

JURIS PLENUM

Doutrina - Jurisprudência

93

ISSN 1807-6017

Juris Plenum

Doutrina - Jurisprudência

Classificação Qualis Capes B1

Repositório autorizado/credenciado de jurisprudência

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (inscrição sob nº 036/05, em 20.10.2005).

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA nº 55 (Portaria nº 5, de 28.11.2013, da Exma. Sra. Ministra Diretora da Revista do STJ, publicada no Diário da Justiça eletrônico de 29.11.2013).

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO (Portaria COJUD nº 4, de 08.08.2005, do Exmo. Sr. Des. Fed. Diretor da Revista do TRF da 1ª Região, publicada no Diário da Justiça de 12.08.2005, Seção 2, p. 2).

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO nº 34 (Portaria nº 1, de 10.03.2008, do Exmo. Sr. Des. Fed. Diretor da Escola da Magistratura do TRF da 4ª Região, publicada no Diário Eletrônico nº 64, de 25.03.2008).

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO nº 13 (Despacho do Exmo. Sr. Des. Fed. Diretor da Revista do TRF da 5ª Região, publicado no Diário da Justiça de 05.09.2005, Seção 2, p. 612).

Juris Plenum

Ano XVI - número 93 - Maio de 2020

Editor

Flávio Augustin

Conselho Editorial

Accácio Cambi

Ada Pellegrini Grinover (*in memoriam*)

Álvaro Villaça Azevedo

Eduardo Arruda Alvim

Fábio da Silva Veiga

Fredie Didier Jr.

Hugo de Brito Machado

Humberto Theodoro Júnior

Ives Gandra da Silva Martins

J. Cretella Júnior (*in memoriam*)

Jorge Miranda

José Augusto Delgado

José Carlos Barbosa Moreira (*in memoriam*)

José Renato Nalini

Maria Berenice Dias

Romeu Felipe Bacellar Filho

Rui Stoco

Sacha Calmon Navarro Coêlho

Sérgio Augustin

Teori Albino Zavascki (*in memoriam*)

Teresa Arruda Alvim

Editora Plenum Ltda.

Av. Itália, 460 - 1º andar

CEP 95010-040 - Caxias do Sul/RS

plenum@plenum.com.br

www.plenum.com.br

© **JURIS PLENUM**

EDITORA PLENUM LTDA

Caxias do Sul - RS - Brasil

Publicação bimestral de doutrina e jurisprudência. Todos os direitos reservados à Editora Plenum Ltda. É vedada a reprodução parcial ou total sem citação da fonte.

Os conceitos emitidos nos trabalhos assinados são de responsabilidade dos autores.

E-mail para remessa de artigos: plenum@plenum.com.br

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

J95 Juris Plenum / Editora Plenum . Ano XVI, n. 93 (maio/jun. 2020). -
Caxias do Sul, RS: Editora Plenum, 2020.
192p. ; 23cm.

Bimestral
ISSN 1807-6017

1. Direito. 2. Ciências jurídicas. 3. Direito Civil.
I. Editora Plenum.

CDU: 340

Índice para o catálogo sistemático:

1. Direito	340
2. Ciências jurídicas	340
3. Direito Civil	347

Catalogação na fonte elaborada pelo Bibliotecário
Marcos Leandro Freitas Hübner – CRB 10/1253

Editoração eletrônica: Editora Plenum Ltda.

Tiragem: 5.000 exemplares

Distribuída em todo território nacional

Os acórdãos selecionados correspondem, na íntegra, às cópias obtidas nas secretarias dos tribunais

Serviço de atendimento ao cliente: 54-3733-7447

SUMÁRIO

Doutrina nacional

Da vedação à crueldade na Constituição: a tutela do animal, mas não do nascituro? CHESMAN PEREIRA EMERIM JUNIOR, LEANDRO UBIALLI CARDOSO.....	7
Limites e requisitos da ordem judicial para quebra de sigilo de dados armazenados por provedor de serviços na internet - Desnecessidade de individualização prévia do(s) investigado(s) e do esgotamento de outros meios de prova DEMÓCRITO RAMOS REINALDO FILHO.....	23
A estrutura antilavagem e o <i>compliance</i> nas serventias extrajudiciais: considerações a partir do Provimento CNJ nº 88/2019 ELIAS MARQUES DE MEDEIROS NETO, ELEANDRO G. C. VANIN E HOCHMANN.....	49
Eficácia dos direitos coletivos, difusos e transindividuais quanto à proteção dos direitos fundamentais da criança e do adolescente JOSÉ MARIA TEIXEIRA DO ROSÁRIO.....	67
O direito geral da personalidade: do surgimento ao reconhecimento no Brasil LEONARDO ESTEVAM DE ASSIS ZANINI, ODETE NOVAIS CARNEIRO QUEIROZ.....	89
Governo eletrônico e gestão do judiciário: a transformação digital da justiça sob as ópticas da celeridade, da eficácia, do orçamento e da experiência do usuário MAXIMILIANO PEREIRA DE CARVALHO.....	111

Doutrina internacional

Juízes constitucionais e parlamentos A experiência de Portugal JORGE MIRANDA.....	143
--	-----

Acórdãos

STF - Ag. Reg. no Recurso Extraordinário nº 1.223.975/SP.....	161
STJ - Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei nº 372/SP.....	166
TRF1 - Apelação Cível nº 0007835-10.2010.4.01.3400/DF.....	181
TRF4 - Apelação Cível nº 5002108-35.2019.4.04.7102/RS.....	185
TRF5 - Agravo de Instrumento nº 0805645-30.2019.4.05.0000.....	190

DA VEDAÇÃO À CRUELDADE NA CONSTITUIÇÃO: A TUTELA DO ANIMAL, MAS NÃO DO NASCITURO?*

THE PROHIBITION TO CRUELTY IN FEDERAL CONSTITUTION: THE PROTECTION OF THE ANIMAL, BUT NOT OF THE UNBORN CHILD?

CHESMAN PEREIRA EMERIM JUNIOR

Advogado. Pós-Graduado em Direito Civil pela UNIDERP. Pós-Graduado em Direito Eleitoral pela Uniasselvi. Bacharel em Direito pela Universidade Luterana do Brasil. Professor da Universidade do Sul de Santa Catarina - UNISUL. Endereço eletrônico: chesmanemerim@yahoo.com.br.

LEANDRO UBIALLI CARDOSO

Acadêmico em Direito na Universidade do Sul de Santa Catarina.

SUMÁRIO: Introdução - 1. Da vedação à crueldade na Constituição - 2. Dos fundamentos a não crueldade - 3. Do aborto como realidade cruel ao nascituro - 4. Da incompatibilidade de ato cruel contra o nascituro - 5. Entre animais e nascituros: a falsa aporia - Conclusão - Referências.

RESUMO: Este artigo faz uma comparação entre a vedação à crueldade contra os animais e o aborto, eis que este último também se trata de crueldade ao nascituro.

PALAVRAS-CHAVE: crueldade; animais; aborto; nascituro; Constituição Federal.

ABSTRACT: This paper makes a comparison between the prohibition against cruelty to animals and abortion, since the latter is also cruelty to the unborn child.

KEYWORDS: cruelty; animals; abortion; unborn child; Federal Constitution.

INTRODUÇÃO

Pelo princípio hermenêutico que nos impele a uma leitura sistemática das estruturas normativas, não podemos perder de vista duas premissas essenciais: primeiro, os pilares do direito pátrio estão enraizados em um sistema de valores e princípios constitucionais,

* Data de recebimento do artigo: 13.01.2020.

Datas de pareceres de aprovação: 28.01.2020 e 07.02.2020.

Data de aprovação pelo Conselho Editorial: 12.02.2020.

que dão harmonia e sentido às proposituras específicas das normas; segundo, que uma visão atomística pode gerar contradições seriíssimas, que poderão derruir toda a logicidade fundante de nosso sistema jurídico.

Diante de tais premissas, vamos ao mote que provoca o presente trabalho: a crueldade é uma realidade fática que o sistema jurídico brasileiro tolera ou abomina? Existe uma raiz principiológica, constitucional, para esta conclusão? Por outro ângulo, e um pouco mais concentrado: nascituros e animais são titulares de proteção jurídica. Isso é incontestável. Em razão disso, poderíamos entender que seria razoável justificar a vedação à crueldade aos animais e, no mesmo passo, permitir condutas cruéis perante o nascituro, notadamente mediante a prática do aborto? Poderíamos, diante de nosso sistema constitucional, permitir atos cruéis com o nascituro? A crueldade, em si, e seja ela qual for, nos aprimora enquanto sociedade?

Esses questionamentos nascem de um imperativo de logicidade do sistema jurídico pátrio, especialmente diante da indiscutível vedação legal e constitucional à crueldade aos animais, em contraste com projetos do legislativo federal, e iminente apreciação do Supremo Tribunal Federal, acerca da descriminalização do aborto (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 442), ou seja, uma realidade que atenta frontalmente ao nascituro, e lhe impinge, antes da morte, um cruel sofrimento.

Há várias histórias de maus tratos injustificados a animais - todas reprováveis. Todavia, o que nos impele a exigir uma coerência sistêmica é, *v.g.*, a onda gigantesca de revolta que vimos no famoso caso do cachorro morto após ser espancado no supermercado (SANTIAGO, 2018), que foi expulso de dentro do estabelecimento com violência, vindo a morrer em seguida, sendo que igual revolta não vemos diante da realidade do aborto, no que toca à sua evidente crueldade. O aspecto crueldade não encontra igual ênfase no que toca à realidade do aborto: antes, percebe-se uma minúscula atenção.

Se alguém questiona se o aborto não é cruel, evoquemos *ab initio* um documentário que narra esse contexto de dor, crueldade, sofrimento e morte no que toca ao nascituro: *O Grito Silencioso* (1984). Talvez por isso, querendo tirar do silêncio esta crueldade que muitas vezes não ganha maior atenção, a Suprema Corte norte-americana decidiu recentemente pela obrigatoriedade da “lei do ultrassom”, no Kentucky, que obriga as mães que desejam abortar que antes ouçam o batimento cardíaco do filho que está em seu útero (CORREIO DO POVO, 2019). Para dar um atestado de veracidade ao que se diz acima, recentemente Leah Torres, uma abortista de Utah, na sua rede social disse explicitamente que: “Eu corto as cordas vocais dos bebês para eles não gritarem” (lifenews.com, 2018).

É necessário partir de evidências reais, e não apenas de argumentos, para que se possa contribuir neste campo de discussões sobre o tema, conectando o máximo possível com os referenciais fáticos subjacentes ao embate.

Nascituro, com efeito, não é um amontoado de carne, e isso o próprio sistema pátrio já também traz, ao dizer que “a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro” (BRASIL, 2002). Partindo da leitura direta do referido dispositivo, poderíamos perguntar, objetivamente, qual seria o primeiro direito do nascituro que “a lei põe a salvo” desde a concepção (art. 2º, CC/02). E, depois, quais seriam o segundo e o terceiro direitos. O que

perguntamos, e isso com base na tecnologia jurídica existente e no aparato principiológico fundante do sistema pátrio, é: se o animal tem vedado contra si qualquer tratamento cruel (art. 225, VI, da CF), haveria alguma razão para descartarmos a vedação à crueldade ao nascituro, ainda mais diante de uma hierarquia de tutelas, e a condição humana do nascituro (art. 1º, III, da CF)?

Encaremos esse desafio.

1. DA VEDAÇÃO À CRUELDADE NA CONSTITUIÇÃO

Ao estudar a Constituição, questionando o que ela tem a dizer sobre a crueldade, vemos uma palavra unívoca a respeito disso.

A primeira referência explícita à crueldade está insculpida no art. 5º, XLVII, “e”, que veda a criação de penas cruéis. Aqui vemos que, embora possa haver até uma crueldade de quem pratica um crime, ainda assim, isso não dá à sociedade organizada a oportunidade para realização de atos cruéis contra esta mesma pessoa. Temos, com efeito, um atestado de que a sociedade organizada não compactua com a crueldade, ainda que esteja punindo quem seja cruel. A sociedade tem pacto explícito de não legitimar a crueldade, ainda que seja contra quem foi cruel. A quem não praticou crueldade, portanto, praticar crueldade encontra maior negativa.

Vejamos, por oportuno, a aversão à crueldade, ao olharmos os dispositivos penais. O Código Penal deixa claro, em seu artigo 61, que são circunstâncias que sempre agravam a pena ter o agente cometido o crime com meio cruel. Qual a raiz da escolha constitucional à vedação e repulsa a crueldade, ao ponto do Código Penal, norma infraconstitucional, deixar explícito que a crueldade merece um rigor legislativo muito mais veemente?

O Código Penal, com uma lupa de intensidade própria, decorrente do princípio da subsidiariedade, demonstra que matar é mais grave se o assassinato estiver conjugado com a crueldade (art. 121, § 2º, III, CP). A crueldade é um elemento que desqualifica, merece repulsa social e tem um rigor punitivo ainda mais severo.

Não obstante, além do Código Penal, existem leis esparsas que intensificam com rigor atos de tortura, que não deixam, por si só, de serem considerados como atos cruéis. Por exemplo, temos a Lei n. 9.455/97 que define os crimes de tortura. Destaca-se que tal diploma legal é tão rigoroso a ponto de versar que os crimes nele previstos são inafiançáveis e insuscetíveis de fiança. Nosso sistema legal tem repulsa à crueldade.

Em um segundo momento, depois da Constituição Federal abordar a vedação à crueldade aos seres humanos, trata da proibição da crueldade aos animais, destacando no seu art. 225, § 1º, VII: “vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou *submetam os animais a crueldade*” (g.n.).

A Lei dos Crimes Ambientais (Lei nº 9.605/1998), por sua vez, no art. 32 tipifica penalmente a conduta de tratamento cruel aos animais. Vemos, com clareza ímpar, que a crueldade é um ato que está no severo campo penal, o que dá um acento singular a comportamentos cruéis.

Destaca-se que o sistema normativo nos fala: façamos o cotejo entre a gradação da pena quando a crueldade é praticada contra um animal e quando a crueldade é praticada contra seres humanos. Nesta última, a pena contém uma repulsa muito mais intensa, e um rigor legislativo muito maior.

Seguindo a abordagem constitucional do tema da crueldade, nos deparamos com o art. 227, única oportunidade que o legislador constitucional destaca um sujeito por uma característica específica que precisa ser colocado a salvo de toda forma de crueldade, i.e., a criança, o adolescente e o jovem.

O que a Constituição fala, e estabelece como um princípio hermenêutico, acerca da crueldade contra uma pessoa é que: quanto mais frágil for a pessoa, mais grave e repulsiva é uma prática cruel. Eis uma premissa constitucional explícita.

Ao lermos o Estatuto do Idoso, no artigo 4º: “Nenhum idoso será objeto de qualquer tipo de negligência, discriminação, violência, *crueldade* ou opressão, e todo atentado aos seus direitos, por ação ou omissão, será punido na forma da lei” (g.n.). Vemos que a redação do Estatuto do Idoso é um “espelho” da redação do art. 227, o que demonstra que no referido dispositivo constitucional, mais que uma regra específica, estamos diante de um princípio: aquele que é frágil, tem maior proteção legal contra a crueldade. Isso se dá numa lógica simples: a gradação da repulsa à crueldade leva em conta também a fragilidade de quem está sendo vítima.

Para corroborar a fundamentação no sentido de que aos frágeis há uma preocupação constitucional e principiológica de vedação à crueldade, vejamos o Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015), a seguinte redação: “Art. 5º A pessoa com deficiência será protegida de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, *tortura, crueldade*, opressão e tratamento desumano ou degradante” (g.n.).

Podemos, diante desse enfoque constitucional e dessa perspectiva principiológica que emana do art. 227 da CFRB, agregar o comentário de Dip (2013): “Decerto, a só leitura do n. 2 do art. 1º do Pacto (de São José da Costa Rica) - “pessoa é todo ser humano” - permite a cômoda definição textual: não importa se em ambiente intra ou extra uterino, o ser humano - embrião, feto, recém-nascido, criança, adolescente, adulto, velho - *o ser humano é pessoa*” (g.n.).

Portanto, se diante da fragilidade humana temos uma premissa constitucional gradativa de vedação à crueldade, não é equívoco compreender que o nascituro, humano que é, e em razão de sua peculiar fragilidade, merece maior tutela contra a crueldade. É no nascituro que encontramos o ápice da vedação à crueldade.

Muitos doutrinadores dos direitos dos animais fundamentam exatamente essa lógica, i.e., do animal como ser indefeso, e por isso a crueldade não é admitida. Ora, se usamos essa lógica para animais, seríamos incoerentes, no mínimo, ao dar tratamento diferenciado a quem detém a individualidade e autonomia de uma vida humana, ou seja, do nascituro, que é indefeso ao extremo e, com espeque no princípio constitucional de vedação à desigualdade, não poderíamos retirar uma proibição contra a crueldade segundo o lugar em que esteja a pessoa, se no ambiente intra ou extrauterino.

2. DOS FUNDAMENTOS A NÃO CRUELDADE

Como vimos, a Constituição tem uma posição severa acerca da crueldade.

A crueldade é, sem sombra de dúvidas, um violador direto e frontal da solidariedade, prevista no art. 3º, III, da CFRB/88 - um dos objetivos de nossa nação.

Com efeito, a crueldade é um ato contrário à solidariedade, que representa um norte para definir os passos legislativos de nossa sociedade. Admitir a crueldade, seja que nível que for, é respaldar um vício que não se sincroniza jamais com os objetivos de nossa *Lex Mater*.

Por outro lado, a dignidade da pessoa humana não é apenas um princípio que busca olhar para o ser humano, alvo de uma conduta, e evitar que lhe seja violado este atributo de dignidade imanente à condição humana. Há uma leitura da dignidade da pessoa humana que precisa ser feita: não como um direito da pessoa, mas como um dever, e um imperativo de ação, de comportamento. Ou seja, não se pode admitir qualquer comportamento que contradiga a dignidade da pessoa humana. É dever de cada qual agir segundo a dignidade da pessoa humana.

A crueldade, portanto, se revela como um ato incompatível com a dignidade da pessoa humana, exatamente porque é vedado ao humano praticar condutas que neguem a sua própria condição humana. A nobreza obriga. Numa outra linguagem: a nobreza de nossa condição humana, então, obriga a praticar condutas que não sejam abarcadas e categorizadas como atos cruéis. Caso nosso sistema abrisse qualquer brecha para legalizar crueldades, no mesmo instante, os pilares de nossa Constituição ficariam abalados. Se alguma parte da sociedade estivesse interessada em legitimar a crueldade, ainda assim, tal interesse não poderia jamais ter respaldo, tendo em vista que autorizaríamos condutas inferiores à estatura da dignidade humana.

