a atributo da personalidade, a ensejar a configuração do dano moral. (TJDFT, 2ª Turma Cível, Acórdão n. 1024784, APC 20120111746574, Relatora Desª. Sandra Reves, DJe de 19/6/2017.)

Des. Álvaro Ciarlini

A caracterização de danos morais exige a caracterização de um abalo significativo, capaz de ofender os atributos da personalidade do indivíduo, o que não se verifica no caso. Com efeito, os defeitos constatados no veículo automotor configuram mero aborrecimento cotidiano. (TJDFT, 3ª Turma Cível, Acórdão n. 993746, APC 20120410058136, Relator Des. Álvaro Ciarlini, DJe de 14/2/2017.)

DUPLICATA VIRTUAL – EXECUTORIEDADE

Conforme entendimento pacificado no TJDFT, é possível o ajuizamento de execução judicial fundada em duplicata virtual – emitida por meio magnético ou por gravação eletrônica –, sem a necessidade da exibição do documento físico, uma vez que ela pode ser protestada por simples indicação. Desse modo, em exceção ao princípio da cartularidade, a ausência do título cambiário pode ser suprida pela apresentação dos boletos bancários ou das notas fiscais vinculados ao título virtual, acompanhados do instrumento do protesto por indicação e dos comprovantes de entrega da mercadoria ou da prestação dos serviços.

Acórdãos representativos:

Desª. Ana Cantarino

É possível a ação de execução de título extrajudicial sem que seja necessário apresentar a duplicata. Exceção ao princípio da cartularidade. [...] O Superior Tribunal de Justiça (STJ) pacificou que o protesto por indicações é perfeitamente regular em qualquer caso, não sendo de uso restrito às hipóteses de não devolução do título, abrindo margem para o protesto por indicações das duplicatas virtuais. [...] Sem a duplicada (sic), mas com o protesto e com a comprovação de que as mercadorias foram entregues, pode-se ajuizar a ação de execução de título extrajudicial. (TJDFT, 8ª Turma Cível, Acórdão n. 1010280, APC 20161410027445, Relatora Desª. Ana Cantarino, DJe de 19/4/2017.)

Des. Angelo Passareli

Tratando-se de duplicata virtual, a ausência de representação física do título original não implica irregularidade no aparelhamento do feito monitório, uma vez que a apresentação da nota fiscal eletrônica e do comprovante de entrega das mercadorias satisfaz o requisito de prova escrita hábil a instruir o procedimento monitório. (TJDFT, 5ª Turma Cível, Acórdão n. 1003779, APC 2015011239435, Relator Des. Angelo Passareli, DJe de 28/3/2017.)

Des. Mário-Zam Belmiro

[...] os cartórios extrajudiciais podem admitir o protesto de título, cujos dados do débito estejam contidos em meio eletrônico. Nesse passo, a apresentação do contrato de prestação de serviço educacional e histórico escolar, junto com o instrumento de protesto por indicação, constitui duplicata virtual e se reveste de força executiva. (TJDFT, 8ª Turma Cível, Acórdão n. 998603, APC 20161410011444, Relator Des. Mário-Zam Belmiro, DJe de 8/3/2017.)

ELIMINAÇÃO DE CANDIDATO EM CONCURSO PÚBLICO – SUBJETIVIDADE DO EXAME PSICOTÉCNICO

Para a exigência de avaliação psicológica como condição de ingresso no serviço público, é necessário, além da previsão no edital do certame e em lei, que sejam adotados critérios objetivos e garantido o direito ao recurso administrativo sob pena de ofensa ao princípio constitucional de livre acesso ao cargo público (art. 37, inc. I). Assim, o TJDFT tem decidido que a subjetividade dos testes enseja a ilegalidade do exame psicotécnico.

Acórdãos representativos:

Des. Fernando Habibe

A avaliação psicológica deve ser feita mediante critérios objetivos e deve ter por objeto a higidez mental do candidato. É inadmissível para tal fim a aferição de perfil profissional marcado por acentuada subjetividade e, por isso mesmo, propenso, em tese, ao arbítrio e ao preconceito, com flagrante ofensa às diretrizes constitucionais que devem nortear a atividade administrativa. (TJDFT, 4ª Turma Cível, Acórdão n. 1024488, APC 20120110173183, Relator Des. Fernando Habibe, Dje de 20/6/2017.)

Desª. Fátima Rafael

O edital do certame não explica com clareza no que consiste a avaliação, deixando exclusivamente a cargo da Administração os critérios do exame. [...] Em decorrência da insuficiência técnica para avaliar os candidatos e por submetê-los aos critérios discricionários da administração pública, essa modalidade de avaliação psicológica afronta os princípios da legalidade, moralidade, isonomia, razoabilidade ou proporcionalidade e enseja lesão grave e de difícil reparação ao candidato. (TJDFT, 3ª Turma Cível, Acórdão n. 1012230, AGI 20160020450910, Relatora Desª. Fátima Rafael, Dje de 3/5/2017.)

Des. Arnaldo Camanho

De acordo com o Enunciado n.º 20, da Súmula deste egrégio Tribunal de Justiça, a validade do exame psicotécnico está condicionada à previsão legal, à exigência de critérios objetivos e à garantia de recurso administrativo. [...] Não obstante a legalidade da exigência do exame psicotécnico, a Administração deve adotar método que permita a fundamentação do resultado e o seu conhecimento pelo candidato, assegurando-se o direito à ampla defesa, que não se restringe ao direito de recurso, sob pena de nulidade da fase de aptidão psicológica. (TJDFT, 4ª Turma Cível, Acórdão n. 1006656, APC 20160110498236, Relator Des. Arnaldo Camanho, Dje de 5/4/2017.)

Desª. Vera Andriahi

Consoante a jurisprudência do e. STJ, a legalidade da avaliação psicológica está condicionada à observância de três pressupostos necessários: previsão legal; objetividade dos critérios adotados; e possibilidade de revisão do resultado obtido pelo candidato. Nesse sentido é o enunciado da

Súmula nº 20 deste e. TJDF. [...] A subjetividade que implica a ilegalidade do exame psicológico é aquela que torna o procedimento suscetível de discriminação ou arbitrariedade, devido à inexistência de parâmetros científicos objetivos, hipótese demonstrada nos autos. (TJDF, 2ª Câmara Cível, Acórdão n. 1002132, MSG 20160020368043, Relatora Desª. Vera Andrighi, DJe de 17/3/2017.)