Há exemplos dessa mesma hermenêutica em outros lugares no nosso ordenamento? Evidente que sim. Pensemos, por exemplo, na boa-fé, como um imperativo fundamental do sistema. Com efeito, o sistema normativo não admite jamais a má-fé. Evidenciada a má-fé, o ato de repulsa e rigor que brota desde a Constituição é retumbante. Não nos faltam exemplos. E é vedada a má-fé exatamente porque ela contradiz um dos pilares de nossa sociedade - a confiança nas relações, que é também uma dimensão fundamental da própria dignidade da pessoa humana. Assim, no exato momento que admitíssemos no ordenamento pátrio a autorização para a má-fé, uma que fosse, estaríamos traindo a força criativa de todas as normas, que aponta para a edificação de uma sociedade aprimorada, vinculada à solidariedade e à dignidade da pessoa humana. Sabe-se que uma sociedade sadia não se edificaria com os tijolos da má-fé, e muito menos da crueldade. A nobreza humana não compactua com a má-fé. Tampouco com a crueldade. Não encontraremos um só doutrinador que admita a legitimação jurídica da má-fé; se encontrássemos, seu descrédito seria evidente. Dando um passo adiante, vemos que igual raciocínio se aplica à crueldade.

Por isso, o princípio da dignidade da pessoa humana fulmina *ab ovo* qualquer possibilidade de admitirmos no ordenamento brasileiro a crueldade.

Monteiro (1977, p. 193) nos faz dar um passo a mais nessa reflexão: “Não se pode contestar a máxima ‘ubi societas ibi jus’, mas esta faz alusão somente à condição necessária e nunca à *condição bastante* autêntica da vida social” (g.n.). E arremata: “Mas para que a justiça progrida e a *vida social melhore* sempre há de haver um crescimento de amor, sem o qual a cordialidade entre os homens se entibia e fenece” (g.n.).

Desse modo, a vedação à crueldade, como a vedação à má-fé revela por um lado o “não” que nossa Constituição dá para realidades que desmoronariam nossa organização social sadia. Entretanto, não cessa a Constituição no “não” (à crueldade, e à má-fé), e vai ao “sim”, ou seja, estabelece excelências humanas, típicas da natureza humana que permitem aprimorar a vida em sociedade. Por isso, um dos pilares constitucionais é a dignidade da pessoa humana.

Ora, se nossa Constituição diz que nos orientamos à construção de uma sociedade livre, justa e solidária, é uma consequência lógica que não admitamos jamais a crueldade em nosso sistema jurídico, posto que isso contraria o objetivo de nossa Lei Maior, e bem assim o padrão de excelência que impõe esta dignidade da pessoa humana que temos por eixo axiológico central de nosso ordenamento.

3. DO ABORTO COMO REALIDADE CRUEL AO NASCITURO

Quem é o nascituro? O art. 2º do Código Civil diz-nos claramente: desde a concepção, aquela individualidade humana, autônoma à mãe, mas que está no contexto intrauterino.

O projeto de lei denominado “Estatuto do nascituro” traz na sua justificativa o seguinte texto (Brasil, 2007):

Como Promotora de Justiça do Tribunal do Júri, na missão constitucional de defesa da vida humana, e também na qualidade de mulher e mãe, repudio o aborto como um crime nefando. Por incoerência de nosso ordenamento jurídico, o aborto não está incluído entre os crimes hediondos (Lei nº 8.072/90), quando deveria ser o primeiro deles. Embora o aborto seja o mais covarde de todos os assassinatos, é apenado tão brandamente que acaba enquadrando-se entre os crimes de menor potencial ofensivo (Lei dos Juizados Especiais 9.099/95). Noto, com tristeza, o desvalor pela vida da criança por nascer. Os métodos empregados usualmente em um aborto não podem ser comentados durante uma refeição. O bebê é esquartejado (aborto por curetagem), aspirado em pedacinhos (aborto por sucção), envenenado por uma solução que lhe corrói a pele (aborto por envenenamento salino) ou simplesmente retirado vivo e deixado morrer à míngua (aborto por cesariana). Alguns demoram muito para morrer, fazendo-se necessária ação direta para acabar de matá-los, se não se quer colocá-los na lata de lixo ainda vivos. Se tais procedimentos fossem empregados para matar uma criança já nascida, sem dúvida o crime seria homicídio qualificado. Por um inexplicável preconceito de lugar, se

tais atrocidades são cometidas dentro do útero (e não fora dele) o delito é de segunda ou terceira categoria, um “crime de bagatela”.

Quem escreveu este texto é uma promotora de justiça do Tribunal do Júri do Distrito Federal, Dra. Maria José Miranda Pereira. Sua condição e função a deixa próxima, muito próxima, de atos cruéis extremos. Por isso, seu testemunho de crueldade sobre o aborto, numa visão isenta e jurídica, nos impõe grande reflexão.

Seguindo essa toada, tal crueldade remete-nos aos suplícios praticados na França no século XVIII. A memorável obra *Vigiar e Punir* de Michel Foucault encena de forma clarividente como ocorriam os suplícios naquela época que, assim como definiu a promotora de justiça Dra. Maria José Miranda Pereira, não podem ser comentados durante uma refeição.

Para esclarecer, Michel Foucault (2014, p. 36) explica o conceito de suplício (*Encyclopédie*, verbete suplício):

Que é um suplício?

Pena corporal, dolorosa, mais ou menos atroz [dizia Jaucourt]; e acrescentava: “é um fenômeno inexplicável a extensão da imaginação dos homens para a barbárie e a crueldade”.

Mas qual o sentido de se analisar a questão da execução da pena do criminoso em um passado não tão distante? Se atentarmos para a atualidade se pode considerar que se evoluiu significativamente, a esse respeito?

Explicamos. Quando Michel Foucault inicia seu livro, de pronto ele descreve o suplício praticado em desfavor de Damiens, que foi condenado no dia 2 de março de 1757. Observamos o ato de crueldade então descrito (2014, p. 9-11):

[...] Acendeu-se o enxofre, mas o fogo era tão fraco que a pele das costas da mão mal e mal sofreu. Depois, um executor, de mangas arregaçadas acima dos cotovelos, tomou umas tenazes de aço preparadas *ad hoc*, medindo cerca de um pé e meio de comprimento, atenzou-lhe primeiro a barriga da perna direita, depois a coxa, daí passando às duas partes da barriga do braço direito; em seguida os mamilos. Este executor, ainda que forte e robusto, teve grande dificuldade em arrancar os pedaços de carne que tirava em suas tenazes duas ou três vezes do mesmo lado ao torcer [...]. Em seguida, com cordas menores se ataram as cordas destinadas a atrelar os cavalos, sendo estes atrelados a seguir a cada membro ao longo das coxas, das pernas e dos braços. [...]

Os cavalos deram uma arrancada, puxando cada qual um membro em linha reta, cada cavalo segurado por um carrasco. Um quarto de hora mais tarde, a mesma cerimônia, e enfim, após várias tentativas, foi necessário fazer os cavalos puxar da seguinte forma: os do braço direito à cabeça, os das coxas voltando para o lado dos braços, fazendo-lhe romper os braços nas juntas. Esses arrancos foram repetidos várias vezes, sem resultado. [...] Foi necessário

colocar dois cavalos, diante dos atrelados às coxas, totalizando seis cavalos. Mas sem resultado algum. [...]

[...] o carrasco Samson e o que lhe havia atezado tiraram cada qual do bolso uma faca e lhe cortaram as coxas na junção com o tronco do corpo; os quatro cavalos, colocando toda força, levaram-lhe as duas coxas de arrasto, isto é: a do lado direito por primeiro, e depois a outra; a seguir fizeram o mesmo com os braços, com as espáduas e axilas e as quatro partes; foi preciso cortar as carnes até quase aos ossos; os cavalos, puxando com toda força, arrebataram-lhe o braço direito primeiro e depois o outro.

A cena descrita é atroz, cruel, desumana. Mas qual a relação dela para com a prática de um aborto? Se associarmos a cena acima com a de um aborto sendo realizado, é fácil perceber a grande simetria existente entre as narrativas. O aborto, portanto, se manifesta como uma atualização desta realidade cruel, antiga, apenas com novas roupagens, sujeitos e métodos.

O médico ou enfermeiro que realiza o procedimento é como o carrasco do suplício; os cavalos são como os instrumentos que o médico utiliza para desmembrar as partes do corpo do feto, retirando parte por parte, membro por membro, assim como foi feito com Damians em 1757; e a gestante que escolheu pela prática dessa atrocidade é a figura que representa o juiz que determinou a sentença.

Assim, infere-se que o aborto é indiscutivelmente um ato de crueldade contra o nascituro. A crueldade é ínsita ao ato. A diferença entre Damians e os nascituros que têm suas vidas ceifadas é que o primeiro vive extrauterinamente. O ato cruel é muito semelhante. Por isso, a prática do aborto, além de ser um ato cruel, nos remete a um retrocesso social de quase trezentos anos.

Diante dessa premissa, analisemos a crueldade contra o nascituro, e sua incoerência com o ordenamento brasileiro.

4. DA INCOMPATIBILIDADE DE ATO CRUEL CONTRA O NASCITURO

O aborto é composto de uma multiplicidade de atos cruéis, e retomando ainda o que falamos alhures, o nascituro, que é um ser autônomo à mãe, com sua individualidade e condição humana irrefutáveis, é ainda um ser indefeso e frágil.

Por isso, e independente dos diversos prejuízos à genitora pelo aborto, precisa-se atentar ao fato de que se impinge por tal prática uma via de sofrimentos, mutilações, envenenamentos, que culminam com a morte do nascituro.

Se isso não for um atestado de crueldade, de maldade ínsita, e que, por isso, está violando o imperativo da Constituição de vedação à crueldade, não se sabe o que pode encaixar.

Temos um alicerce interior que nos mostra (pela dignidade da pessoa humana que portamos), uma repulsa tremenda a este ato cruel, em face de um idoso. Também nos desesperamos quando vemos um idoso vítima de maus tratos em um asilo ou uma criança vítima de atos cruéis, como quando é deixada sem comida, trancafiada e violentada,

inclusive sexualmente. O que justificaria, então, admitirmos a crueldade contra o nascituro? Estaríamos admitindo isso, como via de progresso e aprimoramento social? A crueldade não é sempre um ato contraditório à nossa condição humana, e ao objetivo constitucional da solidariedade, previsto no art. 3º da CFRB?

A questão da crueldade contra o nascituro é uma verdade imanente à prática do aborto, sendo que, é tão notória e fere tão profundamente nossa raiz humana que, ao narrar sobre a crueldade desta via de destruição da vida intrauterina, não há quem não se curve. Somos humanos: *nihil humani a me alienum puto*.

Ao contrário, tudo que é desumano (e a crueldade é um exemplo), fere a base de nossa sociedade, de nossa humanidade. Por isso o aborto é de uma tragédia que sinaliza a destruição mais profunda daquilo que nos torna humanos, nos retirando a quintessência. Estamos nos aproximando da crueldade, e nos afastando do amor, que é, para além da justiça, o que permite um crescimento sadio e harmonioso da sociedade.

Além disso, o menosprezo pela vida do nascituro é algo repugnante, baseado em pura retórica e teorias rasas que não possuem nenhum sentido lógico-racional para a prática desta barbárie. Catalogar como barbárie, ou seja, algo que nos torna bárbaros, tem uma solidez conceitual relevante, eis que estamos nos distanciando do objetivo não bárbaro previsto na Constituição acerca da solidariedade e da repulsa à crueldade.

Há quem diga que estaríamos apenas diante de “um amontoado de células” ou um “coágulo de sangue” e que a mulher é quem tem o direito de decidir pela vida ou não do nascituro. É sabido, entretanto, que o direito a liberdade não é um direito absoluto, até porque se o fosse não existiriam as penas privativas de liberdade, ou seja: a liberdade individual de cada ser humano é relativa, ainda mais quando se está buscando legitimar, pelo aborto, uma liberdade cruel, o que é incompatível intrinsecamente com o alvo constitucional explícito de nossa Lei Maior, já acima referido.

Nessa banda, evidenciam-se duas questões importantes quanto aos argumentos pró-aborto expostos acima: o nascituro está vivo; e é uma pessoa. Segundo Razzo (2017):

Sobre o *status* pessoal e moral do nascituro, defenderei o seguinte: está vivo e é uma pessoa. Há duas premissas aí. A primeira, está vivo, é uma evidencia confirmada pelo método científico, pois trata-se de um fato biológico. A segunda, é uma pessoa, não é uma evidência passível de ser confirmada por qualquer método empírico: trata-se de um postulado filosófico e carece de justificativa. Ou seja, é fato antropológico e moral. O nascituro atende aos critérios determinados pela própria condição. Portanto, é uma pessoa.

Com efeito, se está vivo e se é uma pessoa, o que justificaria matá-lo, submetendo-o a atos cruéis indiscutíveis? Lembramo-nos daquela velha máxima de que “o meu direito vai até o limite do direito do próximo”, ou seja, como está expresso no art. 2º do Código Civil, a liberdade da gestante encontra fronteira perante o direito do nascituro fixado na lei, e a liberdade cruel, perante o nascituro, visando (e alcançando) a sua morte não é uma realidade acolhida em nosso ordenamento - repetamos.

Como já citado pelo texto da justificativa do projeto de lei do estatuto do nascituro o aborto por curetagem, por sucção, por envenenamento salino ou por cesariana são, indiscutivelmente, atos de crueldade, incompatíveis com o direito à vida do nascituro e com a dignidade da pessoa humana.

5. ENTRE ANIMAIS E NASCITUROS: A FALSA APORIA

Cumpre-nos apresentar alguns apontamentos doutrinários que seguem:

O Direito Penal [...] trabalha com a concepção de que deixar atos cruéis impunes poderia colaborar para o embrutecimento do homem em relação a seu próprio semelhante [...]. Qualquer tentativa legislativa que vise regulamentar um uso que é inerentemente cruel incorre no vício, pois, de inconstitucionalidade.

Questione-se a fonte deste excerto: foi retirado de algum trabalho, texto, artigo que visava à tutela da pessoa (idoso, criança, nascituro)? Não, o argumento acima - real e sério - encontra-se em um trabalho acerca da crueldade aos animais.

Sem tirar nem por, transcrevemos do referido artigo, notadamente do voto do Ministro Luís Roberto Barroso quando do julgamento da ADI nº 4.983 a seguinte afirmação: “Se os animais possuem algum interesse incontestável, esse interesse é o de não sofrer”.

Diante do acima exposto, e se admitíssemos a crueldade contra o nascituro, estaríamos catalogando o nascituro como um ente abaixo do animal, uma vez que não se pode ser cruel com os animais, mas poderíamos exercitar a crueldade contra o nascituro.

Evoque-se que, na estrutura normativa atual, o animal é categorizado como coisa (LOURENÇO; OLIVEIRA, 2019) e, embora mereça uma qualificação jurídica própria, mais adequada, vemos que o nascituro, tendo uma qualidade única, irrepetível, ou seja, a humanidade, estaríamos entendendo que a este sim o sofrimento e a crueldade seriam admitidos. Nesse rumo interpretativo, então, o nascituro seria menos que uma coisa. A incoerência, pois, é gritante.

Os argumentos contra a crueldade com animais são convincentes e com idoneidade constitucional. Todavia, ao erguer o horizonte e mirar o nascituro, não podemos mudar de critério, sob pena de haver presente uma crueldade muito mais grave:

A proteção contra a crueldade decorre desta percepção de que a violação de corpos e mentes de seres vulneráveis ao sofrimento fragiliza não só as vítimas diretamente, mas a própria dignidade existencial humana (LOURENÇO; OLIVEIRA, 2019).

Outro artigo, da *Revista Brasileira de Direito Animal* (JÚNIOR; VITAL, 2015), nos dá outra ótica, ainda relevante, para revelar a opção da Constituição contra a crueldade, ao dizer que a Lei Maior refuta a “visão meramente instrumental da vida animal”. Com efeito, se a vida animal não pode ser instrumentalizada num contexto de crueldade, ainda com maior gravidade, a vida humana. Destaque-se que o nascituro tem, com clareza ímpar, a

tutela desde a sua concepção (art. 2º, CC), de modo que a crueldade a um animal, portanto, está numa hierarquia inferior ao nascituro. Não se poderia ser diferente. A condição humana do nascituro dá uma obviedade única a este respeito.

Ainda, a fim de fundamentar a vedação à crueldade aos animais, busca Júnior e Vital (2015) o conceito de crueldade: “como sinônimo de sofrimento, dor e angústia, causados aos animais nas suas mais diversas formas”. Passemos o olhar ao nascituro. Na prática do aborto o feto morre, e sua morte ocorre de forma horripantemente dolorosa. Com efeito, nenhum método abortivo obsta a dor do feto. Quiçá por isso, se apresentam leis que, percebendo a crueldade imanente no ato de abortar, exigem que se anestesia o feto antes de praticar o aborto (SCIAMPLICOTTI, 2016).

Precisamos, outrossim, perceber o fato de que “a evidência científica da dor fetal é, logicamente, limitada, pela inexistência de um método objetivo de avaliação da dor no meio intrauterino” (MACHADO *et al.*, 2011). Embora a ciência não alcance meios para certificar esse elemento dor, inclusive buscando estabelecer uma idade fetal em que se há a percepção da dor, a crueldade da conduta em si mesma se revela como um dado objetivo, notadamente em face de indiferença acerca da simples possibilidade de dor, em alguns casos, e a certeza da dor, e sofrimento, em outros.

Esquartejar um feto, por evidente, implica dor, sofrimento, mas, acima de tudo, revela uma conduta cruel, e a crueldade revela-se como um comportamento que nega a dignidade da pessoa humana, especialmente porque revela um desvio de conduta, que atenta contra a excelência humana que nos permite encaminhar aos objetivos constitucionais previstos no art. 3º de nossa Lei Maior. Bom destacar que a crueldade não é sinônimo de dor. A dor é um dos elementos consequenciais da crueldade.