Desª. Carmelita Brasil

Logo, há previsão legal acerca de avaliação psicológica. Há que se analisar, contudo, se, na hipótese, os testes não foram maculados por subjetivismo e se a avaliação psicológica consagrou a real possibilidade de recurso. [...] Antes mesmo da edição da Súmula nº 01 deste e. Tribunal de Justiça, as Cortes brasileiras, inclusive o c. STF, em inúmeros julgados, destacaram que o modo como aplicado o teste psicológico, se de caráter eminentemente subjetivo, pode conduzir à prática abominável do arbítrio com o qual não se compadece o Estado Democrático de Direito. (TJDF, 2ª Câmara Cível, Acórdão n. 998279, 07001888720178070000, Relatora Desª. Carmelita Brasil, DJe de 14/3/2017.)

Des. José Divino

A exigência do exame psicotécnico como requisito para provimento de cargos públicos não é, em princípio, ilícita, sendo exigível apenas previsão legal e editalícia, a adoção de critérios objetivos e a garantia de recurso administrativo. [...] Nesse contexto, além de não terem sido previstos os critérios de avaliação exigidos do candidato, representado pelas dimensões psicológicas a serem aplicadas, não foi observada a forma legal e editalícia de apreciação do resultado dos testes aplicados, o que impõe o reconhecimento da ilegalidade do ato. (TJDF, 2ª Câmara Cível, Acórdão n. 992617, MSG 20160020391380, Relator Des. José Divino, DJe de 10/2/2017.)

INVASÃO DE ÁREA PÚBLICA – INEXISTÊNCIA DE DIREITO À INDENIZAÇÃO

A indenização por benfeitorias, segundo a jurisprudência do TJDFT, pressupõe o exercício da posse. Desse modo, configurada a ocupação irregular de bem público, não há de se falar em direito à indenização, pois o bem público não é passível de posse, e nenhum direito advém da mera detenção exercida.

Acórdãos representativos:

Des^a. Simone Lucindo

Em verdade, os apelantes não trouxeram autorização administrativa para a ocupação do bem litigioso, nem mesmo qualquer prova de sua boa-fé; e, dessa forma, não podem ser considerados possuidores ou usufruir dos efeitos jurídicos concernentes à posse, como o direito de indenização e/ou retenção do bem (artigo 1.219 do Código Civil). (TJDFT, 1ª Turma Cível, Acórdão n. 1017990, Relatora Des^a. Simone Lucindo, APC 20070111013724, DJe de 5/6/2017.)

Des. César Loyola

[...] não merece acolhimento o pedido para pagamento de indenização por acessões ou benfeitorias, nem o reconhecimento do direito de retenção, tendo em vista que o bem público não é passível de posse, sendo o apelante mero detentor, não havendo que se falar, diante de benfeitorias ali executadas, em aplicação do previsto no art. 1219 do Código Civil. (TJDFT, 2ª Turma Cível, Acórdão n. 1011369, APC 20160110678177, Relator Des. César Loyola, DJe de 26/4/2017.)

Des. Robson Barbosa de Azevedo

Destarte, impende registrar que a ocupação exercida pelo apelante não é capaz de albergar a pretensão reparatória, tendo em vista que não há posse sobre bem público, e da mera detenção nenhum direito advém. Assim, inexistindo qualquer ato ilícito praticado por parte das apeladas, ao demolir imóvel erigido em área pública, cuja conduta está em conformidade com o direito de obstar a ocupação irregular das terras públicas, não há que se falar em reparação por danos materiais, nem morais. (TJDFT, 5ª Turma Cível, Acórdão n. 1002267, APC 20160110666757, Relator Des. Robson Barbosa de Azevedo, DJe de 21/3/2017.)

MATRÍCULA DE CRIANÇA EM CRECHE OU PRÉ-ESCOLA PÚBLICA POR MEIO DE AÇÃO JUDICIAL

Há grande controvérsia no TJDF-T sobre a possibilidade de determinação judicial para a matrícula de criança em creche ou pré-escola pública, quando já existe lista de espera.

De acordo com a primeira linha de entendimento, o direito fundamental à educação infantil é tutelado constitucionalmente, e o Estado deve assegurar o efetivo acesso de crianças às creches e às unidades pré-escolares públicas. Para essa corrente, a determinação judicial para efetivar matrícula não viola o princípio da isonomia, uma vez que a existência de intermináveis listas de espera não pode servir de justificativa para o não cumprimento do dever constitucional.

Em sentido contrário, a segunda linha de entendimento consigna que a intervenção judicial, para alcançar a efetiva matrícula na creche pública pretendida, violaria o princípio da isonomia em virtude da preterição de outras crianças que se encontram classificadas em lista de espera e que também estão protegidas pela garantia constitucional.

Acórdãos representativos da possibilidade de intervenção judicial para matrícula de criança em creche ou pré-escola pública, quando já existe lista de espera:

Des. Teófilo Caetano

Os enunciados constitucionais e legais que asseguram a educação como direito de todos e dever do estado não permitem que sejam menosprezados mediante invocação do princípio da reserva do possível se o atendimento do qual necessita a criança não encerra nenhuma excepcionalidade, demandando simples implementação de ações afirmativas voltadas ao aparelhamento da rede pública de ensino com o necessário à realização dos objetivos que lhe são inerentes, notadamente quando reclama simplesmente a disponibilização de vaga em creche pública compatível com a idade que ostenta a criança e suas necessidades pessoais, conforme lhe é assegurado pelo legislador constitucional e subalterno. (TJDF-T, 1ª Turma Cível, Acórdão n. 1015070, APO 20160110382357, Relator Des. Teófilo Caetano, DJe de 7/6/2017.)

Des. James Eduardo Oliveira

O direito à educação infantil é tutelado constitucionalmente e constitui direito fundamental que não pode ser postergado em face de contingências orçamentárias ou administrativas e, muito menos, da priorização das po-

líticas públicas. Preenchido o critério etário, exsurge para a criança direito subjetivo à matrícula em creche ou pré-escola, independentemente de questões orçamentárias ou da política estatal para o setor, sob pena de restar sonegado, em sua essência, o direito à educação infantil. (TJDFT, 4ª Turma Cível, Acórdão n. 1014108, APC 20150110153385, Relator Des. James Eduardo Oliveira, DJe de 16/5/2017.)

Des. Alfeu Machado

Também pelo que extrai dos posicionamentos das Cortes Superiores, não há de se falar em violação ao Princípio da Isonomia, em suposto detrimento da coletividade, uma vez que em casos dessa extirpe, considerando a natureza prestacional do direito à educação, ponderando as normas em confronto, deve imperar a garantia constitucional de acesso da criança à educação, a qual não pode ser obstada, nem mesmo por razões orçamentárias, em ordem ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Dessa forma, justifica-se a determinação judicial para que o Distrito Federal proceda à imediata matrícula da criança em questão, em creche/pré-escola pública ou conveniada próxima a residência delas, a fim de evitar-lhe ainda mais prejuízos, devendo ser garantido a ela o pleno acesso à educação infantil segundo a faixa etária que ostenta, situação a informar que a irrisignação da apelante merece guarida. (TJDFT, 6ª Turma Cível, Acórdão n. 1013053, APC 20160110725106, Relator Des. Alfeu Machado, DJe de 2/5/2017.)

Des. Gilberto Pereira de Oliveira

Toda criança tem direito à educação infantil, que deve ser garantida pelo Estado, de forma eficaz, não cabendo limitações por parte do Poder Público. Não se mostra razoável a manutenção de contínuas e intermináveis listas de espera em detrimento ao direito constitucional, individual, público e subjetivo à escolarização infanto-juvenil, razão pela qual cabe ao Estado providenciar os meios necessários para garantir o acesso de todos à educação, não havendo que se falar, portanto, em violação ao princípio da isonomia. (TJDFT, 3ª Turma Cível, Acórdão n. 1012099, APC 20160110666749, Relator Des. Gilberto Pereira de Oliveira, DJe de 28/4/2017.)

Acórdãos representativos da impossibilidade de intervenção judicial para matrícula de criança em creche ou pré-escola pública, quando já existe lista de espera:

Desª. Leila Arlanch

No caso, em que pese ter sido demonstrado o preenchimento dos requisitos distritais para a concessão de vaga em creche pública: mãe trabalhadora, família de baixa renda e criança menor de dois anos de idade na data do ajuizamento da ação, não existe prova se a genitora do menor foi preterida, de modo que, neste juízo de cognição sumária, não há como concluir que os recorrentes fazem jus ao avanço em referido rol, desprezando-se a ordem de preferência existente. 5. Negou-se provimento ao agravo de instrumento e julgou-se prejudicado o agravo interno. (TJDFT, 7ª Turma Cível, Acórdão n. 1002758, 07031464620178070000, Relatora Desª. Leila Arlanch, DJe de 16/5/2017.)

Des. José Eustáquio de Castro Teixeira

Não se pode obter o privilégio da matrícula em Creche Pública, por meio de decisão judicial, em desrespeito à Lista de Espera, quando há regulação, pela Administração, da carência de vagas. Em caso de provimento do recurso, a parte agravada teria o seu pleito atendido em detrimento de outras crianças, também não atendidas pela prestação do serviço público, violando-se o Princípio da Isonomia. 3. A superlotação das unidades de ensino, com a matrícula de mais alunos por força de decisão judicial, poderia comprometer a qualidade dos serviços prestados ao menor e às demais crianças já admitidas de acordo com a referida Lista de Espera. (TJDFT, 8ª Turma Cível, Acórdão n. 1016136, 07031464620178070000, Relator Des. José Eustáquio de Castro Teixeira, DJe de 15/5/2017.)

Des. Sandoval Oliveira

A matrícula imediata do recorrente em creche, nas proximidades do local de trabalho de sua genitora, resultaria em tratamento diferenciado e manifesta afronta ao princípio da isonomia. (TJDFT, 2ª Turma Cível, Acórdão n. 1015048, APC 20160110844730, Relator Des. Sandoval Oliveira, DJe de 10/5/2017.)

Desª. Nídia Corrêa Lima

Havendo lista de espera para matrícula em creche pública, na qual o autor encontra-se inscrito, mostra-se correta a observância da ordem de classificação, segundo os critérios objetivos adotados pela Secretaria de Estado de Educação do Distrito Federal, não podendo o Judiciário determinar a matrícula imediata, sob pena comprometimento do próprio ensino público e de violação do princípio da isonomia. (TJDFT, 1ª Turma Cível, Acórdão n. 1009819, APC 20150111005874, Relatora Desª. Nídia Corrêa Lima, DJe de 5/5/2017.)

Des. Romeu Gonzaga Neiva

A criança tem direito à educação, o qual deve ser garantido pelo Estado. Entretanto, embora o acesso à educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até cinco anos tenha assento constitucional, não se traduz em direito subjetivo da parte exigir do Estado a matrícula de seu filho na escola por ela indicada nem tampouco que funcione em tempo integral, porquanto depende de políticas públicas para ser implementada. Havendo lista de espera, a determinação judicial para que a instituição de ensino proceda à matrícula de criança inscrita, com desrespeito à ordem de classificação, configura violação ao princípio da isonomia. (TJDFT, 7ª Turma Cível, Acórdão n. 1008843, APC 20160110724329, Relator Des. Romeu Gonzaga Neiva, DJe de 7/4/2017.)

MENORIDADE – MEIOS DE COMPROVAÇÃO

No TJDFT, firmou-se o entendimento de que, para efeitos penais, a menoridade pode ser comprovada por outros meios de prova além da certidão de nascimento ou do documento de identidade.