Outro dado, ainda no campo da dor fetal no aborto é o aparente conflito com a dor da mulher, traduzida pela afirmação de que se é cruel “impor” a gravidez a quem não deseja. Veja-se que estamos apenas diante de um conflito aparente, eis que não se pode, por primeiro, fazer uma comparação justa entre a eventual dor psicológica da mulher, com a dor do nascituro, que lhe encaminha à morte. Outrossim, há um dado também desconsiderado, eis que o aborto, por sua vez, implica numa crueldade dúplice: além da crueldade com o feto há também a crueldade decorrente da dor e sofrimento da própria mulher, que não se “desengravidou” pelo aborto. Ela terá de conviver com sofrimentos inúmeros inerentes à prática do aborto. A medicina elenca inúmeros efeitos nocivos e colaterais à mulher, pela prática do aborto.¹

Júnior e Vital (2015), ao abordar ainda o direito dos animais e a vedação à crueldade nos diz, com razão: “o hábito da crueldade praticada contra os animais acaba por insensibilizar as pessoas, que acabam perdendo a compaixão pelo outro, independente da espécie a que pertencem”.

Isso nos revela, como é óbvio, que a crueldade em si contradiz a condição humana e, portanto, que qualquer ato cruel, seja qual for, fere nosso norte constitucional, de busca

¹ A título de referência, indica-se o rol de artigos que se encontra disponível no sítio de internet “estudosnacionais.com”, notadamente no texto escrito por DEROSA, Marlon. *Efeitos colaterais do aborto*. Disponível em: <https://www.estudosnacionais.com/4481/saude-das-mulheres-que-fizeram-aborto>.

pela dignidade da pessoa humana. Ser cruel com animais gera sim insensibilidade e, quando optamos pelo aborto, a crueldade do ato insensibiliza, *ex radice*, a sociedade e, progressivamente, outras insensibilidades e crueldades podem ser facilmente admitidas.

No trabalho de Baratela (2015), ao tratar também da vedação à crueldade contra os animais, cataloga-a como o pior dos vícios. Isso nos auxilia a compreender a gravidade em se admitir a crueldade contra animais, e muito maior gravidade, contra o nascituro. O passo de nossa sociedade, ao dar legitimidade à crueldade encontra limite, portanto, na vedação ao retrocesso, princípio este também de raiz constitucional.

Baratela (2015), citando Montaigne para refutar a possibilidade de ser cruel, nos diz: “ainda que tudo seja discutível, cumpre-nos ter certo respeito não somente pelos animais, mas também *por tudo que encerra vida e sentimento, inclusive árvores e plantas*” (g.n.). Inclusive nascituro. Haveria alguma razão para excluirmos o nascituro dessa tutela contra a crueldade? Ou seríamos seres que colocam o nascituro à estatura inferior a uma árvore (que também merece respeito, segundo o mencionado autor)?

O que estamos procedendo com estes cotejos é, acima de tudo, “afinar o violão”, e pôr em ordem hierárquica as coisas e realidades. Primeiro, estabelecemos a crueldade como uma realidade abominável e inaceitável, seja ela qual for. Segundo, partindo da premissa de que há vedação expressa à crueldade contra os animais na Constituição, também mais expressa está a vedação à crueldade contra qualquer humano: seja ele um preso, que não pode ser submetido a penas cruéis, ainda que o referido criminoso tenha praticado qualquer conduta cruel; seja ele um nascituro, haja vista inclusive que a proteção àquele que é frágil no nosso sistema jurídico é explícita, e a proteção à vida humana, igualmente, sendo ela uma vida intra ou extrauterina.

Em verdade, tantos argumentos levantados para defender os animais contra atos cruéis em cotejo com a tentativa de defesa do aborto nos deixa pasmos. Isso, inclusive, porque a crueldade é um ato que diminui o ser humano, e jamais pode ser admitido, uma vez que estaríamos negando a essência do próprio homem:

“a razão nos diz que submeter qualquer criatura à dor não merecida e desnecessária é injusto e irracional: portanto, o homem que é cruel é uma besta irracional na forma de homem” (FELIPE, 2006).

Ora, se a vulnerabilidade dos animais denota maior seriedade ao ato cruel, a crueldade contra o nascituro, nessa mesma linha, desvela uma crueldade suprema, e nos apresenta uma fronteira que o princípio da dignidade da pessoa humana não permite ultrapassar.

Se o animal não pode sofrer por não poder ser tratado como uma simples coisa e propriedade (FELIPE, 2006, p. 64), igualmente essa razão podemos aplicar ao nascituro que não é coisa, nem tampouco propriedade da mulher. Caso contrário, se admitíssemos a propriedade de uma pessoa por outra, voltaríamos à escravidão humana, apenas com novas cores.

Em Baratela (2015, p. 98), lemos que hábitos cruéis comprometeriam a saúde moral da sociedade. Citando Naconecy, diz: “A pessoa que causa dor a um animal revela um caráter moralmente defeituoso e mesmo perigoso, nesse sentido. Portanto, tem-se

o dever de modificar essa disposição, evitar atos que a reforcem, e adotar regras que proibam que ela seja cultivada”.

Novamente, mesmo que pareça uma redundância, voltemos o olhar, pela perspectiva acima, agora, não focando na crueldade contra o animal, mas contra o humano, o nascituro. Que sociedade estaríamos edificando com os alicerces dessa crueldade? A saúde moral, com efeito, estaria muito mais atacada, se a crueldade legitimada fosse não contra animais, mas contra outro humano.

Fala-se do tráfico de animais também como um ato cruel. E é. Entretanto, não podemos bancar o avestruz e cerrar os olhos para tráfico de órgãos fetais, que é uma realidade também existente.² A prática cruel em questão evidencia o rebaixamento à desumanidade, quando comercializamos nosso igual.

Outro argumento utilizado é que a proteção contra a crueldade se fundamenta também na dignidade imanente do próprio animal em si. Com efeito, se há uma dignidade própria do animal, que dignidade não há no nascituro, que tem a natureza humana, e todo o valor e nobreza que isso implica? No final das contas, desconsiderar o nascituro, tratando-o como um nada reflete uma desesperança tremenda sobre o próprio ser humano, e isso permite verificar o nível de adoecimento social que nos circunda, ao vermos parcela da sociedade defender o aborto.

No julgamento da “farra do boi”, podemos ver a preocupação (justa) com o animal, haja vista que a prática pode “causar lesões traumáticas na coluna vertebral dos bois, com a possibilidade de amputação da cauda do animal, além de uma dose alta de estresse e sofrimento” (FODOR, 2016, p. 54).

Questiona-se: entristece-nos causar lesões traumáticas na coluna de um boi? Angustia-nos a amputação da cauda de um animal? Evoquemos que grande parte dos abortos implica em arrancar pernas e braços, e esfacelar a cabeça do nascituro. Outras vezes, o médico, ao ver que o feto, saindo do útero, está vivo, precisa causar o óbito diretamente. Outras vezes, o antes feto (agora criança) é abandonado para a morte, em uma lata de lixo. Várias cenas atuais nos mostram pessoas chocadas com o abandono de animais à morte, maltratados, doentes, *et al.* A crueldade, por uma lógica hierarquia, e observando essa premissa de repulsa à crueldade animal, nos devia deixar horrorizados com a admissão do aborto.

CONCLUSÃO

A tortura e mutilação de animais revelam uma conduta antagônica à dignidade e excelência humana. A Constituição, por sua vez, dá uma resposta coerente, vedando práticas cruéis contra os animais. Buscando a raiz fundante dessa proteção, podemos ver que a crueldade, em si mesma, é um ato que contraria a nossa dignidade humana, e encontra repulsa explícita em várias normas de nosso ordenamento.

Se há dignidade no animal que obsta qualquer conduta cruel contra ele, precisamos igualmente dar atenção ao nascituro, não por um critério de proximidade entre tais seres,

² Essa situação é noticiada como vemos, no jornal *O Globo*. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/sociedade/saude/ong-pro-aborto-vende-orgaos-fetais-nos-eua-16781264>. Acesso em: 09 jan. 2020.

mas de hierarquia, i.e., maior razão temos para vedar qualquer conduta cruel contra o nascituro. A condição humana do nascituro, bem como sua fragilidade, apontam para uma tutela ainda mais rigorosa deste contra atos cruéis. Evoque-se que o sistema pátrio deixa expresso que a vedação a crueldade possui seu maior acento quando encontramos sujeitos frágeis, tais como idosos, deficientes e crianças. O nascituro, então, surge como o ser supremo nessa escala de fragilidade humana.

No tema em testilha infere-se que a prática do aborto, se fosse considerada com as lentes do homicídio, o seria na sua modalidade qualificada, especialmente pela crueldade que lhe segue naturalmente. O emprego de veneno, de tortura ou de qualquer outro meio insidioso e cruel, não deixa qualquer dúvida. Outrossim, tal prática ocorre por meio que torna impossível a defesa do ofendido. Se colocássemos um animal em igual contexto (indefeso e frágil, submetido à crueldade) todos seriam unânimes quanto ao absurdo. O nascituro, frágil e indefeso, submetido à crueldade merece, numa hierarquia indiscutível, uma repulsa ainda mais veemente.

No que tange à tutela contra a crueldade, beira uma contradição insolúvel uma leitura minimalista dos direitos do nascituro, frente uma maximização dos direitos dos animais.

Ressalte-se, ainda, que o nascituro não é considerado como coisa e, como humano que é, a crueldade aqui se torna além de um ilícito, um evidente retrocesso social, vedado com base no princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º), e no objetivo previsto no art. 3º da Constituição, que fala da solidariedade.

Quando o homem degrada e inferioriza a própria espécie, e isso com espreque em interesses na maioria das vezes de ordem hedonista, voltados ao prazer do corpo humano ou para uma liberdade idealizada, vemos um sinal de grave incoerência. Isso se agrava, ainda mais, diante de uma sociedade que propagandeia a vedação da crueldade animal. Ora, dizer-se contra a crueldade animal e, em um momento imediatamente posterior, defender a bandeira do aborto, inclusive julgando como nada a crueldade contra o frágil e indefeso nascituro, revela uma incoerência endêmica.

A crueldade contra os animais é inadmissível. Porém, essa premissa deve ser visualizada globalmente. E dentro desta moldura constitucional que veda a crueldade, não se tem conclusão diversa, senão o igual repúdio à crueldade contra o nascituro. Caso contrário, se está desconsiderando da equação vários princípios, e violando uma lógica racional básica.

Deixemos com nitidez indiscutível: a relação animal e nascituro não é de semelhança de tutelas jurídicas, mas de hierarquia de tutelas. Estamos perante um humano, e, sendo o sistema tão rude contra a crueldade animal, faríamos uma hermenêutica teratológica se admitíssemos qualquer crueldade contra o nascituro.

Por outro ângulo: a defesa dos direitos dos animais que sim, de fato, não merecem ser torturados e serem vítimas de atos cruéis, demonstra uma plataforma de justificativa para vedação, com maior intensidade, à crueldade contra o nascituro. Ainda mais porque essa proteção está edificada sobre o próprio direito do homem, cujo ser é dotado de racionalidade, e com uma dignidade ímpar em relação ao animal.

Logo, o princípio da isonomia, notadamente pela premissa de se tratar os iguais como iguais e os desiguais como desiguais na medida de sua desigualdade confere

robustez ainda maior a todo o ora exposto. O primeiro desigual que deveria ser tratado como desigual, proporcionalmente, nesta relação, é o nascituro, pessoa indefesa e inocente, que paga um altíssimo preço pela crueldade dos próprios semelhantes que estão vivendo fora de um útero e que teriam, por um princípio humano, de olhar para o mais frágil não com violência, mas com maior respeito e proteção.

Em arremate, a prática cruel do aborto é inadmissível em um sistema pátrio que contém uma séria hierarquia de valores e princípios. Além de outras tantas razões autônomas que vedam o aborto, o pressuposto da vedação à crueldade contra animais leva inevitavelmente a repulsa ainda mais rigorosa de qualquer ato cruel contra seres humanos. A dignidade da pessoa humana, e do objetivo de solidariedade elencado no art. 3º de nossa Lei Maior, vê no nascituro não uma coisa, ou um ente inferior a um animal: se a crueldade animal é uma expressa premissa constitucional, a tutela de nosso igual importa num cerne essencial de nosso Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

BARATELA, Daiane Fernandes. *A proteção jurídica da fauna à luz da Constituição brasileira*. 2015. 207 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2015. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/6908/1/Daiane%20Fernandes%20Baratela.pdf>. Acesso em: 09 jan. 2020.

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 09 jan. 2020.

BRASIL. *Código Civil (2002)*. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/10406.htm. Acesso em: 09 jan. 2020.

BRASIL. *Código Penal*. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del-2848compilado.htm. Acesso em: 09 jan. 2020.

BRASIL. *Lei nº 9.455*, de 7 de abril de 1997. Define os crimes de tortura e dá outras providências. Brasília, DF, 7 abr. 1997. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9455.htm. Acesso em: 09 jan. 2020.

BRASIL. *Lei nº 9.605*, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm. Acesso em: out. de 2019.

BRASIL. *Lei nº 10.471*, de 1º de outubro de 2003. Define o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/10.741.htm. Acesso em: 09 jan. 2020.

BRASIL. *Lei nº 13.146*, de 6 de jul. de 2015. Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm. Acesso em: 24 abr. 2019.

BRASIL. *Projeto de Lei nº 478*, de 2007. Dispõe sobre o Estatuto do Nascituro e dá outras providências. Brasília, Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=443584&filename=PL+478/2007. Acesso em: 09 jan. 2020.

CASTRO JÚNIOR, Marco Aurélio de; VITAL, Aline de Oliveira. Direitos dos animais e a garantia constitucional de vedação à crueldade. *Revista Brasileira de Direito Animal*, Salvador, v. 10, n. 18, p. 137-175, jan. 2015. Bimestral. Disponível em: <https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/download/13825/9684>. Acesso em: 09 jan. 2020.

CORREIO DO POVO. *Suprema Corte dos EUA mantém lei restritiva do Kentucky sobre aborto*. Porto Alegre, 09 dez. 2019. Disponível em: <https://www.correiodopovo.com.br/not%C3%ADcias/mundo/suprema-corte-dos-eua-mant%C3%A9m-lei-restritiva-do-kentucky-sobre-aborto-1.385745>. Acesso em: 09 jan. 2020.

DIP, Ricardo. A vida, um bem inegociável. *Derecho Público Iberoamericano*, Chile, v. 1, n. 3, p. 13-37, out. 2013. Semestral. Disponível em: <file:///C:/Users/Cliente/Downloads/Dialnet-AVidaUmBemNaoNegociavel-5638985.pdf>. Acesso em: 09 jan. 2020.

FELIPE, Sônia T. Fundamentação ética dos direitos animais: o legado de Humphry Primatt. *Revista Brasileira de Direito Animal*, Salvador, v. 1, n. 1, p. 207-229, 15 maio 2006. Semestral. Disponível em: <https://portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/10249/0>. Acesso em: 09 jan. 2020.

FODOR, Amanda Cesario. *A defesa dos direitos e dignidade dos animais não humanos como parte integrante do ordenamento jurídico brasileiro*. 2016. 79 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal Fluminense, Volta Redonda, 2016. Disponível em: <https://app.uff.br/riuff/bitstream/1/6248/1/Amanda%20Cesario%20Fodor%20-%20-%20-%20A%20defesa%20dos%20direitos%20e%20dignidade%20dos%20animais%20n%C3%A3o-humanos%20como%20parte%20integrante%20do%20ordenamento%20jur%C3%ADico%20brasileiro.pdf>. Acesso em: 09 jan. 2020.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. 42. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2014.

LIFENEWS.COM: *Abortionist: I Cut Unborn Babies' Cords So They Can't Scream*. Washington, 15 mar. 2018. Disponível em: <https://www.lifeneews.com/2018/03/15/abortionist-i-cut-unborn-babies-throats-so-they-cant-scream/>. Acesso em: 09 jan. 2020.

LOURENÇO, Daniel Braga; OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de. Vedação da crueldade contra animais: regra ou princípio constitucional? *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, Curitiba, v. 24, n. 2, p. 222-252, ago. 2019. Semestral. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/1294>. Acesso em: 09 jan. 2020.

MACHADO, Luísa *et al.* Dor fetal: motivo para preocupação? *Diagnóstico Prenatal*, [s.l.], v. 22, n. 2, p. 51-58, abr. 2011. Elsevier BV. <http://dx.doi.org/10.1016/j.diapre.2010.01.007>.

MACHADO, Paupério A. *Introdução axiológica ao Direito*. Apêndice à introdução à ciência do direito. Rio de Janeiro, Forense, 1977.

SANTIAGO, Luana. *Cachorro morre após ser espancado por segurança de supermercado em Osasco*. 2018. Disponível em: <https://extra.globo.com/noticias/brasil/cachorro-morre-apos-ser-espancado-por-seguranca-de-supermercado-em-osasco-23276736.html>. Acesso em: 20 dez. 2019.

SCIAMPLICOTTI, Roberta. Estado norte-americano exige anestésias bebês que vão ser abortados. *Aleteia*. Paris, p. 1-1. 10 maio 2016. Disponível em: <https://pt.aleteia.org/2016/05/10/estado-norte-americano-exige-anestesiabebes-que-vao-ser-abortados/>. Acesso em: 09 jan. 2020.

O GRITO silencioso. Direção de Jack Duane Dabner. Produção de Donald S. Smith. Roteiro: Donald S. Smith. Música: James Gabriel Stipech. S.l.: American Portrait Films, 1984. (28 min.), son., color. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=0heNeYmaCSc&feature=youtu.be>. Acesso em: 20 dez. 2019.

RAZZO, Francisco. *Contra o aborto*. 1. ed. Rio de Janeiro: Record, 2017. 266 p.

LIMITES E REQUISITOS DA ORDEM JUDICIAL PARA QUEBRA DE SIGILO DE DADOS ARMAZENADOS POR PROVEDOR DE SERVIÇOS NA INTERNET - DESNECESSIDADE DE INDIVIDUALIZAÇÃO PRÉVIA DO(S) INVESTIGADO(S) E DO ESGOTAMENTO DE OUTROS MEIOS DE PROVA*

LIMITS AND REQUIREMENTS OF THE JUDICIAL ORDER FOR BREACH OF DATA CONFIDENTIALITY STORED BY INTERNET SERVICE PROVIDER - NO NEEDING PREVIOUS INDIVIDUALIZATION OF THE RESEARCHED AND EXHAUSTION OF OTHER MEANS OF PROOF

DEMÓCRITO RAMOS REINALDO FILHO

Doutor em Direito pela Universidade Estácio de Sá - UNESA.
Desembargador do TJPE. Endereço eletrônico: demo@ibdi.org.br.

SUMÁRIO: Introdução - 1. Argumentos dos provedores contra as requisições judiciais para entrega dos dados - 2. Questão da (i)legitimidade do provedor destinatário da ordem de quebra do sigilo informacional para defender a privacidade dos seus usuários - 3. Os provedores de serviços na internet não são os titulares e não podem pretender um monopólio sobre os dados que coletam e armazenam - 4. Leis diferentes (Lei n. 9.296/96 e Lei n. 12.965/2014) disciplinam com requisitos diversos o procedimento da requisição judicial para entrega de dados armazenados pelo provedor e o da interceptação das comunicações (telefônica, telegráfica ou telemática) - 5. A ordem judicial de quebra de sigilo baseada em coordenadas geográficas (e/ou períodos de tempo) em regra envolve “dados anonimizados”, que não permitem identificar a pessoa a quem se referem - 6. Posição da jurisprudência brasileira - Acórdão do TJSE - 7. Dados coletados pelos provedores devem ser mantidos “em formato interoperável e estruturado, para facilitar o acesso decorrente de decisão judicial ou determinação legal” (art. 15 do Decreto n. 8.771/16) - 8. Provedor não pode dar ciência a seus usuários sobre ordem que recebe para entrega de dados, sob pena de ser responsabilizado - Conclusões.

* Data de recebimento do artigo: 16.03.2020.

Datas de pareceres de aprovação: 21.03.2020 e 31.03.2020.

Data de aprovação pelo Conselho Editorial: 09.04.2020.

RESUMO: No presente artigo demonstramos que as ordens judiciais de quebra de sigilo de dados dirigidas aos provedores têm previsão legal, não possuem caráter “exploratório” e não produzem repercussão negativa ou desarrazoada sobre a privacidade de terceiros inocentes.

PALAVRAS-CHAVE: dados; provedor; sigilo; quebra; internet.

ABSTRACT: This paper demonstrates that the judicial orders for breach of data confidentiality addressed to the providers have a legal provision, do not have an “exploratory” character and do not produce negative or unreasonable repercussions on the privacy of innocent third parties.

KEYWORDS: data; provider; secrecy; smash; Internet.

INTRODUÇÃO

As recentes notícias sobre a resistência da Google em entregar dados para propiciar a investigação do assassinato da vereadora Marielle Franco trouxe para o debate público uma questão jurídica relevante nos dias atuais: o limite e alcance das ordens judiciais de quebra de sigilo telemático. Mais especificamente, esse caso fomentou a discussão sobre a constitucionalidade/legalidade da ordem de quebra de sigilo telemático delimitada apenas por pontos geográficos e por períodos de tempo. O assunto é muito importante por ter relação com o direito à privacidade dos indivíduos, quando confrontado com o interesse público na atividade de persecução penal e segurança pública.

O Ministério Público ingressou em juízo para obrigar a Google a fornecer os dados de todos os usuários que circularam na Via Transolímpica no dia 02 de dezembro de 2018, num intervalo de 15 minutos (entre 11:05 às 11:20). Foi nesse dia que câmeras de monitoramento de trânsito detectaram pela última vez o veículo utilizado no crime. A intenção dos promotores era que, com os dados requisitados, pudesse ser identificado quem estava utilizando o veículo.¹ Apesar de a Justiça do Rio de Janeiro ter autorizado a quebra do sigilo telemático, a empresa recorreu da decisão ao STJ.²

A Google justificou a recusa com a tese de que estava protegendo a privacidade dos seus usuários, argumentando que a ordem judicial para quebra de dados de uma maneira “genérica”, sem especificar as pessoas objeto da investigação, não tem respaldo constitucional ou legal.

Esse caso não é o único que está sendo discutido nas cortes brasileiras. São inúmeros os processos, em diversos Estados, em que a Google aparece contestando decisões de juízes que determinam a entrega de dados de uma maneira “genérica”, com a quebra

¹ Ver reportagem publicada no site Globo.com, em 30.01.20, disponível em: <https://oglobo.globo.com/rio/mp-do-rio-briga-na-justica-com-google-para-identificar-ocupantes-do-carro-usado-no-assassinato-de-marielle-24205735>.

² Ver notícia publicada no site Conjur, em 31.01.2020, disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-31/google-recorre-stj-quebra-sigilo-marielle>.

de sigilo telemático apenas com base em coordenadas geográficas e limites temporais.³ Não somente a Google vem contestando com insistência esse tipo de requisição judicial, mas também outras empresas de tecnologia e provedores de serviços na internet vêm se negando a fornecer os dados que armazenam, ainda que para fins de investigação criminal ou instrução processual. Essa discussão sobre a amplitude e requisitos da ordem judicial para quebra do sigilo telemático também está na pauta de cortes judiciárias em diversos outros países.

Devido à importância, repercussão e atualidade do tema, resolvemos realizar um estudo sobre as requisições judiciais de dados com base apenas em coordenadas geográficas ou limites temporais. No presente trabalho, demonstramos que as ordens judiciais de quebra de sigilo de dados dirigidas aos provedores têm previsão legal, não possuem caráter “exploratório” e não produzem repercussão negativa ou desarrazoada sobre a privacidade de terceiros inocentes. A legislação já estabelece os requisitos para que essas requisições sejam adotadas, bem como prevê salvaguardas e medidas de segurança informacional que podem ser adotadas para o procedimento não exceder sua finalidade, como demonstramos adiante.

1. ARGUMENTOS DOS PROVEDORES CONTRA AS REQUISIÇÕES JUDICIAIS PARA ENTREGA DOS DADOS

Embora não tendo lido os autos do processo movido contra a Google para requisição de dados na investigação do caso Marielle Franco, na condição de integrante da 2ª Turma da Câmara Regional de Caruaru (do Tribunal de Justiça de PE) tive oportunidade de decidir caso idêntico, em que também houve resistência da empresa ao fornecimento de dados requisitados com a finalidade de investigação de um homicídio ocorrido na cidade de Jupi/PE.⁴ Do que se extrai das notícias veiculadas na imprensa, os argumentos da Google para não fornecer os dados solicitados no caso Marielle devem ter sido exatamente os mesmos com que recusou o cumprimento do mandado para entrega de dados no caso que decidi. Os argumentos jurídicos da Google são de certa forma os que vêm sendo utilizados por outras empresas de tecnologia e provedores de serviços na internet que se negam a fornecer dados para fins de investigação ou instrução processual. Assim, o relato das circunstâncias do caso que decidi, com a explicação dos fundamentos utilizados pela Google, servirá para situar o leitor não só sobre o que ocorreu naquele caso bem como para trazer para um debate mais amplo a questão dos limites das ordens de quebra de sigilo telemático.

³ Na condição de integrante da 2ª Turma da Câmara Regional de Caruaru (do Tribunal de Justiça de PE), tivemos oportunidade de julgar caso idêntico, em que também houve resistência da Google ao fornecimento de dados requisitados com a finalidade de investigação de um homicídio ocorrido na cidade de Jupi/PE. Os argumentos da Google para não fornecer os dados solicitados foram exatamente os mesmos com que recusou o cumprimento do mandado para entrega de dados no caso da vereadora Marielle.

⁴ Mandado de Segurança, proc. n. 0547762-5 (NPU 0000343-50.2020.8.17.0000). Impetrante: Google Brasil Internet Ltda. Autoridade coatora: Juiz de Direito da Comarca de Jupi/PE. Relator: Desembargador Demócrito Reinaldo Filho. Órgão julgador: 2ª Turma da Câmara Regional de Caruaru (TJPE).

A Google Brasil Internet Ltda. impetrou mandado de segurança contra ato do Juiz da Vara Única da Comarca de Jupi/PE, que determinara a quebra de sigilo informacional com a finalidade de apuração de crime de homicídio. De forma específica, a decisão atacada determinou a “quebra do sigilo telemático dos usuários de telefonia celular cujos aparelhos, no dia 06 de maio de 2018, no período compreendido entre as 05:00 e 08:00, encontravam-se no raio de até 200 metros” de certas localidades (como a residência da vítima, o ponto provável de início da perseguição, o local onde foi praticado o homicídio e o ponto provável da fuga). A ordem determinou ainda que a Google fornecesse “a relação dos números identificadores (N-ID) dos aparelhos celulares, que dentro do período de tempo acima mencionado, estejam dentro do raio de até 200 (duzentos) metros de quaisquer coordenadas constantes da tabela acima”, ressaltando ainda que a “relação deve vir acompanhada de todos os dados de localização, sejam derivados do Sistema de Posicionamento Global (GPS), triangulação de célula em estação rádio-base, informações de medidas precisas como percurso de tempo (*time advance*) ou PCMD (*Per Call Measurement Data*), localização de wi-fi, incluindo coordenadas GPS, raio estimado, e os horários de todos os registros de localização abarcados pela delimitação temporal e espacial acima mencionada”.

A Google alegou que a quebra do sigilo telemático de um conjunto não identificado de pessoas, que sequer ostentam a condição de suspeitos, unidas tão somente pela circunstância de terem transitado por certas coordenadas geográficas no Município de Jupi/PE em certo lapso de tempo, não tem previsão constitucional ou base legal. Aduziu que qualquer medida de quebra de sigilo informacional pressupõe necessariamente a individualização dos alvos da ordem, isto é, a especificação das pessoas suspeitas e que são objeto da investigação, nos termos do que dispõem o art. 2º da Lei n. 9.296/96, a Resolução CNJ n. 59/2008, o art. 22 do “Marco Civil da Internet do Brasil” (Lei n. 12.965/2014) e o art. 11 do Decreto Federal n. 8.771/2016. Afirmou que “inexiste autorização legal para a determinação de quebra de sigilo de uma gama de pessoas não individualizadas, a partir do mero fornecimento de coordenadas geográficas referentes ao local de ocorrência de certo crime”, pois a ordem jurídica brasileira não prevê, como medida investigativa, “a exploração de plataformas de empresas de internet para fornecimento de dossiês de informações de usuários indeterminados”, sem a delimitação de salvaguardas para as prerrogativas individuais dos cidadãos. A ordem constitucional não permite que se afaste a privacidade de um grande número de indivíduos apenas por terem estado em determinado local em dado momento. Nesse aspecto, sustentou, a medida impugnada constitui uma violação ao princípio da legalidade (arts. 5º, II, e 37, *caput*, da CF), pois teria que estar prevista em lei. “Quebras de sigilo são admitidas apenas em face daqueles contra os quais existam indícios de envolvimento em atividade ilícita”. Ainda quando movido pelo interesse de investigar crimes, o Estado não pode atuar fora da legalidade. Se o meio de prova decorrente do uso de novos recursos tecnológicos ainda não possui regramento em lei, a prova recolhida é ilícita, concluiu.

Argumentou também que a decisão atacada não continha fundamentação adequada, pois não é suficiente a mera alegação da finalidade de elucidação de crimes, sendo imprescindível que o magistrado justifique a necessidade da restrição a direitos individuais. Por fim, argumentou que a ordem impugnada feria o princípio da proporcionalidade, pois não se tem garantia de que as informações requisitadas levem aos autores do delito investigado, em razão da imprecisão dos dados. Diversos fatores como meio de conexão, qualidade do sinal, horário e local de captação, a geografia do lugar, o modelo de dispositivo (aparelho celular) “geram aleatoriedade na coleta dos dados de localização e podem tornar a produção dos dados requisitados severamente randômica”, daí que “podem deixar de indicar usuários que estiveram no local ou mesmo apontar pessoas que não estiveram, com potencial de gerar falsos indícios”. Essas circunstâncias retiram a utilidade da medida e afastam a confiabilidade desse meio de obtenção de prova. Para ser válida, a restrição a um direito fundamental necessita ser capaz de satisfazer o fim a que se destina. É preciso que fique demonstrada a adequação da medida de quebra do sigilo informacional à finalidade pretendida. Sustentou que, além de ser apta a produzir os objetivos pretendidos, a medida restritiva tem que estar baseada numa situação de necessidade, ou seja, é preciso que fique demonstrada a inexistência de outras medidas menos gravosas e igualmente idôneas à produção do resultado pretendido. Alegou existirem outras medidas alternativas e menos invasivas, capazes de levar à individualização dos suspeitos. Afirmou que o art. 2º da Lei n. 9.296/96 exige, para a quebra de sigilo telefônico e de dados telemáticos, não somente a demonstração de indícios de autoria ou participação da pessoa investigada, mas também de que a prova seja necessária, não havendo outros meios menos invasivos. A Resolução n. 59/2008 do CNJ, que disciplina a interceptação telefônica e telemática, reforça a necessidade na ordem judicial de quebra de sigilo da indicação de indícios razoáveis de autoria ou participação dos alvos na infração criminal investigada. Da mesma forma, o art. 22 do “Marco Civil da Internet” (Lei n. 12.965/2014) só admite a quebra do sigilo de registros de conexão e de acesso a aplicações mediante a justificativa motivada dos dados requeridos. O Decreto Federal n. 8.771/16 também veda “pedidos genéricos ou inespecíficos” de dados cadastrais, determinando que “devem especificar os indivíduos cujos dados estão sendo requeridos e as informações desejadas” (art. 11, § 3º). Finalizou argumentando que a decisão impugnada não atende o requisito da proporcionalidade em sentido estrito, pois provoca dano colateral exagerado consistente na quebra do sigilo de inocentes. A amplitude e a extensão da medida, que afeta uma área muito grande e exige a entrega de uma massa enorme de informações, revelando o seu potencial invasivo, sem garantias de assegurar a eficiência da investigação criminal, gera mais prejuízos do que benefícios sociais, o que por si só denota a desproporcionalidade da ordem judicial.

Justificou que “não pode haver quebra de sigilo com base apenas na localidade e no lapso de tempo em que teria ocorrido o crime”. Ordens “genéricas” e “exploratórias” de quebra de sigilo informacional, que produzem uma devassa indiscriminada na esfera da intimidade das pessoas, são inconstitucionais. Defendeu que não pode ser obrigada a

cumprir uma ordem com essa amplitude, pois isso implicaria em realizar “uma varredura generalizada em suas plataformas”. A ordem “busca transformar cada aparelho celular em uma ferramenta para vigilância absoluta e indiscriminada, instaurando autêntico Estado policial”. Sem conter a individualização das pessoas afetadas, a ordem equivale a um “monitoramento preventivo ou aleatório dos cidadãos”, violando a garantia constitucional da privacidade individual (art. 5º, X, da CF) e a regra protetora do sigilo das comunicações (art. 5º, XII). Ao Estado não é conferido o poder absoluto de vasculhar, sem quaisquer limitações, registros sigilosos e alheios, concluiu.

2. QUESTÃO DA (I)LEGITIMIDADE DO PROVEDOR DESTINATÁRIO DA ORDEM DE QUEBRA DO SIGILO INFORMACIONAL PARA DEFENDER A PRIVACIDADE DOS SEUS USUÁRIOS

Uma questão preliminar, que antecede a discussão sobre a constitucionalidade/ legalidade da ordem de quebra de sigilo telemático delimitada apenas por limites geográficos e de tempo, reside em se saber se o provedor de serviços na internet ou qualquer empresa de tecnologia tem legitimidade para se opor ao cumprimento da ordem alegando a defesa da privacidade de seus usuários, sabendo-se que ninguém pode defender direitos alheios.

Para postular em juízo é necessário ter interesse e legitimidade (art. 17 do CPC), não podendo ninguém pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado por lei (art. 18). Embora o provedor figure como destinatário da ordem judicial, não aponta qualquer interesse ou direito de sua titularidade que possa ser atingido pela quebra do sigilo telemático. Em regra, nos processos judiciais movidos pelos provedores para se contrapor a uma requisição para entrega de dados, toda a fundamentação jurídica é baseada na alegada defesa de direitos dos usuários dos seus serviços ou mesmo de terceiros que possam ser atingidos pela ordem judicial. Para demonstrar seu interesse em impugnar a decisão, o provedor tem que reputar ilegal a ordem com base em eventual direito seu de não prestar as informações solicitadas. O provedor pode, por exemplo, invocar a alegativa de que a ordem impugnada fere o seu dever de guarda dos dados ou que tem potencial de revelar algum segredo industrial. O que não pode é contestar a ordem judicial pretendendo a defesa da privacidade de terceiros, por não ser representante deles e nem lhe ser conferida pela lei a qualidade de substituto processual. Qualquer pessoa que se sentir lesada, por entender que a ordem alcança sua órbita de interesses, pode individualmente fazer a defesa de eventuais direitos lesados.

Em outros países existe esse mesmo debate, em torno da legitimidade de empresas de tecnologia para defender interesses de seus usuários relacionados à privacidade individual. Em dezembro de 2015, o Tribunal de Apelações do Estado de Nova Iorque (nos EUA) decidiu que o Facebook não tinha legitimidade para contraditar uma ordem judicial que requisitava informações sobre as contas de 381 usuários, para possibilitar a investigação de fraude cometida contra a previdência social. O Facebook alegou justamente a

amplitude da ordem e seu efeito sobre a privacidade dos seus usuários, protegida constitucionalmente. Por 5 votos a 1, a Corte decidiu que somente os alvos da investigação poderiam se insurgir contra a ordem e que o Facebook não tinha legitimidade para defender interesses de terceiros.⁵

3. OS PROVEDORES DE SERVIÇOS NA INTERNET NÃO SÃO OS TITULARES E NÃO PODEM PRETENDER UM MONOPÓLIO SOBRE OS DADOS QUE COLETAM E ARMAZENAM

Como já se disse, estamos diante de importante questão que as cortes brasileiras começam a ser chamadas a decidir: qual o limite e os requisitos da ordem judicial de quebra do sigilo de dados sob a guarda de provedor de internet.

A definição de parâmetros nesse tema ganha especial relevância diante do desenvolvimento das tecnologias, sabendo-se que nos dias atuais a informação é processada e tratada em grande volume, variedade e velocidade, formando imensos conjuntos de dados que são em seguida estruturados, armazenados e analisados por meio de técnicas computacionais, fenômeno definido pelo conceito de Big Data. Diversas ferramentas e equipamentos, conectados à rede mundial de comunicação, coletam e processam informações pessoais.

Essas informações não podem permanecer em poder exclusivo das empresas que, para desempenho de suas atividades, realizam a coleta e tratamento dos dados pessoais. Elas apenas guardam e processam as informações de terceiros para o desenvolvimento de atividades legítimas, quando autorizadas pela lei ou mediante consentimento do titular dos dados. O fato de processar informações de terceiros, não torna a empresa responsável por essa operação titular dos dados coletados. O operador ou controlador de um sistema informatizado que realiza o tratamento de dados pessoais não adquire a titularidade desses dados e nem tem o controle absoluto sobre eles. A guarda ou utilização dos dados é realizada apenas para atingir a finalidade da operação e pelo tempo necessário para se alcançar o objetivo pretendido. O titular continua sendo a pessoa natural a quem se referem os dados pessoais objeto do tratamento.