Acórdãos representativos:

Des^a. Maria Ivatônia

No crime de corrupção de menor, a prova da menoridade não depende exclusivamente da juntada de certidão de nascimento ou documento de identificação civil do inimputável, podendo ser extraída da indicação de documento oficial do qual tenham sido retirados os dados de identificação, o que se verifica na hipótese. (TJDFT, 2ª Turma Criminal, Acórdão n. 1018080, APR 20140910261200, Relatora Des^a. Maria Ivatônia, DJe de 22/5/2017.)

Des. Carlos Pires Soares Neto

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme ao admitir, para fins de tipificação do crime previsto no artigo 244-B da Lei 8.069/90, que a comprovação da idade possa ser feita por outros meios idôneos, não se exigindo seja realizada apenas por certidão de nascimento ou carteira de identidade. (TJDFT, 1ª Turma Criminal, Acórdão n. 1003291, APR 20150910221036, Relator Des. Carlos Pires Soares Neto, DJe de 22/3/2017.)

Des. Demétrius Gomes Cavalcanti

Como cediço, a prova da menoridade não depende exclusivamente da juntada de certidão de nascimento ou documento de identificação civil do menor infrator, podendo ser aferida por outros meios de prova hábil, conforme assentado pela Súmula 74 do Superior Tribunal de Justiça, de forma que os documentos públicos acostados aos autos, com a qualificação completa do menor e dotados de fé pública, são suficientes para a caracterização do crime ora apurado. (TJDFT, 3ª Turma Criminal, Acórdão n. 1004708, APR 20160210014498, Relator Des. Demétrius Gomes Cavalcanti, DJe de 22/3/2017.)

Des. Jesuino Rissato

Prescindível a juntada da certidão de nascimento do menor infrator aos autos, quando existem documentos que possuem fé pública e podem ser considerados para aferição da menoridade. [...] Além das provas de autoria e materialidade dos delitos patrimoniais já evidenciadas no conjunto probatório dos autos, a menoridade encontra-se comprovada pelo acervo documental constante nos autos. Nesse sentido, têm-se a ocorrência policial nº 200/2016 (fl. 28), em que consta, inclusive, o número da carteira de identidade do adolescente, sendo ele identificado civilmente no Instituto de Identificação da SSP/DF sob [...], além da cópia do termo de declarações prestado pelo menor perante a Delegacia da Criança e do Adolescente, documentos idôneos e aptos a comprovar a data de nascimento do adolescente em [...]. (TJDFT, 3ª Turma Criminal, Acórdão n. 990401, APR 20160710020536, Relator Des. Jesuino Rissato, DJe de 1º/2/2017.)

PLANO DE SAÚDE – FERTILIZAÇÃO *IN VITRO*

A jurisprudência do TJDFT não é unânime em relação à nulidade de cláusula contratual de plano de saúde que veda a cobertura à fertilização *in vitro*.

Há julgados que entendem ser indevida a recusa dos planos de saúde em cobrir os gastos com tratamentos de reprodução assistida. Como fundamento, assinalam que a Constituição Federal (art. 226, § 7º) consagra o planejamento familiar como direito fundamental e que a Lei 9.656/98 (art. 35-C, III, com a redação conferida pela Lei 11.935/09) tornou obrigatória para as operadoras de planos de assistência à saúde a cobertura aos procedimentos cuja finalidade é a concretização desse direito.

Em contrapartida, o posicionamento divergente considera ser legal a cláusula do contrato de plano de saúde que veda a cobertura à fertilização *in vitro*, na medida em que a Resolução Normativa n. 387/2015 (art. 20, §1º) da Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS, órgão responsável pela atualização do rol de procedimentos e eventos de saúde para cobertura mínima nos planos privados de assistência de saúde, permite a exclusão da cobertura à inseminação artificial.

Acórdãos representativos do posicionamento pela nulidade da cláusula contratual de plano de saúde que veda a cobertura de fertilização *in vitro*:

Des. Carlos Rodrigues

O direito ao planejamento familiar, que engloba a pretensão de o casal ter filhos pela maneira convencional ou por meio de técnicas científicas de fecundidade e procriação, constitui direito fundamental. [...] Para atender a esse direito fundamental, a Lei Federal nº 11.935/2009 acrescentou o art. 35-C à Lei Federal nº 9.656/1998, tornando obrigatório o atendimento, pelos planos de saúde, das ações que visem à concretização do planejamento familiar, tanto na concepção como na contracepção. [...] Os planos de saúde têm o dever de arcar com os custos referentes ao tratamento mediante utilização de técnicas de reprodução assistida, sendo nula a cláusula contratual restritiva da fertilização *in vitro*. (TJDFT, 6ª Turma Cível, Acórdão n. 1013452, 07019758820168070000, Relator Des. Carlos Rodrigues, DJe de 8/5/2017.)

Des^a. Maria de Lourdes Abreu

Comprovado que a paciente-segurada é portadora de infertilidade (doença reconhecida pela Organização Mundial de Saúde com CID n. 97) e de endometriose profunda, a recusa do plano de saúde em cobrir tratamento de fertilização *in vitro*, configura ato ilícito, na medida em que viola os direitos e garantias constitucionais fundamentais à vida, à saúde e ao planejamento familiar, bem como ao sonho de constituição de família, devendo prevalecer o direito do consumidor ao tratamento que lhe permita constituir prole, sendo nula qualquer cláusula contratual restritiva da fertilização *in vitro*. (TJDFT, 3^a Turma Cível, Acórdão n. 1008056, 07017653720168070000, Relatora Des^a. Maria de Lourdes Abreu, DJe de 5/4/2017.)

Des. Luís Gustavo B. de Oliveira

Se a contratante padece da enfermidade Endometriose Pélvica Severa ou Estágio III, causa de sua infertilidade ou do comprometimento da gravidez com segurança, a recomendação da fertilização *in vitro* é uma consequência lógica do tratamento. A medida assegura a dignidade da mulher e sua igualdade frente ao seu gênero, assim como um dos seus mais importantes papéis na sociedade, a constituição da família. 3. Se a própria Carta Magna consagra ser direito fundamental o planejamento familiar (artigo 226, parágrafo 7º) e inciso III, do artigo 35-C da Lei nº 9656/98 abarcou todos os procedimentos referentes ao planejamento familiar, ou seja, a concepção e a contracepção, inclusive os tratamentos das doenças geradoras de infertilidade, como cobertura obrigatória dos planos de saúde, não há justificativa para a recusa de cobertura pela respectiva operadora. (TJDFT, 4^a Turma Cível, Acórdão n. 1003051, APC 20150710280992APC, Relator Des. Luís Gustavo B. de Oliveira, DJe de 20/3/2017.)

Acórdão representativo do posicionamento pela legalidade da cláusula contratual de plano de saúde que veda a cobertura de fertilização *in vitro*:

Des. Héctor Valverde Santana

A Resolução Normativa n. 387, de 28 de outubro de 2015, da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), responsável por atualizar o rol de procedimentos e eventos em saúde, que constitui referência básica para cobertura assistencial mínima nos planos privados de assistência à saúde, possibilita a exclusão assistencial da inseminação artificial. [...] É permitido, portanto, que o contrato elaborado pelo plano de saúde não inclua a inseminação artificial no seu rol de cobertura assistencial. (TJDFT, 1^a Turma Cível, Acórdão n. 1013292, 07023014820168070000, Relator Des. Héctor Valverde Santana, DJe de 8/5/2017.)

RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL – HOMOAFETIVA *POST MORTEM*

Consoante vem decidindo o TJDF, é possível o reconhecimento de união estável homoafetiva *post mortem*. Como fundamento, os julgados enfatizam que a Constituição Federal (art. 226, § 3º), regulamentada pela Lei 9.278/96, reconheceu a união estável como entidade familiar, contanto que a convivência fosse pública, contínua, duradoura, com o objetivo de constituir família. Desse modo, assim como ocorre na hipótese de casamento, é viável o seu reconhecimento e dissolução *post mortem*, desde que comprovados os elementos caracterizadores essenciais. As decisões destacam, ainda, que, no julgamento da ADI 4277/DF e da ADPF 132/RJ pelo STF, todas as proteções conferidas à união estável entre homem e mulher foram asseguradas à união estável homoafetiva.

Acórdãos representativos:

Des. Diaulas Costa Ribeiro

A união estável, prevista no art. 226, § 3º da Constituição Federal, regulamentada pela Lei nº 9.278/96, foi equiparada ao casamento para todos os efeitos legais, permitindo que seu reconhecimento e dissolução fossem possíveis inclusive *post mortem*, desde que houvesse provas incontestes da convivência duradoura, pública e contínua, estabelecida com objetivo de constituição de família. Em 5/5/2011, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132, reconheceu a proteção jurídica da união estável entre pessoas do mesmo sexo, conferindo interpretação conforme a Constituição Federal ao art. 1.723 do Código Civil, para “excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva” [...]. Assim, o reconhecimento da união estável homoafetiva, nos moldes do art. 1.723 do Código Civil, é constitucional, mas depende da demonstração de seus elementos caracterizadores essenciais: a publicidade, a continuidade, a estabilidade e o objetivo de constituição de família. (TJDF, 8ª Turma Cível, Acórdão n. 1010685, APC 2014011189186, Relator Des. Diaulas Costa Ribeiro, DJe de 24/4/2017.)

Desª. Gislene Pinheiro

Na esteira do texto constitucional, o atual Código Civil reconhece a união estável como entidade familiar, definindo-a como “convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família” (art. 1.723, CC/02). Frisa-se que para a configuração da

união estável são elementos essenciais a publicidade, a continuidade, a estabilidade e o objetivo de constituição de família. É certo que na realidade atual, as relações jurídicas advindas da união entre pessoas do mesmo sexo, denominadas relações homoafetivas, estão sendo objeto de inúmeras discussões judiciais. E em tais casos, ainda que o meio social se encontre desprovido de uma norma regente sobre o tema, o Poder Judiciário vem aplicando o direito a cada caso, e dentre eles as questões de reconhecimento e dissolução de união estável. Para tanto, os julgadores, analogicamente, utilizam-se normalmente dos parâmetros legais vigentes, em especial da própria união estável. [...] Diante da demonstração, no caso concreto, da existência de convivência pública, contínua, duradoura e com o objetivo de constituir família entre a parte autora e o de cujus, deve ser reconhecida a união estável havida entre ambos. (TJDFT, 7ª Turma Cível, Acórdão n. 1008865, APC 20150610073330, Relatora Desª. Gislene Pinheiro, DJe de 10/4/2017.)

Des. Sérgio Rocha

O E. STF, ao julgar a ADPF nº 132 e a ADI 4227/DF, reconheceu a qualidade de entidade familiar às uniões estáveis homoafetivas, estendendo a estas relações a mesma proteção conferida às uniões estáveis entre homem e mulher (CF 226 § 3º e CC 1723). Assim, para o reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo, é necessária a prova da convivência pública, contínua e duradoura, estabelecida com o objetivo de constituição de família, tal como ocorre nas relações heterossexuais. [...] Estando comprovado o relacionamento por mais de 10 anos, de forma contínua, duradoura e pública (na medida do possível), deve ser reconhecida a existência da união estável entre o autor e o falecido. (TJDFT, 4ª Turma Cível, Acórdão n. 990775, APC 20140111882440, Relator Des. Sérgio Rocha, DJe de 7/2/2017.)

REPOUSO NOTURNO – SUFICIÊNCIA DE QUE O CRIME OCORRA NO HORÁRIO DE DESCANSO NOTURNO

Sobre os critérios para aplicação da causa especial de aumento de pena “repouso noturno”, há dois entendimentos no TJDF. Para o primeiro, a incidência da causa especial de aumento de pena deve ser verificada pelo critério objetivo de cometimento do crime no horário de descanso noturno, independentemente do local em que foi praticado – se residência, comércio, veículo –, ou se neste havia pessoas, porquanto, no período da noite, a vigilância é menos eficiente, e o patrimônio, mais vulnerável, o que favorece a possibilidade de êxito na execução do delito.

Em contrapartida, para os magistrados filiados ao segundo entendimento, a aplicabilidade dessa causa de aumento decorre do relaxamento da vigilância sobre os bens, assim, a majorante do “repouso noturno” não incidirá sobre a pena, se houver vigilância sobre os bens – seja em razão da existência de eficiente sistema de alarme, seja em virtude da necessária presença, no local, de pessoas que não estejam dormindo.