Em regra, somente o titular dos dados tem o direito de ter acesso a eles, para pedir sua correção, eliminação ou transferência (portabilidade) a outro prestador de serviços. Exigências de ordem social e razões fundadas no interesse público, contudo, podem justificar a entrega dos dados pessoais coletados pelos sistemas informatizados de empresas privadas às autoridades públicas. Diversas situações, que evidenciem a necessidade de se proteger o direito à vida, saúde e segurança dos cidadãos concorrem como causa justificadora da quebra do sigilo das informações pessoais que estejam em poder de empresas de tecnologia. A necessidade de viabilizar uma investigação criminal

⁵ O caso foi catalogado como In re: 381 Search Warrants Directed to Facebook Inc, New York State Court of Appeals, N. 16. Ver notícia publicada em 04.04.2017 sobre o julgamento, disponível em: <http://www.reuters.com/article/us-facebook-new-york-idUSKBN1762MY>.

ou a instrução de um processo judicial é um exemplo de situação excepcional que pode autorizar a quebra do sigilo informacional.

E cada vez mais as autoridades públicas vão necessitar dos dados coletados e armazenados por empresas de tecnologia, para fins de investigação criminal ou instrução processual. A cada dia se inventam novos aparelhos e objetos com diversas funcionalidades, conectados à rede internet, capazes de coletar e processar dados. Não somente sites, motores de busca na internet e câmeras de vigilância são capazes de colher e tratar dados. Novos *gadgets* aparecem no mercado a cada dia com potencial de coleta de dados, integrados ao cotidiano das pessoas em ambientes de trabalho, nos veículos e em residências. Sistemas operacionais de veículos,⁶ campanhas, termostatos, aparelhos “vestíveis” (weareables), assistentes pessoais⁷ e aplicativos em geral gravam conversas, filmam cenas e recolhem dados sobre todos os aspectos das vidas das pessoas, ficando armazenados em servidores das empresas fabricantes desses equipamentos inteligentes. Em breve, praticamente todos os eletrodomésticos que equipam residências e escritórios vão estar interligados à rede internet (IoT⁸), funcionando mediante a coleta e transmissão de dados. Os dados processados por esses aparelhos e armazenados em servidores podem servir como meio de prova e valioso recurso na investigação e repressão a crimes.

Ocorre que as empresas de tecnologia e provedores de aplicações na internet têm se recusado a fornecer os dados que armazenam às autoridades policiais, ministeriais e judiciárias, objetando toda ordem de argumentos e colocando diversos empecilhos à entrega das informações, com o intuito de fugir ao império da lei nacional e em desabrida afronta à soberania digital do nosso país.

Os argumentos utilizados para não cumprir decisões judiciais de quebra de sigilo informacional são diversos. Para se furtar ao cumprimento de ordens judiciais, empresas de tecnologia e provedores de serviços na internet já alegaram dificuldades técnicas para acesso aos dados da comunicação em aplicativo com criptografia,⁹ que os dados estavam hospedados em servidor situado em outro país,¹⁰ que o serviço ou aplicação era

⁶ Como o Apple Car Play, da Apple, e o Android Auto, da Alphabet.

⁷ Como o Alexa, da Amazon, e o Google Home, da Alphabet.

⁸ Sigla para Internet of Things (Internet das Coisas, em português).

⁹ Não custa recordar o caso da resistência do Facebook, que controla o aplicativo de mensagens instantâneas WhatsApp, à decisão da juíza da 2ª Vara Criminal da Comarca de Duque de Caxias/RJ, que ordenou o bloqueio do aplicativo em todo país, por ter a empresa se negado a atender requisição para entrega de dados necessários à investigação de crimes graves praticados por uma quadrilha que atuava no município, alegando que não tinha meios técnicos para quebrar a criptografia das mensagens enviadas por meio do aplicativo. Ver, a respeito dessa polêmica, artigo que escrevemos na época dos fatos, sob o título “Code is not law: a empresa que controla o WhatsApp precisa se submeter ao império da lei nacional”, publicado no site *Jus Navigandi* e disponível em: <https://jus.com.br/artigos/50898/code-is-not-law-a-empresa-que-controla-o-whatsapp-precisa-se-submeter-ao-imperio-das-leis-nacionais>.

¹⁰ A própria Google também de há muito vem se recusando a cumprir decisões judiciais, pelos mais diversos fundamentos. Em abril de 2014, ingressou com mandado de segurança no TJRN para não cumprir a decisão do Juiz da Comarca de Caraúbas, que determinara a entrega de mensagens eletrônicas (e-mails) trocadas por investigados de crime grave. Baseou sua recusa na alegação de que os arquivos solicitados

operado pela matriz americana (e, portanto, não submetida à jurisdição nacional)¹¹ e que a abrangência da quebra do sigilo viola princípios constitucionais ou que não tem base legal.

A resistência ao cumprimento de decisões judiciais já resultou em bloqueio de sites e aplicativos, imposição de multas¹² e até prisão de executivos.¹³ As companhias de tecnologia têm se negado a atender determinações de autoridades judiciárias não somente aqui¹⁴ mas em outros países.¹⁵

Esse comportamento dos provedores de serviços na internet e das empresas de tecnologia em geral revela que outros interesses podem estar escondidos por trás da alegada defesa da privacidade dos usuários. As mesmas empresas que vivem bisbilhotando a vida das pessoas, monitorando seus passos, seus gostos e hábitos, e coletando cada vez mais dados pessoais, se opõem a que as autoridades judiciárias tenham acesso a esses mesmos dados, ainda que para fins de se apurar crimes graves, ou seja, para

encontravam-se armazenados em servidor nos EUA e que somente poderia entregá-los com ordem emanada de juiz norte-americano. O mandado de segurança foi negado pelo TJRN. Ver notícia publicada no site *Convergência Digital*, em 28.04.2014, disponível em: <http://convergenciadigital.uol.com.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?infol=36604&sid=16#.U178WIFdUZ4>.

- ¹¹ O Facebook foi condenado a pagar uma multa de R\$ 3,96 milhões, por descumprir diversas ordens judiciais, pelo Juiz da 5ª Vara Federal de Guarulhos. Em uma das decisões, a Justiça Federal havia pedido quebra de sigilo de usuários da rede social, em investigações relacionadas a uma quadrilha que importava e distribuía anabolizantes sem licença da Anvisa. Em janeiro de 2017, a empresa recorreu da multa ao Tribunal Regional Federal da 3ª Região, e perdeu. No final daquele ano, o STJ decidiu que as multas eram válidas. O argumento do Facebook é que seu serviço de rede social é operado pela Facebook Inc., sua matriz americana. Todas as instâncias da Justiça consideraram que essa justificativa era apenas uma tentativa de se “esquivar ao cumprimento das ordens”. Ver notícia publicada em 19.02.2018, disponível em: <https://noticias.r7.com/tecnologia-e-ciencia/facebook-e-multado-em-r-396-mi-por-descumprir-ordem-judicial-19022018>.
- ¹² A Justiça Federal em Mato Grosso aplicou multa e bloqueou quantia expressiva do Facebook também por ter se recusado a interceptar mensagens de usuários do WhatsApp, sob a mesma alegação de que a tecnologia adotada para codificar as mensagens (criptografia) a impede de copiar o conteúdo das comunicações realizadas por meio desse aplicativo. Ver notícia publicada no site *G1*, em 29.09.2016, disponível em: <http://g1.globo.com/mato-grosso/noticia/2016/09/juiz-federal-de-mt-determina-bloqueio-de-r-69-milhoes-do-facebook.html>.
- ¹³ O Vice-Presidente do Facebook no Brasil terminou sendo processado por desobediência pela Justiça de São Paulo por ter se recusado a interceptar mensagens enviadas por meio do aplicativo Messenger. Ver notícia publicada no site *Convergência Digital*, em 12.04.2017, disponível em: <http://www.convergenciadigital.com.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?UserActiveTemplate=site&infol=44962&sid=4>.
- ¹⁴ A Amazon negou-se a apresentar registros de áudio armazenados em seu servidor e capturados pelo equipamento Echo (um *smart speaker* que funciona acoplado ao Alexa, assistente pessoal dotado de inteligência artificial) a pretexto de proteger a privacidade dos usuários, embora os dados fossem necessários para a solução de um caso de homicídio. Ver notícia publicada no site especializado em assuntos de tecnologia *Arsthecnica*, em 23.02.2017, disponível em: <https://arsthecnica.com/tech-policy/2017/02/amazon-wont-disclose-if-alexa-witnessed-a-murder/>.
- ¹⁵ Para desvendar um caso envolvendo uma fraude financeira, policiais da cidade de Edina (no Estado de Minnesota, EUA) obtiveram mandado judicial para forçar a Google a revelar quem havia pesquisado no seu motor de busca o nome da vítima, num período de pouco mais de um mês e dentro de uma área de 15 milhas quadradas. Ver notícia publicada no site especializado em assuntos de tecnologia *Arsthecnica*, em 17.03.2017, disponível em: <https://arsthecnica.com/tech-policy/2017/03/judge-oks-warrant-to-reveal-who-searched-a-fraud-victims-name-on-google/>.

finalidade de acentuado interesse público e em benefício da sociedade, a quem interessa a elucidação de crimes e a persecução penal. Quando se opõem ao cumprimento dessas ordens, alegam que estão apenas defendendo a privacidade das pessoas, mas é fácil entrever que na verdade estão defendendo os próprios interesses. As empresas de tecnologia querem ter o monopólio dos dados, concentrando a grande massa de informações que reúnem sobre os usuários para suas únicas finalidades privadas e comerciais. Informação é poder. Quem tem o controle sobre os dados, controla a vida das pessoas a quem se referem. Por outro lado, as empresas querem evitar os custos relacionados com o atendimento às requisições judiciais. Para atender à demanda judicial por informações, precisam alocar recursos humanos e materiais para essa tarefa, o que representa gasto adicional no orçamento. O que elas prefeririam, certamente, era vender esses dados ao Poder Público, como, aliás, já estão fazendo nos Estados Unidos.¹⁶ Nesse país, a Google já está cobrando para atender as solicitações feitas por autoridades policiais para entrega ou preservação de dados.¹⁷ A empresa diz que decidiu cobrar para compensar o custo com a produção das informações e inclusive já publicou uma tabela com os preços cobrados.¹⁸

4. LEIS DIFERENTES (LEI N. 9.296/96 E LEI N. 12.965/2014) DISCIPLINAM COM REQUISITOS DIVERSOS O PROCEDIMENTO DA REQUISIÇÃO JUDICIAL PARA ENTREGA DE DADOS ARMAZENADOS PELO PROVEDOR E O DA INTERCEPTAÇÃO DAS COMUNICAÇÕES (TELEFÔNICA, TELEGRÁFICA OU TELEMÁTICA)

A resistência dos provedores ao cumprimento de decisões judiciais de quebra de sigilo telemático não prospera e deixa entrever que constitui mera estratégia das empresas a fim de procrastinar a entrega dos dados. Isso fica claro diante da fragilidade dos fundamentos jurídicos e argumentos, alguns inconsistentes de um ponto de vista lógico. A debilidade dos fundamentos está presente inclusive na confusão que é feita sobre conceitos técnico-jurídicos.

¹⁶ O governo americano, segundo reportagem do jornal *Wall Street Journal*, está comprando dados de localização emitidos pelos aparelhos celulares para facilitar o controle sobre a imigração e as fronteiras. Por meio desses dados, o Governo está conseguindo localizar e prender imigrantes ilegais. Os dados são comprados legalmente de empresas que trabalham com marketing digital. Ver reportagem publicada em 07.02.2020, disponível em: <https://www.wsj.com/articles/federal-agencies-use-cellphone-location-data-for-immigration-enforcement-11581078600>.

¹⁷ Alguns tipos de dados podem ser entregues diretamente às autoridades policiais, sem necessidade de mandado judicial, como por exemplo algumas categorias de dados anonimizados, metadados e dados de geolocalização de aparelhos móveis (celulares). Já dados que revelam o conteúdo de comunicações e os que permitem identificar as pessoas a que se referem (dados pessoais) só podem ser fornecidos mediante ordem judicial. Mas em relação a esses últimos as autoridades policiais podem requerer ao provedor que sejam preservados, enquanto conseguem obter autorização judicial para acesso a eles.

¹⁸ Nos EUA leis permitem que empresas cobrem um valor como forma de ressarcimento pelos custos do atendimento de requisições legais. Ver reportagem publicada pelo site *Olhar Digital*, em 27.01.2020, disponível em: <https://olhardigital.com.br/noticia/google-define-precos-para-entregar-dados-de-usuarios-as-autoridades/95857>.

O caso da ação (de mandado de segurança) ajuizada pela Google contra a decisão do Juiz da Comarca de Jupi (PE),¹⁹ que ordenou a entrega de dados armazenados pela empresa para possibilitar a investigação de um homicídio, concorre para sedimentar essa visão do problema.

Como ponto central da ação mandamental, a Google arrazoou que a ordem para quebra do sigilo informacional (sigilo de dados) tem que, obrigatoriamente, indicar os “alvos” da investigação, ou seja, o magistrado precisa identificar previamente na decisão as pessoas suspeitas e que são objeto da investigação. Isso é uma exigência contida no art. 2º da Lei n. 9.296/96, na Resolução CNJ n. 59/2008, no art. 22 do “Marco Civil da Internet do Brasil” (Lei n. 12.965/2014) e no art. 11 do Decreto Federal n. 8.771/2016, segundo a Google. Aduziu que não existe previsão no ordenamento jurídico brasileiro para “quebra de sigilo de uma gama de pessoas não individualizadas, a partir do mero fornecimento de coordenadas geográficas referentes ao local de ocorrência de certo crime” e de um lapso de tempo estipulado aleatoriamente.

O primeiro erro que a Google fez foi combater a ordem de quebra do sigilo informacional com base em dispositivos legais e constitucionais que regulamentam a interceptação das comunicações. A empresa fez uma confusão entre conceitos técnico-jurídicos, tratando a ordem para apresentação de arquivos digitais de registros de conexão e acesso a aplicações de internet, e eventuais dados pessoais a eles vinculados, como se fosse ordem para a interceptação do fluxo de comunicações de dados. Ao se insurgir contra a ordem emitida pelo magistrado do primeiro grau com fundamento no inc. XII do art. 5º da CF, na Lei n. 9.296/96 e na Resolução CNJ n. 59/2008, a Google elencou requisitos só aplicáveis ao ato de interceptação da comunicação (telefônica, telegráfica ou telemática), no que reside o equívoco. “Interceptar é interromper o curso originário, impedir a passagem, sendo que na lei tem o sentido de captar a comunicação, conhecer seu conteúdo. Interceptar é ter contato com o teor da comunicação, não impedindo que ela chegue ao seu destinatário”.²⁰

O inc. XII do art. 5º da CF garante a inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações, abrangendo a comunicação telemática,²¹ somente admitindo uma única exceção a esse direito: a interceptação mediante prévia autorização judicial e desde que se destine à investigação criminal ou instrução processual penal.²² Mesmo admitindo exceção ao sigilo das comunicações, a Constituição adotou regras para que a interceptação não se

¹⁹ Mandado de Segurança, proc. n. 0547762-5 (NPU 0000343-50.2020.8.17.0000).

²⁰ CASTRO, Carla Rodrigues Araújo de. *Crimes de informática e seus aspectos processuais*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001, p. 101-102.

²¹ “A telemática é uma ciência que trata da manipulação de dados e informações, conjugando o computador, sistemas de informática, com os meios de comunicação, telefônicas ou não. Assim, qualquer comunicação feita através de sistema de informática é protegida pela lei; a título de exemplo, citamos as comunicações feitas na Internet.” Ob. cit.

²² O dispositivo citado tem a seguinte redação:

“é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”.

faça com abusos. Além de exigir prévia autorização judicial, o texto constitucional somente admite a quebra do sigilo das comunicações para duas finalidades: investigação criminal ou instrução processual penal. Ainda por cima, o procedimento para a interceptação deve obedecer às hipóteses e forma estabelecidas em lei. A Lei n. 9.296, de 24 de julho de 1996, regulamentou o inc. XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal, estabelecendo requisitos formais e procedimentais para a interceptação judicial das comunicações interpessoais. Dentre os requisitos, a Lei em questão exige indícios razoáveis da autoria ou da participação em infração penal. Assim, alguma prova da autoria, que identifique previamente o sujeito “alvo” da medida, deve embasar a decisão que determina a interceptação.²³ O segundo requisito refere-se à ausência de outro modo para demonstrar o fato apurado. A interceptação só será concedida quando for o único meio para provar a conduta delituosa. Por fim, é cabível apenas nos crimes punidos com reclusão.²⁴

A Lei n. 9.296/96 e a Resolução CNJ n. 59/2008 não têm aplicação quando se trata de proceder a uma requisição de dados pessoais que uma operadora de telefonia ou um provedor de serviços de internet tenha armazenado em seus servidores e sistemas informatizados. Isso porque, como se disse, essas normas regulam o procedimento para a interceptação das comunicações (telefônicas, telegráficas ou de dados). A interceptação, como também já explicado, compreende a captação da conversa alheia, e ocorre no momento real e imediato em que se estabelece a comunicação, por intermédio de gravações ou escutas. Já a quebra do sigilo de dados corresponde à obtenção de registros informacionais existentes na empresa, sobre ligações já realizadas²⁵ ou dados já coletados.

As restrições formais e procedimentais elencadas na Lei n. 9.296/96 (e na Resolução CNJ n. 59/2008) não são aplicáveis por extensão ou analogia à quebra de sigilo de dados, sobretudo quando a ordem é dirigida a um provedor de serviço de conexão ou aplicações de internet. Isso porque existe lei específica, disciplinando a requisição judicial de dados pessoais em poder dos provedores, para fins de instrução processual. Trata-se da Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014 (“Marco Civil da Internet”), que não elenca, dentre os requisitos que estabelece para a quebra do sigilo informacional, que a ordem judicial especifique previamente as pessoas objeto da investigação ou que a prova da infração

²³ Ainda assim, a exigência de que seja feita a indicação e qualificação dos investigados não é absoluta, pois a própria lei prevê a dispensa desse requisito no caso de “impossibilidade manifesta, devidamente justificada” (parágrafo único do art. 2º).