Acórdãos representativos da aplicabilidade da majorante apenas pelo critério objetivo de cometimento do crime no horário de descanso noturno:

Des^a. Ana Maria Duarte Amarante Brito

A despeito da divergência na doutrina acerca das hipóteses de aplicação da causa de aumento referente ao “repouso noturno”, entendo que o período noturno torna a vigilância menos eficiente, e o patrimônio, mais vulnerável, sendo indiferente se o local é residência habitada, estabelecimento comercial ou órgão público com vigia no local. [...] A objetividade jurídica é a tutela do patrimônio, dos bens móveis que o compõem, que ficam mais vulneráveis e desvigiados à noite, na qual, em regra, as pessoas encontram-se recolhidas, e a movimentação de pessoas na comunidade também é reduzida. Não há, portanto, como afastar a causa de aumento. (TJDF, 1ª Turma Criminal, Acórdão n. 1013834, APR 20150310203383, Relatora Des^a. Ana Maria Duarte Amarante Brito, Dje de 4/5/2017.)

Des. Waldir Leôncio Lopes Júnior

Para incidência da causa de aumento de pena ora impugnada, basta que a infração penal, *in casu*, o furto, tenha sido praticada durante o repouso noturno, independentemente de o fato ter ocorrido em uma residência ou em um estabelecimento comercial. [...] De qualquer forma, hoje, não mais subsistem essas diferenças. Vem reiteradamente decidindo o colendo STJ que a qualificadora prevista no § 1º do art. 155 do CP incide nos furtos praticados contra residências, veículos e estabelecimentos comerciais durante

o repouso noturno porque, neste horário, presume-se que o patrimônio está mais vulnerável ante a precariedade da segurança. (TJDFT, 3ª Turma Criminal, Acórdão n. 1004585, APR 20160510050213, Relator Des. Waldir Leôncio Lopes Júnior, DJe de 22/3/2017.)

Des. Roberval Casemiro Belinati

De fato, consoante entendimento doutrinário e jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o critério mais adequado para aplicação da majorante em questão é o objetivo. Assim, irrelevante que o automóvel que o réu pretendia subtrair não estivesse em área residencial e que estivesse supostamente melhor vigiado por se encontrar sob custódia do Estado. O simples fato de o réu ter escolhido a madrugada para a prática delituosa demonstra ser consabido que, no período noturno, a população, em geral, está em repouso e a vigilância sobre os bens diminuem, facilitando a atuação daqueles que pretendem praticar crimes contra o patrimônio. Portanto, deve ser mantida a causa de aumento de pena relativa ao repouso noturno, prevista no artigo 155, § 1º, do Código Penal, nos moldes do voto majoritário. (TJDFT, Câmara Criminal, Acórdão n. 989100, EIR 20150910084654, Relator Des. Roberval Casemiro Belinati, DJe de 24/1/2017.)

Acórdãos representativos da aplicabilidade da majorante em razão do horário e do relaxamento da vigilância sobre os bens:

Des. Romão C. Oliveira

Como se vê, o exame da presença desta causa especial de aumento deve ser realizado em conformidade à circunstância do caso *sub judice*, porquanto a objetividade jurídica do aumento de pena presume descanso da vítima com o consequente arrefecimento de vigilância sobre os bens. No caso vertente, o furto efetivamente se deu durante a noite, em uma casa que, porém, conforme já se frisou, estava vazia, porquanto o morador estivesse em uma festa e, depois, na casa da irmã de um dos acusados. Não se vislumbra, assim, a hipótese de arrefecimento da segurança pelo “repouso noturno”, tendo em vista que sequer havia pessoas repousando naquele local. Destarte, exclui-se a causa de aumento do § 1º do art. 155 do Código Penal. (TJDFT, 1ª Turma Criminal, Acórdão n. 1010620, APR 20151210046949, Relator Des. Romão C. Oliveira, DJe de 20/4/2017.)

Des. João Batista Teixeira

Infere-se dos autos que, a despeito de o crime em questão ter sido praticado no período noturno, a ação do agente não se consumou em local habitado, não restando, portanto, configurada a ausência de vigilância sobre o bem furtado, descrita na referida majorante. Ademais, o objeto do furto se encontrava em via pública, onde permanece normalmente ao longo de todo o dia, desprovido de vigilância evidente, sendo apenas monitorado via eletrônica por autorizações concedidas aos usuários que utilizam esse tipo de serviço, motivo pelo qual não há que falar em violação à vigilância quando esta se mostra ausente. Logo, a causa de aumento referente ao repouso noturno deve ser afastada. (TJDFT, 3ª Turma Criminal, Acórdão n. 1008993, APR 20150110689648, Relator Des. João Batista Teixeira, DJe de 10/4/2017.)

Des. George Lopes

A majorante de repouso noturno não se aplica quando o furto é praticado em uma loja comercial dotada de moderno sistema de alarme eletrônico. A norma editada em 1940 visa garantir o sossego e a tranquilidade dos moradores da casa durante o descanso noturno, o que não ocorre quando se trate de uma loja comercial, onde não há pessoas dormindo e o sistema de segurança praticamente impede a consumação do furto. (TJDFT, 1ª Turma Criminal, Acórdão n. 999628, APR 20160410068804, Relator Des. George Lopes, DJe de 8/3/2017.)

UTILIZAÇÃO DA CONFISSÃO QUALIFICADA – COMO ATENUANTE DA PENA

A questão jurídica relativa à possibilidade de utilização da confissão qualificada para a aplicação da atenuante da confissão espontânea (art. 65, inciso III, “d”, do CP) não se encontra pacificada no TJDFT.

Para a primeira corrente, a confissão, mesmo que qualificada – ou seja, quando o réu admite a prática do fato, no entanto, alega, em sua defesa, teses defensivas discriminantes ou exculpantes –, tem o condão de atenuar a pena, desde que utilizada como fundamento para a condenação.

Por sua vez, a segunda corrente entende que a confissão qualificada não justifica a incidência da atenuante do art. 65, inciso III, d, do Código Penal, na medida em que o acusado busca afastar a antijuridicidade da conduta, e não reconhecer a prática do crime.