²⁴ Os requisitos para a interceptação das comunicações estão descritos no art. 2º da Lei 9.296/96, que tem a seguinte redação:

“Art. 2º Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses:

I - não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal;

II - a prova puder ser feita por outros meios disponíveis;

III - o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção.”

²⁵ Uma empresa operadora de telefonia, por exemplo, pode preservar uma série de dados sobre ligações já realizadas, como dados cadastrais do assinante, data da chamada, horário, número do telefone chamado, duração do uso, valor da chamada etc.

(ou da autoria) possa ser realizada por outros meios. Muito pelo contrário, o parágrafo 1º do art. 10 da Lei n. 12.965/2014 estabelece que o propósito primário da quebra do sigilo informacional pode ser justamente a descoberta da autoria de crimes. Observe-se quando o citado dispositivo menciona que os registros de conexão²⁶ e de acesso a aplicações²⁷ podem, associados a outros dados pessoais coletados pelos provedores, ser objeto de requisição judicial para identificação dos usuários desses serviços:

Art. 10. A guarda e a disponibilização dos *registros de conexão e de acesso a aplicações de internet* de que trata esta Lei, bem como de *dados pessoais* e do *conteúdo de comunicações privadas*, devem atender à preservação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das partes direta ou indiretamente envolvidas.

§ 1º O provedor responsável pela guarda somente será obrigado a disponibilizar os registros mencionados no *caput*, de forma autônoma ou associados a dados pessoais ou a outras informações que possam contribuir para a identificação do usuário ou do terminal, mediante ordem judicial, na forma do disposto na Seção IV deste Capítulo, respeitado o disposto no art. 7º. (grifamos)

Como se observa, o objetivo primacial da quebra do sigilo de dados é a identificação do usuário do serviço ou terminal. A quebra do sigilo informacional tem justamente a finalidade de proporcionar a descoberta da identidade de quem fez uso do serviço ou acessou um determinado terminal, em algum momento e em certa localidade.

A Seção IV do Capítulo III da Lei n. 12.965/2014, que cuida especificamente da “Requisição Judicial de Registros”, não contém nenhum dispositivo que exija a indicação ou qualquer elemento individualizador, na decisão judicial, da pessoa que ostenta a condição de suspeito e que está sendo investigada. Para a quebra do sigilo de dados, a Lei não requer os mesmos requisitos que são exigidos para a interceptação telefônica ou telemática. A interceptação, como antes explicado, consiste em captar o fluxo da comunicação interpessoal, no momento em que ela se estabelece; já a quebra do sigilo informacional envolve a requisição de dados pessoais armazenados pelo provedor de serviço de internet. Para a quebra do sigilo de dados, os requisitos traçados na Lei 12.965/2014 são diferentes, conforme consta do seu art. 22, *verbis*:

Art. 22. A parte interessada poderá, com o propósito de formar conjunto probatório em processo judicial cível ou penal, em caráter incidental ou autônomo, requerer ao juiz que ordene ao responsável pela guarda o fornecimento de registros de conexão ou de registros de acesso a aplicações de internet.

²⁶ Nos termos do inc. VI do art. 5º da Lei n. 12.965/2014, registro de conexão é “o conjunto de informações referentes à data e hora de início e término de uma conexão à internet, sua duração e o endereço IP utilizado pelo terminal para o envio e recebimento de pacotes de dados”.

²⁷ Nos termos do inc. VII do art. 5º da Lei n. 12.965/2014, registro de acesso a aplicações de internet é “o conjunto de informações referentes à data e hora de uso de uma determinada aplicação de internet a partir de um determinado endereço IP”.

Parágrafo único. Sem prejuízo dos demais requisitos legais, o requerimento deverá conter, sob pena de inadmissibilidade:

I - fundados indícios da ocorrência do ilícito;

II - justificativa motivada da utilidade dos registros solicitados para fins de investigação ou instrução probatória; e

III - período ao qual se referem os registros.

Constata-se, portanto, que para o juiz requisitar dados pessoais armazenados por provedor de serviços de internet, basta fundamentar sua decisão com os seguintes elementos: a) indícios da ocorrência do ilícito; b) justificativa da utilidade da requisição; e c) período ao qual se referem os registros. Não é necessário que o magistrado fundamente a requisição com indicação da(s) pessoa(s) alvo(s) da investigação, nem tampouco que justifique a indispensabilidade da medida requestada, ou seja, que a prova da infração não pode ser realizada por outros meios. Esses são requisitos, como se viu, para a interceptação (telefônica, telegráfica ou telemática), medida de natureza diversa e disciplinada pela Lei n. 9.296/96. A quebra do sigilo informacional (sigilo de dados), assim entendida a requisição mediante ordem judicial de registros de conexão e acesso a aplicações de internet, de forma autônoma ou associados a outros dados pessoais e informações, não exige que a autoridade expedidora da ordem indique previamente as pessoas que estão sendo investigadas, até porque o objetivo dessa medida, na maioria dos casos, é justamente de proporcionar a identificação do usuário do serviço ou do terminal utilizado.

É a própria Lei que estabelece os requisitos para que a medida de requisição de registros de tráfego na internet e dados pessoais armazenados em poder do provedor possa ser considerada proporcional e razoável. Se a autoridade judicial, ao fundamentar a quebra do sigilo de dados, preenche os requisitos traçados nos incisos I a III do art. 22 da Lei 12.965/2014, a medida não pode ser considerada abusiva ou desproporcional. A Lei específica, que disciplina a requisição para acesso a registros de tráfego na internet e dados pessoais coletados por provedores, não faz exigência que a ordem judicial indique os suspeitos da prática delituosa investigada ou a demonstração de inexistência de outros meios de prova, menos restritivos e mais eficazes. Esses não são requisitos legais ou que decorram de algum princípio constitucional.

É incompatível com a natureza da medida de requisição de registros e dados, com fins de investigação de ilícitos, que se indique previamente os autores da infração ou crime objeto da investigação. Como vai se exigir que a autoridade requisitante indique os nomes de pessoas que passaram por um determinado local, em determinado espaço de tempo, se é justamente isso que ela pretende descobrir por meio da requisição enviada ao provedor?

O que é razoável exigir, nesse tipo de investigação, é que a autoridade requisitante justifique a medida indicando os motivos que façam crer a existência do crime investigado (tal como previsto no inc. I do art. 22 da Lei 12.965/2014). Isso é o que vem sendo feito. A Justiça tem deferido pedidos de acesso a dados de localização de telefones celulares em determinadas áreas geográficas. Antes de requerer o fornecimento de dados de geolocalização a provedores de aplicações na internet, as ordens eram destinadas às operadoras

de telefonia, que conseguem fornecer esses dados por meio da triangulação de células (antenas) da rede de telefonia móvel. As operadoras de telefonia móvel são capazes de saber, por exemplo, os números de telefones celulares de pessoas que transitaram por determinada área em específico período de tempo, por meio das coordenadas de latitude e longitude das torres (antenas) próximas. O processo de localização por triangulação de células permite revelar o local em que um usuário da rede de telefonia móvel estava em determinado momento. Os dados de localização aparecem em razão dos registros que apontam em qual antena (torre de celular) o equipamento estava conectado em determinado momento. Esses dados de geolocalização já vêm sendo usados como precioso recurso na investigação de crimes. Além dos dados de conexão a torres de celular, dados de GPS também vêm sendo usado há anos nos tribunais. Por meio da triangulação por tempo real, a operadora pode apontar o local exato de um aparelho, e ainda acompanhá-lo na medida em que se move.²⁸

Portanto, a ordem judicial para quebra do sigilo de dados, delimitada por coordenadas geográficas (como local da execução do crime ou áreas onde transitaram os agentes criminosos) em certo lapso de tempo, nada tem de desproporcional ou extrema. Muito pelo contrário. A delimitação já funciona como fator que estreita a quebra do sigilo informacional, reduzindo a medida para o limite necessário à descoberta da autoria ou outros aspectos do crime investigado. O importante é que não seja excessiva ou mais invasiva do que o necessário para possibilitar a investigação do delito ou fato ilícito. A indicação na decisão de um limite geográfico e de um lapso temporal para recolher as informações são elementos que servem como parâmetros indicativos da proporcionalidade da medida de quebra do sigilo informacional.

Ainda que a quebra do sigilo de dados não resulte em um sucesso completo para a investigação ou não forneça todos os elementos para a elucidação do crime, isso em nada afeta a legalidade da medida. É suficiente que os dados requisitados possam servir de alguma maneira como meio de prova, que tenham algum potencial de utilidade para a investigação (tal como previsto no inc. II do art. 22 da Lei 12.965/2014). O que justifica a ordem para quebra do sigilo informacional não é a garantia de que os autores serão identificados e o crime solucionado, mas a necessidade de investigá-lo.

²⁸ Em relação aos dados telefônicos, não depende de prévia autorização judicial o acesso pela autoridade policial à agenda eletrônica e aos registros de ligações (histórico de chamadas) (STF, HC 91.867, Rel. Min. Gilmar Mendes, 19.09.2012; STJ, HC 66.368, Rel. Min. Gilson Dipp, DP 29.06.2007). Da mesma forma, o delegado de polícia pode requisitar, junto à operadora de telefonia, acesso aos dados de localização pré-terítos, que são os registros de conexão às ERBs (Estações Rádio Base) às quais o investigado conectou o celular (STJ, HC 247.331, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe 03.09.2014). Todos esses dados são estáticos e não revelam o conteúdo da comunicação. Todavia, para a obtenção de dados de localização em tempo real, o entendimento é pela necessidade da prévia chancela judicial. O legislador abriu uma exceção parcial para os casos de investigação de crime de tráfico de pessoas (artigo 149-A do CP), cuja autorização judicial pode ser dispensada se não houver manifestação judicial no prazo de 12 horas, em verdadeira cláusula de reserva de jurisdição temporária (art. 13-B, § 4º, do CPP, na redação dada pela Lei n. 13.344/16).

Além disso, os registros de acesso e utilização de aplicações na internet (e outros dados pessoais a eles vinculados) não necessitam ter uma acuidade ou precisão absolutas. Se existem estudos técnicos que indicam que especialmente os dados de geolocalização podem ser imprecisos, cabe ao Juiz avaliar o grau de falibilidade desses dados, no momento de decidir pela sua utilização como meio de prova no processo. Ainda que não suficientemente precisos, os dados fornecidos pelo provedor de internet podem servir para identificar o autor da infração ou apenas como mais um elemento de prova que, corroborado por outros elementos de convicção carreados aos autos, sirva para a investigação ou instrução probatória.

5. A ORDEM JUDICIAL DE QUEBRA DE SIGILO BASEADA EM COORDENADAS GEOGRÁFICAS (E/OU PERÍODOS DE TEMPO) EM REGRA ENVOLVE “DADOS ANONIMIZADOS”, QUE NÃO PERMITEM IDENTIFICAR A PESSOA A QUEM SE REFEREM

A possibilidade da quebra de sigilo informacional baseada em coordenadas geográficas e períodos temporais definidos entregar informações de outras pessoas que não tenham nenhuma relação com o fato ilícito investigado também não atribui à medida caráter desproporcional ou exagerado. A requisição tem uma única finalidade que é a utilização das informações recebidas para fins de investigação do ilícito ou instrução probatória. Os dados recebidos não podem ser utilizados para outra finalidade. Qualquer informação recebida que não tenha relação com o objetivo da ordem judicial deve ser protegida (ou descartada) e não utilizada para outra finalidade, nem muito menos revelada a terceiros. Os dados de pessoas não envolvidas com o fato objeto da ordem judicial continuam protegidos pelo sigilo informacional, cuja violação inclusive é tipificada criminalmente.

Além disso, em regra os dados de geolocalização que são fornecidos em atendimento a ordens judiciais de quebra de sigilo baseadas em coordenadas geográficas não permitem identificar de logo as pessoas a que se referem. São dados anonimizados, que não proporcionam a identificação dos titulares.²⁹ No caso que decidi, por exemplo, foram solicitados apenas os números identificadores (N-ID)³⁰ de aparelhos celulares que transitaram na área da cena do crime, dentro de determinado período de tempo (das 5:00 às 8:00h do dia 06.05.2018, data do crime de homicídio), acompanhados dos registros de localização. O próprio juiz que expediu a ordem de quebra do sigilo informacional, Dr. André Simões Nunes, explicou que, com essa medida, os usuários de serviços da Google não

²⁹ O inc. III do art. 5º da nova LGPD (Lei n. 13.709/2018) conceitua dado anonimizado como o “dado relativo a titular que não possa ser identificado, considerando a utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis na ocasião de seu tratamento”. Aqui estamos utilizando dado anonimizado com um conceito mais largo, de não somente o dado que, originariamente relativo a uma pessoa, passa por técnicas que garantem sua desvinculação a ela. O conceito é utilizado aqui como todo e qualquer dado que não permite identificar a pessoa do titular.

³⁰ Cada smartphone com sistema Android tem um número próprio de registro ID.

teriam suas identidades reveladas e, somente depois, quando a autoridade policial fizesse uma análise daqueles números (números ID) que aparecessem com maior frequência na área da cena do crime, é que a investigação seria estreitada para eles e, em seguida, solicitada nova ordem judicial, desta feita para identificação dos titulares dos aparelhos. Confira-se o trecho da decisão judicial, na qual o magistrado deixou bem aclarado esse ponto, mostrando que a ordem de quebra do sigilo informacional é insuscetível de produzir efeitos colaterais sobre a privacidade de terceiros não envolvidos com o delito, pela simples razão de que os dados solicitados não permitiam identificar as pessoas:

Aqui, em complementação ao que já foi dito acima, é preciso salientar que a presente representação não objetiva ter acesso irrestrito aos dados dos usuários presentes nas localidades indicadas na peça processual. *Tais usuários sequer terão suas identidades reveladas.* Pelo contrário, serão fornecidos apenas os números identificadores (N-ID) dos celulares presentes no raio de 200 (duzentos) metros de cada ponto de referência, sem qualquer menção à qualificação dos titulares de referidos aparelhos.

Após, será realizada a análise comparativa dos registros das diversas localidades, de modo a se identificar aqueles números identificadores (N-ID) que constem de mais de um setor, hipótese em que deverá ser solicitada nova deliberação judicial, esta sim com a finalidade de possibilitar o conhecimento dos titulares dos respectivos aparelhos celulares. (grifamos)

Como se vê, o efeito colateral de medida de quebra de sigilo de dados baseada em coordenadas geográficas pode ser nenhum. A requisição em geral envolve dados que não identificam os titulares, sem qualquer risco de invasão desproporcional na privacidade alheia. A requisição, como ocorreu no caso mencionado, permitiu identificar os aparelhos que transitaram nas imediações da área delimitada como a “cena do crime”, mas não os proprietários dos aparelhos. Provavelmente, somente os aparelhos que aparecessem (por meio dos dados de geolocalização) concomitantemente no local da execução do crime e nas rotas de perseguição da vítima e de fuga dos executores é que seriam selecionados para investigação mais aprofundada e aí, certamente, a autoridade policial iria solicitar nova ordem judicial para ter acesso a outros dados que permitam identificar os usuários desses aparelhos.

Se nessa segunda fase da investigação, a autoridade policial necessitar apenas de dados cadastrais dos usuários de determinados aparelhos, aí nem sequer será necessário tomar iniciativa por intermédio do Poder Judiciário para fazer a requisição à Google, isso porque não há necessidade de se obter um mandado judicial para se requisitar esse tipo de dados.

A Lei n. 12.965/2014 é ainda mais flexível no que tange à requisição de dados cadastrais dos usuários de serviços e aplicações na internet. Por intermédio das informações cadastrais pode ser obtido o nome do cliente, RG, CPF, endereço completo, telefones para

contato e endereço de e-mail, por exemplo.³¹ O levantamento dessas informações, para fins de instruir processo penal ou cível, não necessita sequer de ordem judicial, sendo suficiente uma mera solicitação de autoridade administrativa. Nos termos do § 3º do art. 10 da Lei, o acesso aos dados cadastrais que informem qualificação pessoal, filiação e endereço pode ser realizado “pelas autoridades administrativas que detenham competência legal para a sua requisição”. O Decreto n. 8.771, de 11 de maio de 2016 (que regulamentou a Lei n. 12.965/2014), não especificou quem são as “autoridades administrativas” autorizadas a ter acesso aos dados cadastrais de usuários em poder dos provedores, mas é óbvio que autoridades policiais e integrantes do Ministério Público estão compreendidos nesse conceito.³²

Para possibilitar o prosseguimento das investigações, quando já tiver definido quais aparelhos celulares transitaram pelos locais da “cena do crime” com mais intensidade, a autoridade policial necessitará especificar tão somente que o provedor informe os dados cadastrais dos usuários desses aparelhos.³³

6. POSIÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA - ACÓRDÃO DO TJSE

A Justiça brasileira vem se inclinando a conceder quebra de sigilo de dados com base em coordenadas geográficas e delimitadas por espaço temporal.

Recentemente, o Pleno do Tribunal de Justiça de Sergipe, por expressiva maioria de votos, manteve decisão que obrigou a Google Brasil a fornecer dados de um grupo não identificado de pessoas que passaram por um local em que houve um homicídio. O caso envolveu a apuração do assassinato de um capitão da Polícia Militar daquele Estado, ocorrido em 04 de abril de 2018, no município de Porto da Folha (SE). Durante a investigação, foi solicitada pela autoridade policial a quebra do sigilo de dados. O juiz da Comarca de Porto da Folha autorizou a medida, determinando que a Google fornecesse informações de conexão e de acesso a aplicações de internet e outros dados (contas, nomes de usuário, e-mail, números de IP e de Imei) das pessoas que estariam próximas ou no local do crime e utilizando os serviços da empresa durante o horário estimado do crime (entre 22:40 e 22:55h).

³¹ Nos termos do § 2º do art. 11 do Decreto n. 8.771/16, “são considerados dados cadastrais: I - a filiação; II - o endereço; e III - a qualificação pessoal, entendida como nome, prenome, estado civil e profissão do usuário”.

³² O art. 13-A do Código de Processo Penal (incluído pela Lei n. 13.344/16) prevê que, para fins de investigação de certos crimes graves (como, p. ex., sequestro, cárcere privado, tráfico de órgãos e de pessoas, trabalho escravo, adoção ilegal, exploração sexual e extorsão), o membro do Ministério Público ou o delegado de polícia poderá requisitar diretamente “de quaisquer órgãos do poder público ou de empresas da iniciativa privada, dados e informações cadastrais da vítima ou de suspeitos”. O artigo 15 da Lei 12.850/13 (que define “organização criminosa”) e o artigo 17-B da Lei 9.613/98 (que dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores) também admitem que a Polícia Judiciária e o Ministério Público possam ter acesso a dados cadastrais de investigados, independentemente de ordem judicial.

³³ Nos termos do parágrafo 3º do art. 11 do Decreto n. 8.771/16.

A Google impetrou mandado de segurança no TJSE³⁴ com a mesma fundamentação do presente *mandamus*, ou seja, de que a ordem era ilegal e inconstitucional, pois determinara a quebra de sigilo de um conjunto não identificado de pessoas, sem individualizá-las, apenas por terem transitado por certas coordenadas geográficas, em certo período de tempo. Segundo a empresa, a legislação vigente veda pedidos genéricos de quebra de sigilo de dados telefônicos e telemáticos, sendo imprescindível a individualização das pessoas que serão afetadas pela medida. Apontou, ainda, que a medida era desproporcional, inadequada e desnecessária, pois poderia atingir a privacidade de pessoas inocentes sem garantias de se chegar aos autores do crime investigado, em violação aos incisos X e XII do artigo 5º da Constituição Federal.

O TJSE negou o pedido da Google, pois entendeu que a decisão do juiz da Comarca de Porto da Folha encontra respaldo no artigo 22 do Marco Civil da Internet e se limitou às informações de conexão e de acesso a aplicações de internet, não abrangendo o conteúdo das comunicações. Segundo a relatora, Desembargadora Iolanda Santos Guimarães, o sistema jurídico brasileiro tutela de maneira diferente a proteção ao conteúdo das comunicações mantidas entre indivíduos e a conferida às informações de conexão e de acesso a aplicações de internet, garantindo uma menor proteção a essa segunda categoria de dados. A relatora afirmou ainda que para a quebra do sigilo de dados em poder de provedor de internet é suficiente que sejam preenchidos os requisitos do art. 22 do Marco Civil da Internet, ou seja, que a autoridade requisitante indique a existência de um ilícito (inc. I), a necessidade da medida para a investigação (inc. II) e o período de tempo ao qual se referem os dados (inc. III).³⁵

A ementa desse julgado ficou assim redigida:

Constitucional e Processo Penal - Mandado de Segurança - Inquérito policial - Investigação do homicídio do Comandante da Companhia Independente de Operações Policiais Especiais em área de Caatinga (CIOPAC) - Decisão que determina a quebra de sigilo telemático - Pleito de anulação - Invocação da proteção da privacidade e do sigilo das comunicações prevista no art. 5º, incisos X e XII, da Constituição Federal - Leis nºs 9.296/96 (interceptação de comunicações telefônicas) e 12.965/2014 (Marco Civil da Internet) que regulamentam os dispositivos constitucionais - Diferença na tutela dada pela legislação ao conteúdo das comunicações mantidas entre indivíduos e às informações de conexão e de acesso a aplicações de internet - Menor proteção do sistema jurídico às informações de conexão e de acesso a aplicações de internet -

³⁴ Mandado de Segurança Cível n. 201800111901, Rel. Iolanda Santos Guimarães, j. 22.08.2018.

³⁵ Ver notícia sobre esse julgamento publicada no site *Conjur*, no dia 04.07.2019, sob o título: "TJ de Sergipe autoriza quebra genérica de sigilo de dados baseada na localização", disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jul-04/tj-permite-quebra-generica-sigilo-dados-baseada-localizacao>.

Requerimento da autoridade policial limitado às informações de conexão e de acesso a aplicações de internet (contas, nomes de usuário, números de IP que foram usados associados a smartphones com sistema Android, número de IMEI e e-mail associados aos aparelhos e usuários que recorreram aos serviços dos Impetrantes) em um determinado período de tempo e numa área delimitada - Inexistência de pedido de quebra do sigilo do conteúdo de comunicações eventualmente transmitidas pelas pessoas a serem atingidas pela medida excepcional - Observância do disposto no art. 22 do Marco Civil da Internet - Existência de ilícito criminal (art. 22, inciso I, do Marco Civil), necessidade da medida para o prosseguimento das investigações (art. 22, inciso II, do Marco Civil) e limitação das áreas e dos períodos de tempo dos registros (art. 22, inciso III, do Marco Civil) - Registros limitados a um período de 15 (quinze) minutos, em horário noturno, em rodovia estadual pouco movimentada - Segurança denegada.

I - Cuida-se de mandado de segurança que objetiva anular a decisão proferida pelo Juízo Impetrado que, acolhendo requerimento da Autoridade Policial, quebrou o sigilo telemático de pessoas não identificadas, medida adotada nos autos do Inquérito Policial que investiga o homicídio que vitimou o Capitão da Polícia Militar do Estado de Sergipe Manoel Alves de Oliveira Santos, então Comandante da Companhia Independente de Operações Policiais Especiais em área de Caatinga (CIOPAC), no dia 04.04.2018, por volta das 20h, na Rodovia Estadual SE200, no Município de Porto da Folha/SE;

II - A Constituição Federal protege, nos incisos X e XII do seu art. 5º, a privacidade e o sigilo das comunicações, garantias essas regulamentadas pela Lei nº 9.296/96 (interceptação de comunicações telefônicas) e pela Lei nº 12.965/2014 (Marco Civil da Internet);

III - A leitura dos citados diplomas legais revela que o sistema jurídico diferencia a tutela dada ao conteúdo das comunicações mantidas entre indivíduos e às informações de conexão e de acesso a aplicações de internet, garantindo uma maior proteção ao primeiro e flexibilizando a proteção da segunda;

IV - No caso dos autos, a medida combatida se limitou a atender requerimento que, por sua vez, restringiu-se à quebra do sigilo das informações de conexão e de acesso a aplicações de internet (contas, nomes de usuário, números de IP que foram usados associados a smartphones com sistema Android, número de IMEI e e-mail associados aos aparelhos e usuários que recorreram aos serviços dos Impetrantes) em um determinado período de tempo e numa área delimitada, tudo isso no bojo de investigação de um homicídio;

V - Não houve qualquer requerimento por parte da Autoridade Policial quanto à quebra do sigilo do conteúdo das comunicações eventualmente transmitidas pelas pessoas a serem atingidas pela medida excepcional;

VI - Nesse quadro, os requisitos do art. 22 do Marco Civil da Internet para a manutenção da medida se mostram presentes: há um ilícito, inclusive de natureza criminal (inciso I); a Autoridade Policial explicitou ser imprescindível a medida para a continuidade das investigações, com a identificação dos suspeitos (inciso II); e o requerimento foi delimitado não só no tempo, mas na área a ser atingida (inciso III);

VII - Vale destacar, das informações prestadas pelo Juízo Impe-trado, que o lapso temporal é entre “[...] 04 de abril de 2018 às 22h40min e 04 de abril de 2018 às 22h55m, ou seja, são apenas 15 minutos” de dados em “[...] local ermo, estrada de difícil acesso, de restrita circulação de pessoas, especialmente no horário indicado [...]”, indicando que um número mínimo de pessoas eventualmente será atingida pela quebra do sigilo;

VIII - Segurança denegada.³⁶

A Google ainda tentou suspender a ordem por meio de recurso avariado ao Superior Tribunal de Justiça,³⁷ mas o Ministro Nefi Cordeiro negou o pedido de liminar por entender se tratar de recurso em mandado de segurança, cabível apenas em situações de flagrante constrangimento ilegal - situação não verificada nos autos, segundo ele. O mérito ainda será analisado.³⁸

Como se observa, existe respaldo na legislação brasileira para requisição de dados pessoais armazenados por provedor de aplicações de Internet, com delimitação apenas por coordenadas geográficas ou período de tempo, sem necessidade, portanto de individualização das pessoas suspeitas de cometer a infração objeto da investigação. A jurisprudência convalida ordem de tal natureza, conforme se denota do mencionado acórdão do TJSE.³⁹

³⁶ O teor integral do acórdão pode ser acessado em: <https://www.conjur.com.br/dl/tj-quebra-sigilo-generica-baseada-tempo.pdf>.

³⁷ RMS n. 61215, 6ª Turma, rel. Min. Nefi Cordeiro.

³⁸ Ver notícia publicada no site do STJ em 04.07.2019, sob o título: “Google não consegue suspender quebra de sigilo de dados de grupo de usuários não identificados”, disponível em: <http://www.stj.jus.br/sites/porta/paginas/Comunicacao/Noticias/Google-nao-consegue-suspender-quebra-de-sigilo-de-dados-de-grupo-de-usuarios-nao-identificados.aspx>.

³⁹ Note-se, inclusive, que a quebra do sigilo de dados no caso citado foi bem mais ampla que a determinada pelo Juiz da Comarca de Jupi/PE. Naquele outro caso julgado pelo TJSE, a requisição judicial envolveu dados como contas, nomes de usuário, números de IP que foram usados associados a smartphones com sistema Android, números de IMEI e endereços de e-mail associados aos aparelhos e usuários que recorreram aos serviços do provedor. Na decisão do Juiz de Jupi, apenas foram requisitados os números identificadores (N-ID) dos celulares, associados aos dados de localização dos aparelhos.

7. DADOS COLETADOS PELOS PROVEDORES DEVEM SER MANTIDOS “EM FORMATO INTEROPERÁVEL E ESTRUTURADO, PARA FACILITAR O ACESSO DECORRENTE DE DECISÃO JUDICIAL OU DETERMINAÇÃO LEGAL” (ART. 15 DO DECRETO N. 8.771/16)

Todo e qualquer tipo de dado coletado por provedores de serviços na internet (por meio de sites, plataformas e aplicativos) podem ser utilizados para fins de investigação policial ou instrução processual (em processo cível ou penal), respeitadas as prescrições legais. Não somente registros de conexão (logs) à rede e aplicações, mas todos os dados de natureza pessoal ou não (como dados anonimizados e metadados), que decorram de qualquer operação de coleta, guarda ou tratamento realizada por provedores de conexão e aplicações de internet podem ser requisitados pelas autoridades judiciais para possibilitar a investigação de ilícitos e facilitar a atividade de persecução penal. Os provedores inclusive têm a obrigação de manter os dados armazenados em seus servidores “em formato interoperável e estruturado, para facilitar o acesso decorrente de decisão judicial ou determinação legal” (art. 15 do Decreto n. 8.771/16).

8. PROVEDOR NÃO PODE DAR CIÊNCIA A SEUS USUÁRIOS SOBRE ORDEM QUE RECEBE PARA ENTREGA DE DADOS, SOB PENA DE SER RESPONSABILIZADO

Além de se notabilizar pela resistência frequente ao cumprimento de requisições judiciais para a entrega de dados, a Google também vem se utilizando de outro expediente para tentar minar as ordens de quebra de sigilo informacional. Tem comunicado aos seus usuários sempre que recebe ordens para a entrega de dados sob sua guarda, ainda quando os dados requisitados não tenham natureza de dado pessoal ou possam de alguma maneira identificar o usuário. Trata-se de expediente para instigar os usuários a contestarem judicialmente as ordens judiciais que ela própria tem interesse em confrontar, pois nas comunicações que vem fazendo chega a dar prazo para que o usuário consiga uma contraordem antes que realize a entrega do material informacional.⁴⁰ Como a Google não tem tido muito sucesso nos tribunais em contestar, *sponte sua*, as requisições judiciais para entrega de dados (até porque não tem legitimidade para fazer a defesa da privacidade dos titulares), então vem instigando os usuários a tomar a iniciativa que em última análise só interessa a ela própria, pois na maioria dos casos as requisições judiciais envolvem

⁴⁰ Pelo menos é o que se depreende que a Google vem fazendo ao se ler reportagem publicada pelo site da NBC, em 07.03.2020, que relata o caso envolvendo Zachary McCoy, um cidadão residente na cidade de Gainesville, Flórida (nos EUA), que achou que se tornou suspeito de um assalto em uma casa nas cercanias do seu trajeto corriqueiro de bicicleta, apenas por ter recebido uma comunicação da Google de que entregaria seus dados à polícia local para investigação do crime. Sem a Google ter explicado exatamente quais dados seriam entregues - a comunicação mencionou apenas dados vinculados à conta do usuário - e assustado com a possibilidade de ser considerado suspeito de um crime que não cometera, McCoy contratou advogado e prematuramente contestou a ordem. A notícia sobre esse caso está disponível em: <https://www.nbcnews.com/news/us-news/google-tracked-his-bike-ride-past-burglarized-home-made-him-n1151761>.

dados que não são capazes de identificar o usuário ou de qualquer maneira invadir sua privacidade.

Esse tipo de conduta é ilegal e pode ensejar a adoção de penalidades, como imposição de multas⁴¹ e até sanções mais pesadas, pois constitui forma de minar a eficácia da ordem judicial e pode ter o efeito de prejudicar a investigação em andamento.

Diga-se que a Google é conhecida não apenas por tentar minar a eficácia de requisições para entrega de dados, mas também ordens judiciais de outra natureza. Isso vem ocorrendo em relação aos requerimentos de desindexação nos motores de busca na internet, que são feitos por pessoas interessadas em não ter seus nomes aparecendo em resultados de pesquisa em relação a fatos que não tenham relevância social ou interesse público.⁴² Ao invés de se limitar a retirar dos resultados das pesquisas os links contendo as notícias, quando atende a um requerimento ou recebe notificação judicial, a Google tem dado ciência aos controladores dos sites em que o conteúdo ilícito está hospedado, permitindo que eles tornem pública a desindexação ou simplesmente transfiram o material para outra página no próprio site ou em outro endereço na web. Por conta desse tipo de prática, a Google já recebeu multa de autoridades de proteção de dados em vários países.⁴³

CONCLUSÕES

1ª) Embora o provedor figure como destinatário da ordem judicial, para se contrapor a uma requisição para entrega de dados tem que apontar algum interesse ou direito de sua titularidade que possa ser atingido pela quebra do sigilo telemático. O que não pode é contestar a ordem judicial pretendendo a defesa da privacidade de terceiros, por não ser representante deles e nem lhe ser conferida pela lei a qualidade de substituto processual. Qualquer pessoa que se sentir lesada, por entender que a ordem alcança sua órbita de interesses, pode individualmente fazer a defesa de eventuais direitos lesados.

⁴¹ O Juiz de Direito da Comarca de Jupi/PE, ao requisitar os dados de localização para identificar os executores de um crime de homicídio, na mesma decisão aplicou multa para a hipótese da Google comunicar seus usuários, no valor de dez mil reais por cada notificação que viesse a fazer, “sem prejuízo das demais medidas legais cabíveis” (Proc. n. 000221-43.2019.8.17.0850).

⁴² Para quem quiser se informar melhor sobre o “direito à desindexação”, sugerimos a leitura de nosso artigo intitulado “A remoção dos resultados de pesquisa (indexação) dos motores de busca na internet (1ª parte). A repercussão da decisão do Tribunal de Justiça da União Europeia”. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 19, n. 4039, 23 jul. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/30429>.

⁴³ Recentemente, a Google recebeu uma pesada multa da autoridade de proteção de dados da Suécia - ver notícia publicada no site *Tecmundo*, em 12.03.2020, disponível em: <https://www.tecmundo.com.br/internet/151034-google-multada-r-37-milhoes-suecia.htm>. Antes disso, já havia sido multada pela autoridade de proteção de dados da Espanha, mas conseguiu reverter a multa na Justiça espanhola, que entendeu que como o “direito à desindexação” era de construção jurisprudencial e não tinha contornos bem definidos, ainda não se sabendo se o motor de busca tinha o direito de comunicar os controladores de sites sobre a medida adotada, não era razoável punir a Google antes desse aspecto ficar bem definido - ver matéria publicada em 27.05.2019, disponível em: https://www.eldiario.es/tecnologia/Audiencia-Nacional-Proteccion-Datos-Google_0_903610208.html.

2ª) Os provedores de serviços na internet não são os titulares e não podem pretender um monopólio sobre os dados que coletam e armazenam. Exigências de ordem social e razões fundadas no interesse público podem justificar a entrega dos dados pessoais coletados pelos sistemas informatizados de empresas privadas às autoridades públicas. A necessidade de viabilizar uma investigação criminal ou a instrução de um processo judicial é um exemplo de situação excepcional que pode autorizar a quebra do sigilo informacional.

3ª) Leis diferentes (Lei n. 9.296/96 e Lei n. 12.965/2014) disciplinam com requisitos diversos o procedimento da requisição judicial para entrega de dados armazenados pelo provedor e o da interceptação das comunicações (telefônica, telegráfica ou telemática). O art. 22 da Lei 12.965/2014 (“Marco Civil da Internet”) não exige que a ordem para quebra do sigilo informacional (sigilo de dados) tenha que, obrigatoriamente, indicar os “alvos” da investigação ou que o magistrado precise de alguma maneira qualificar previamente na sua decisão as pessoas suspeitas de cometer o ilícito investigado.

4ª) O propósito primário da quebra do sigilo informacional é justamente a descoberta da autoria de crimes, por meio do levantamento de registros, dados pessoais e “outras informações que possam contribuir para a identificação do usuário” de um serviço na internet ou terminal conectado à rede (parágrafo 1º do art. 10 da Lei 12.965/2014), daí ser incompatível com a natureza e objetivos dessa medida a exigência de descrição ou qualificação prévia de qualquer pessoa a quem os dados requisitados se referem. É ilógico se exigir que a autoridade expedidora da ordem descreva a(s) pessoa(s) alvo(s) da quebra do sigilo informacional quando a finalidade dessa medida é justamente proporcionar a descoberta da identidade de quem fez uso do serviço ou acessou um determinado terminal, em algum momento e em certa localidade.

5ª) As restrições formais e procedimentais elencadas na Lei n. 9.296/96 (e na Resolução CNJ n. 59/2008) não são aplicáveis por extensão ou analogia à quebra de sigilo de dados, sobretudo quando a ordem é dirigida a um provedor de serviço de conexão ou aplicações de internet. Isso porque a lei especifica que disciplina a requisição judicial de dados pessoais em poder dos provedores, para fins de investigação de ilícitos ou instrução processual (Lei n. 12.965/2014), não elenca, dentre os requisitos que estabelece para a quebra do sigilo informacional, que a ordem judicial especifique previamente as pessoas objeto da investigação ou que a prova da infração (ou da autoria) possa ser realizada por outros meios.

6ª) Para o juiz requisitar dados pessoais armazenados por provedor de serviços de internet, basta fundamentar sua decisão com os seguintes elementos: a) indícios da ocorrência do ilícito; b) justificativa da utilidade da requisição; e c) período ao qual se referem os registros (incisos I a III do art. 22 da Lei 12.965/2014). Se a autoridade judicial, ao fundamentar a quebra do sigilo de dados, preenche esses requisitos, a medida não pode ser considerada abusiva ou desproporcional.