Acórdãos representativos da corrente que admite a utilização da confissão qualificada para a aplicação da atenuante da confissão espontânea:

Des. Jair Soares

Na segunda fase de fixação da pena, presente a atenuante da confissão espontânea, pois, ainda que qualificada pela tese de legítima defesa, serviu para formação da íntima convicção do conselho de sentença. Deve, portanto, ser considerada. (TJDFT, 2ª Turma Criminal, Acórdão n. 1011296, APR 20120310153280, Relator Des. Jair Soares, DJe de 26/4/2017.)

Des. Silvanio Barbosa dos Santos

De acordo com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, a confissão, ainda que parcial, qualificada ou retratada em juízo, se usada como fundamento para a condenação, enseja o reconhecimento da atenuante prevista no artigo 65, inciso III, alínea “d”, do Código Penal. (TJDFT, 2ª Turma Criminal, Acórdão n. 1010076, APR 20120810074190, Relator Des. Silvanio Barbosa dos Santos, DJe de 17/4/2017.)

Des. João Timóteo de Oliveira

Entendo que a atenuante da confissão espontânea possui caráter objetivo, de modo que para sua configuração, basta o reconhecimento espontâneo da autoria do crime perante a autoridade, mesmo que qualificada ou parcial, desde que tal declaração tenha sido utilizada pelos julgadores para convencimento quanto à autoria, o que é o caso dos autos. (TJDFT, 2ª Turma Criminal, Acórdão n. 999947, APR 20151410005712, Relator Des. João Timóteo de Oliveira, DJe de 8/3/2017.)

Acórdãos representativos da corrente que admite a utilização da confissão qualificada para a aplicação da atenuante da confissão espontânea:

Des^a. Nilsoni de Freitas

A confissão qualificada não induz à aplicação da atenuante descrita pelo art. 65, inciso III, alínea “d”, do Código Penal, pois o réu, ao sustentar a legítima defesa, causa que afasta a antijuridicidade da ação, na verdade, nega a prática do crime imputado, uma vez que a conduta se tornaria autorizada pela norma penal. (TJDFT, 3ª Turma Criminal, Acórdão n. 1006456, APR 20151410033148, Relatora Des^a. Nilsoni de Freitas, DJe de 29/3/2017.)

Des^a. Sandra De Santis

Ao alegar a legítima defesa para justificar a prática delituosa, o acusado não faz jus à atenuante do artigo 65, inciso III, alínea “d”, do CP. A finalidade do instituto é minorar a reprimenda daquele que colabora para a apenação do fato criminoso. E a tanto não se presta a confissão qualificada. Precedente do STF. (TJDFT, 1ª Turma Criminal, Acórdão n. 1002422, APR 20161510003619, Relatora Designada Des^a. Sandra De Santis, DJe de 17/3/2017.)



NORMAS EDITORIAIS

A *Revista de Doutrina e Jurisprudência – RDJ* do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios – TJDFT destina-se à publicação semestral de obras que apresentem conteúdo de interesse jurídico amplo e que primem pela inovação e pela reflexão sobre temas relevantes para a Justiça Comum Estadual.

Podem ser publicados, conforme avaliação da equipe editorial, artigos, resenhas e resumos de teses e dissertações relacionados a matérias pertinentes à Justiça Comum Estadual, inclusive ao Juizado Especial no âmbito estadual, nas áreas de Direito Constitucional; Direito Administrativo; Direito Civil; Direito Processual Civil; Direito do Consumidor; Direito Empresarial; Direito Penal; Direito Processual Penal; Lei Maria da Penha; Estatuto do Idoso; Estatuto da Criança e do Adolescente; Direito Ambiental; Direito Tributário; Direito Previdenciário; Direito Urbanístico; Direito Agrário; Filosofia do Direito; Sociologia Jurídica; Psicologia Jurídica; Métodos de Solução de Conflitos, Mediação e Conciliação.

A periodicidade da RDJ é semestral, com divulgação preferencialmente nos meses de fevereiro e agosto, nas formas impressa e eletrônica. Em todas as suas edições divulga artigos, jurisprudência do TJDFT e obras referentes a ações de destaque desenvolvidas no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Excepcionalmente, haverá convites para publicação.

A RDJ está aberta a colaborações de pós-graduados, mestres e doutores em Direito e outras áreas afins, desde que haja relevância do tema para a Justiça Comum Estadual.

REMESSA DE TEXTO

Os textos devem ser submetidos na página <https://revistajuridica.tjdft.jus.br>. Os trabalhos devem ser originais e inéditos, assim considerados aqueles que nunca foram publicados em qualquer fonte de divulgação. Essas exigências se estendem às monografias, dissertações ou teses de mestrado e doutorado que foram publicadas nos repositórios das Universidades/Faculdades.

NORMAS PARA PUBLICAÇÃO

Os interessados na publicação devem encaminhar os originais, redigidos conforme os padrões da ABNT – Associação Brasileira de Normas Técnicas, em arquivo eletrônico, no seguinte formato: editor de texto Microsoft Word; folha em tamanho A4; fonte *Times New Roman*, no tamanho 12; margens esquerda e superior de 3,0 cm; margens direita e inferior de 2,0 cm, com alinhamento justificado; recuo de 1,5 cm na primeira linha e espaçamento entre linhas 1,5, sem espaçamento entre os parágrafos. Devem ter de 10 a 25 páginas, sem marcações de quebra de página, de seção ou de coluna.

Os trabalhos devem ser apresentados em língua portuguesa, admitindo-se trabalhos em língua estrangeira, desde que acompanhados de tradução.

O trabalho original não deve conter qualquer identificação do autor, cujos dados devem ser informados em documento suplementar, com as seguintes especificações: título do artigo; nome completo do(s) autor(es); indicação da instituição à qual está vinculado; cargo; telefone, *e-mail* e endereço para correspondência

e referência aos principais títulos e atividades acadêmicas, segundo a ordem de importância (utilizar no máximo três linhas).

O artigo deve ser precedido de título, resumo e palavras-chave em português e inglês; o título deve conter no máximo 15 palavras, em letras maiúsculas em negrito; o resumo e o *abstract*, de 100 a 250 palavras, deve conter campo de estudo, objetivo, método, resultado e conclusão, em espaçamento simples, e devem ser apresentadas cinco palavras-chave e *keywords*.

As citações devem ter referência bibliográfica e quaisquer incorreções serão de inteira responsabilidade do autor.

As citações no corpo do texto devem ser feitas por sobrenome do autor, data e, se possível, número de página da publicação. Quando se tratar de dois autores, ambos devem ser citados e, havendo mais de dois autores, a citação deve ser acompanhada pelo sobrenome de um dos autores, seguido da expressão "et al."

Citações com mais de três linhas devem ser feitas em parágrafo independente, com recuo de 4 cm; fonte no tamanho 10; espaçamento simples, sem aspas e sem itálico. Citações com até três linhas devem ser inseridas no próprio corpo do texto, entre aspas e sem itálico.

O itálico deve ser utilizado somente para destacar palavras que não pertencem à língua portuguesa.

As tabelas e os gráficos devem ser gerados no editor de textos *Microsoft Word* e apresentados em preto e branco.

As notas de rodapé não serão aceitas; no entanto, quando necessárias, devem ser indicadas com números arábicos sequenciais, imedia-

tamente depois da frase a que digam respeito. Deverão ser apresentadas ao final do texto (notas de fim), numeradas sequencialmente, antes das referências bibliográficas.

As referências bibliográficas completas devem ser apresentadas ao final do texto, em ordem alfabética, segundo as normas da ABNT (NBR-6023).

AVALIAÇÃO DOS TRABALHOS

Somente as contribuições que cumprirem os requisitos formais estabelecidos serão submetidas ao processo de avaliação.

O editor-chefe avaliará, preliminarmente, a adequação aos padrões de editoração e à linha editorial da Revista. O trabalho que não atender aos objetivos da Revista será imediatamente devolvido ao autor.

Havendo inadequação às normas da Revista, a Comissão Executiva entrará em contato com o autor para as devidas adaptações. Cumpridas as exigências, a submissão será confirmada. Caso não sejam atendidas as normas da Revista, o trabalho será devolvido ao autor.

Admitida a submissão, a Comissão Executiva providenciará a avaliação técnica no prazo máximo de 6 (seis) meses.

Cada trabalho será distribuído a 2 (dois) pareceristas, ficando em sigilo os nomes do autor e dos avaliadores, para garantir o anonimato e a lisura do processo de avaliação (*blind peer review*). Após 15 (quinze) dias do encaminhamento, os pareceristas emitirão manifestação em formulário próprio, indicando ou não a publicação do trabalho avaliado, podendo, se necessário, recomendar ao autor ajustes antes da emissão do parecer definitivo.

O trabalho que obtiver duas recomendações negativas será devolvido ao autor.

Em caso de divergência entre os avaliadores, um terceiro parecerista opinará sobre a indicação ou não do trabalho para publicação, podendo, ainda, recomendar ao autor ajustes antes da emissão do parecer definitivo. Não sendo recomendada a publicação do trabalho pelo terceiro parecerista, devolver-se-á o trabalho ao autor.

Em caso de sugestão de ajustes, o autor poderá promovê-los no prazo de 5 (cinco) dias, a contar da ciência da avaliação. Não havendo manifestação do autor no prazo estipulado, o trabalho será devolvido a ele.

O trabalho com os ajustes será submetido a nova análise do(s) parecerista(s) solicitante(s), o(s) qual(is), no prazo de 05 (cinco) dias, emitirá(ão) parecer definitivo sobre a recomendação ou não de publicação do trabalho.

Após a avaliação dos pareceristas, o Editor-Associado poderá ser consultado e o Editor-Chefe decidirá, em caráter definitivo, sobre a pertinência da publicação do trabalho na Revista, comunicando o respectivo autor.

O autor será comunicado da recomendação ou eventual recusa da publicação no prazo de 30 (trinta) dias, contado da decisão do Editor-Chefe.

Os trabalhos que não forem publicados na edição imediatamente posterior à data de aprovação para publicação ficarão armazenados em arquivo próprio e, havendo interesse do autor, poderão ser publicados em edições futuras. Nessa hipótese, o autor poderá, a qualquer tempo, solicitar a devolução do trabalho, ficando ele excluído do rol de artigos aptos à publicação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Quando da submissão dos trabalhos, os autores deverão concordar com termo de submissão de artigo e de autorização para publicação, cessão de direitos autorais e declaração de originalidade e ineditismo, constante na página <https://revistajuridica.tjdft.jus.br>.

A submissão dos trabalhos implica a anuência incondicional às normas da RDJ, e também a cessão total, irrevogável e gratuita dos direitos autorais a eles pertinentes.

Os autores serão inteiramente responsáveis pelas citações, referências, titularidade e originalidade dos trabalhos e opiniões manifestadas nos artigos.

Os artigos deverão ser originais e inéditos, assim considerados aqueles que nunca foram publicados em qualquer fonte de divulgação. Não poderão conter plágio, portanto, citação literal, paráfrase ou resumo deverão vir acompanhados obrigatoriamente da referência à publicação original.

Não é permitido o autoplágio, ou seja, a inserção de partes substanciais de trabalhos do autor que tenham sido publicados anteriormente. A citação de trabalho do próprio autor, desde que obedecidas as regras da ABNT, não é considerada autoplágio.

Todas as submissões que contenham plágio ou autoplágio serão devolvidas. Essas exigências se estendem às monografias, às dissertações e às teses de mestrado e doutorado que foram publicadas nos repositórios de Universidades/Faculdades.

Não serão devidos direitos autorais ou qualquer outro tipo de remuneração pela publicação dos trabalhos na Revista de Doutrina e Jurisprudência do TJDFT, independentemente do tipo de mídia em que sejam publicados.

TJDFT

PRODUÇÃO GRÁFICA

COORDENADORIA DE DIGITALIZAÇÃO E SERVIÇOS GRÁFICOS >> CODIG

TJDFT

ISSN 0101-8868

Venda Proibida