7ª) A ordem judicial para quebra do sigilo de dados, delimitada por coordenadas geográficas (como local da execução do crime ou áreas onde transitaram os agentes

criminosos) em certo lapso de tempo, nada tem de desproporcional ou extrema. Muito pelo contrário. A delimitação já funciona como fator que estreita a quebra do sigilo informacional, reduzindo a medida para o limite necessário à descoberta da autoria ou outros aspectos do crime investigado. A indicação na decisão de um limite geográfico e de um lapso temporal, para recolher as informações, são elementos que servem como parâmetros indicativos da proporcionalidade da medida de quebra do sigilo informacional.

8ª) Ainda que a quebra do sigilo de dados não resulte em um sucesso completo para a investigação ou não forneça todos os elementos para a elucidação do crime, isso em nada afeta a legalidade da medida. É suficiente que os dados requisitados possam servir de alguma maneira como meio de prova, que tenham algum potencial de utilidade para a investigação (tal como previsto no inc. II do art. 22 da Lei 12.965/2014). O que justifica a ordem para quebra do sigilo informacional não é a garantia de que os autores serão identificados e o crime solucionado, mas a necessidade de investigá-lo.

9ª) Os registros de acesso e utilização de aplicações na Internet (e outros dados pessoais a eles vinculados) não necessitam ter uma acuidade ou precisão absolutas. Cabe ao juiz avaliar o grau de falibilidade desses dados, no momento de decidir pela sua utilização como meio de prova no processo. Ainda que não suficientemente precisos, os dados fornecidos pelo provedor de internet podem servir para identificar o autor da infração ou apenas como mais um elemento de prova que, corroborado por outros componentes de convicção carreados aos autos, sirva para a investigação ou instrução probatória.

10ª) A possibilidade de a quebra de sigilo informacional baseada em coordenadas geográficas e períodos temporais definidos, entregar informações de outras pessoas que não tenham nenhuma relação com o fato ilícito investigado também não atribui à medida caráter desproporcional ou exagerado. A requisição tem uma única finalidade que é a utilização das informações recebidas para fins de investigação do ilícito ou instrução probatória. Os dados recebidos não podem ser utilizados para outra finalidade. Qualquer informação recebida que não tenha relação com o objetivo da ordem judicial deve ser protegida (ou descartada) e não utilizada para outra finalidade, nem muito menos revelada a terceiros. Os dados de pessoas não envolvidas com o fato objeto da ordem judicial continuam protegidos pelo sigilo informacional, cuja violação inclusive é tipificada criminalmente.

11ª) A ordem judicial de quebra de sigilo baseada em coordenadas geográficas (e/ou períodos de tempo) em regra envolve “dados anonimizados”, que não permitem identificar a pessoa a quem se referem. Assim, o efeito colateral de medida de quebra de sigilo de dados baseada em coordenadas geográficas pode ser nenhum. A requisição em geral envolve dados que não identificam os titulares, sem qualquer risco de invasão desproporcional na privacidade alheia.

12ª) A Lei n. 12.965/2014 é ainda mais flexível no que tange à requisição de dados cadastrais dos usuários de serviços e aplicações na internet. O levantamento dessas informações, para fins de instruir processo penal ou cível, não necessita sequer de ordem

judicial, sendo suficiente uma mera solicitação de autoridade administrativa (§ 3º do art. 10 da Lei n. 12.965/2014)

13ª) Todo e qualquer tipo de dado coletado por provedores de serviços na internet (por meio de sites, plataformas e aplicativos) podem ser utilizados para fins de investigação policial ou instrução processual (em processo cível ou penal), respeitadas as prescrições legais. Não somente registros de conexão (logs) à rede e aplicações, mas todos os dados de natureza pessoal ou não (como dados anonimizados e metadados), que decorram de qualquer operação de coleta, guarda ou tratamento realizada por provedores de conexão e aplicações de internet podem ser requisitados pelas autoridades judiciais para possibilitar a investigação de ilícitos e facilitar a atividade de persecução penal. Os provedores, inclusive, têm a obrigação de manter os dados armazenados em seus servidores “em formato interoperável e estruturado, para facilitar o acesso decorrente de decisão judicial ou determinação legal” (art. 15 do Decreto n. 8.771/16).

14ª) Provedor não pode dar ciência a seus usuários sobre ordem que recebe para entrega de dados, sob pena de ser responsabilizado. Esse tipo de conduta é ilegal e pode ensejar a adoção de penalidades, como imposição de multas e até sanções mais pesadas, pois constitui forma de minar a eficácia da ordem judicial e pode ter o efeito de prejudicar a investigação em andamento.

A ESTRUTURA ANTI-LAVAGEM E O COMPLIANCE NAS SERVENTIAS EXTRAJUDICIAIS: CONSIDERAÇÕES A PARTIR DO PROVIMENTO CNJ Nº 88/2019*

THE ANTI-MONEY LAUNDERING STRUCTURE AND COMPLIANCE IN EXTRAJUDICIAL SERVICES: OBSERVATIONS IN LIGHT OF THE BRAZILIAN NATIONAL COUNCIL OF JUSTICE'S PROVISION N. 88/2019

ELIAS MARQUES DE MEDEIROS NETO

Pós-Doutor, Doutor e Mestre em Direito Processual Civil. Advogado. Professor Universitário. Endereço eletrônico: eliasmarquesneto@hotmail.com.

ELEANDRO G. C. VANIN E HOCHMANN

Mestre e Doutorando em Direito pela Universidade de Marília - UNIMAR. Especialista em Direito Notarial e Registral pela Universidade Cândido Mendes - UCAM. Especialista em Ciências Criminais pela Universidade Anhanguera-Uniderp. Graduado pela Universidade do Estado do Mato Grosso - UNEMAT. Tabelião de Protesto de Títulos e Documentos em Belém/PA.

SUMÁRIO: Introdução - 1. A estrutura de combate à lavagem de dinheiro no Brasil: 1.1. Contexto internacional e histórico; 1.2. A Lei de Lavagem de Dinheiro e suas atualizações - 2. A unidade de inteligência financeira e suas competências: 2.1. Criação e funções do órgão; 2.2. A atuação e as competências da UIF - 3. O combate à lavagem de dinheiro e os cartórios: 3.1. As recomendações do GAFI; 3.2. O Provimento nº 88/2019 do CNJ: 3.2.1. Registro, comunicação e sigilo; 3.2.2. Operações e clientes suspeitos - 4. O combate à lavagem de dinheiro, o *compliance* e as serventias extrajudiciais: 4.1. A estrutura antilavagem e o *compliance* nos cartórios: 4.1.1. O "provimento do *compliance*" - Conclusões - Referências.

* Data de recebimento do artigo: 03.11.2019.

Datas de pareceres de aprovação: 22.01.2020 e 31.01.2020.

Data de aprovação pelo Conselho Editorial: 12.02.2020.

RESUMO: Com o Provimento nº 88/2019 do CNJ, os notários e registradores brasileiros ganharam destaque no combate à lavagem de dinheiro, mas também ficaram sujeitos a uma série de novas obrigações. A internalização desses deveres na prática da serventia (isto é, o *compliance*), demanda a compreensão do Provimento à luz de seu contexto institucional, formado, sobretudo, pela Lei da Lavagem de Dinheiro, pela atuação do UIF e pelas 40 Recomendações do GAFI.

PALAVRAS-CHAVE: lavagem de dinheiro; serventias extrajudiciais; *compliance*; Provimento nº 88/2019; 40 Recomendações.

ABSTRACT: Along with Provision no 88/2019 Brazil's National Council of Justice, notaries public and registrars have gained relevance in the fight against money laundering, but they have also become subject to a series of new obligations. The internalization of these duties in the service's daily practice (i.e. compliance) requires the comprehension of Provision no 88/2019 in light of its institutional context, composed mainly by the Brazilian Anti-Money Laundering Law, the Unit of Financial Intelligence (UIF) and the Financial Action Task Force's 40 Recommendations.

KEYWORDS: money laundering; extrajudicial services; compliance; Provision n. 88/2019; 40 Recommendations.

INTRODUÇÃO

A série *Narcos*, dirigida por José Padilha e exibida pela *Netflix*, mostra a ascensão e queda de Pablo Escobar, um dos maiores narcotraficantes da história. Tamanho era seu poder, que a lavagem de dinheiro não era preocupação. Situação bem diversa, porém, passam seus herdeiros,¹ que não conseguem utilizar sua fortuna e precisam recorrer a métodos mais engenhosos de “branqueamento de capitais”. A diferença não decorre do acaso. No auge da atuação internacionalmente organizada do Cartel de Medellín, entre meados as décadas de 1970 e 1980, ainda eram incipientes as instituições internacionais e nacionais de combate ao crime organizado. Hoje, elas são muito mais sólidas e eficientes.

O combate à lavagem de dinheiro tem origem na persecução ao narcotráfico internacional. Desde os anos 1970, evolui sem cessar. Porém, é setor de grande dinâmica e rápida evolução técnica. Os criminosos escamoteiam seu capital de modo cada vez mais sofisticado e criativo, e as autoridades respondem com métodos e recursos mais avançados de investigação e persecução criminal.

Tal criminalidade tem implicações que superam fronteiras, fazendo a comunidade internacional constatar a necessidade de centrar esforços. Assim, foi criado o Grupo de Ação Financeira contra a Lavagem de Dinheiro (GAFI), em 1989. Como principal entidade internacional de combate à lavagem de dinheiro e financiamento do terrorismo, o GAFI cria padrões institucionais de combate e prevenção, sobretudo por meio das famosas “40 Recomendações”, surgidas em 1990 e sucessivamente reeditadas. Noutra giro, o

¹ MOLINA, Federico Rivas. Viúva e filho de Pablo Escobar são processados por lavagem de dinheiro na Argentina. *El País*, Buenos Aires, 7 jun. 2018. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2018/06/06/internacional/1528309171_058514.html. Acesso em: 11 out. 2019.

compliance se desenvolveu *pari passu* à evolução do combate à lavagem de dinheiro, já que é fundamental a adaptação dos agentes econômicos às regras estabelecidas.

Sob influência desses padrões, o Brasil desenvolveu sua própria estrutura “antilavagem”. A Lei da Lavagem de Dinheiro (Lei nº 9.613/1998) tipificou condutas, criou mecanismos de investigação e políticas de prevenção relacionadas à lavagem de dinheiro. Também criou o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), em 2019 transformado na Unidade de Inteligência Financeira (UIF).

Também em 2019, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) publicou seu Provimento nº 88, para regulamentar a matéria no âmbito das serventias notariais e registras.

Aos agentes delegados compete, sobretudo, detectar a suspeição de clientes e operações e repassar informações à UIF e outros órgãos estatais. Por fatores diversos, a gestão das serventias extrajudiciais sempre se beneficiou do *compliance*. Contudo, o Provimento nº 88/2019 é um divisor de águas, pois cria a necessidade de implementação de uma verdadeira política de prevenção à lavagem de dinheiro nesse setor.

Convém, portanto, compreender de que modo esse provimento influencia no *compliance* dos cartórios, não sem antes contextualizar a normativa conforme os institutos nacionais e internacionais sobre a matéria.

1. A ESTRUTURA DE COMBATE À LAVAGEM DE DINHEIRO NO BRASIL

A lavagem de dinheiro, também conhecida como “branqueamento de capitais”, consiste em transformar recursos oriundos de atividades ilegais em ativos aparentemente lícitos. Essa prática, em geral, envolve organizações criminosas que almejam se valer do produto de suas atividades sem risco de exposição às autoridades públicas. Assim, por definição, a lavagem de dinheiro consiste na dissimulação, realizada por meio de múltiplas e complexas transações, para escamotear e inserir na economia legal ativos de origem espúria.

A chamada “estrutura antilavagem” brasileira, da qual a UIF faz parte, foi criada em atenção aos compromissos internacionais adotados pelo Brasil para combate dessa prática.² Portanto, convém a breve análise desse contexto no qual se fundamentam os institutos brasileiros de combate à lavagem de dinheiro.

1.1. Contexto internacional e histórico

O início da preocupação com lavagem de dinheiro remonta ao final dos anos 1970, relacionada ao combate ao narcotráfico. A partir desse período, as atividades dos grandes carteis se internacionalizaram, demandando respostas no mesmo nível. Em 1988, a Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Psicotrópicos inovou

² Nesse sentido, tem-se na Recomendação 26 que “Os países deveriam assegurar que as instituições financeiras estejam sujeitas a regulação e supervisão adequadas e estejam efetivamente implementando as Recomendações do GAFI [...]” (GAFI. *Padrões internacionais de combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo e da proliferação*: as recomendações do GAFI. Tradução Deborah Salles, revisada por Aline Bispo sob a coordenação do COAF. fev. 2012. p. 29. Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/orgaos/coaf/arquivos/as-recomendacoes-gafi>. Acesso em: 8 out. 2019).

ao “prever um tipo legal de lavagem de dinheiro”,³ de modo ainda incipiente. Hoje, contudo, a questão ocupa “o centro das preocupações de Estados e de organismos internacionais”, pois, com a globalização, “o sistema financeiro oferece ao dinheiro de origem ilícita lugares mais secretos, circuitos mais rápidos, rendimentos mais atrativos”.⁴

Desse esforço internacional no combate à lavagem de dinheiro surgiu o GAFI⁵ em 1989, único organismo internacional totalmente dedicado à matéria.⁶ Desde então, esse órgão elabora políticas a fim de “gerar a vontade política necessária para realizar reformas legislativas e regulatórias”⁷ e “também trabalha para identificar vulnerabilidades nacionais com o objetivo de proteger o sistema financeiro internacional do uso indevido”.⁸

Uma das suas atuações mais relevantes é a de estabelecer padrões normativos. Desses, destacam-se as 40 Recomendações, verdadeiro guia de padrões para a implementação de medidas efetivas de combate à lavagem de dinheiro.⁹ Junto às Recomendações, há Notas Interpretativas que lhe servem de apoio e complemento. A primeira versão foi publicada em 1990, mas diversas modificações foram sendo feitas ao longo das três décadas de história do GAFI. Apesar do número de recomendações ter se mantido em 40, o conteúdo foi expandido consideravelmente (muito em razão das Notas Interpretativas): na edição de 1990 havia apenas sete páginas de texto, ao passo que edição de 2012 conta com 134 páginas.¹⁰ Para elaborar as últimas atualizações, o GAFI contou com apoio técnico de outros organismos internacionais interessados na temática, como o Fundo Monetário Internacional (FMI), o Banco Mundial (BM) e a Organização das Nações Unidas (ONU).

Para Márcio Anselmo, a partir desse documento, “é possível identificar diversos pontos que indicam as alterações no comportamento estatal”.¹¹ Não obstante a vinculação do GAFI à Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), formado por um grupo seletivo, mais de 180 países¹² seguem as 40 Recomendações.¹³ A eficácia da internalização dessas normas é medida pelo próprio GAFI, por meio de periódicas

³ PRADO, Luiz Regis. Delito de lavagem de capitais: um estudo introdutório. In: PRADO, Luiz Régis; DOTTI, René Ariel (org.). *Doutrinas essenciais: direito penal econômico e da empresa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. IV. p. 697-726.

⁴ PRADO, op. cit.

⁵ CREUZ, Luís Rodolfo Cruz e. COAF, lavagem de dinheiro e o mercado imobiliário. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, v. 101, p. 325-340, nov./dez. 2011.

⁶ Posteriormente, também adotou como objetivo o combate ao financiamento do terrorismo.

⁷ BRASIL. Ministério da economia. *Grupo de Ação Financeira contra a Lavagem de Dinheiro e o Financiamento do Terrorismo (Gafi/FATF)*. Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/assuntos/atuacao-internacional/prevencao-e-combate-a-lavagem-de-dinheiro-e-ao-financiamento-do-terrorismo/gafi>. Acesso em: 8 out. 2019.

⁸ GAFI, op. cit., p. 5.

⁹ BRASIL, op. cit., p. 6.

¹⁰ GAFI. *The 40 Recommendations*. Disponível em: <https://www.fatf-gafi.org/publications/fatfrecommendations/documents/the40recommendationspublishedoctober2004.html>. Acesso em: 8 out. 2019.

¹¹ ANSELMO, Márcio Adriano. Compliance e lavagem de dinheiro: o papel dos novos reguladores. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, v. 69, p. 349-378, jul./set. 2015.

¹² BRASIL, op. cit.

¹³ GAFI, *As recomendações...*, op. cit., p. 5.

avaliações; a proximidade dessas “rodadas de avaliação” é fator de grande influência no comportamento dos diversos países no combate à lavagem de dinheiro.¹⁴

1.2. A Lei de Lavagem de Dinheiro e suas atualizações

Alguns anos após a fundação do GAFI, o Brasil publicou a Lei nº 9.613/1998, a Lei de Lavagem de Dinheiro, que veio a sofrer grandes modificações pela Lei nº 12.683/2012 (chamada à época de “Nova Lei de Lavagem de Dinheiro”). O objetivo das alterações foi “tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro”.

A parte inicial da Lei de Lavagem de Dinheiro aborda seus aspectos criminais: o capítulo 1 prevê o tipo penal de lavagem de dinheiro (art. 1º); o capítulo 2 (artigos 2º a 6º), regras processuais penais específicas;¹⁵ e o capítulo 3 (art. 7º), os efeitos da condenação. Originalmente, o art. 1º da Lei de Lavagem prescrevia hipóteses taxativas de configuração do crime, mas a Lei nº 12.683/2012 revogou esse rol, ampliando a esfera de tipificação penal.

Luiz Regis Prado ensina que, tradicionalmente, a doutrina sistematiza o crime de lavagem de dinheiro em três etapas: (1ª) inserção do dinheiro líquido no mercado financeiro (ex.: banco, corretora); (2ª) ocultação da origem ilícita (ex.: paraíso fiscal, superfaturamento); e (3ª) integração, reintrodução do dinheiro na economia legal (ex.: aquisição de bem, empréstimo).¹⁶ Par ao autor, o *bem jurídico protegido* é transindividual, abrangendo a ordem econômico-financeira, o sistema econômico e suas instituições.¹⁷

Por sua vez, os capítulos 5 a 7 (artigos 8º a 11) contemplam diligências específicas atribuídas a pessoas físicas e jurídicas atuantes em setores econômicos comumente relacionadas à lavagem de dinheiro. Em síntese, trata-se de registrar e comunicar, aos órgãos competentes, dados de operações financeiras e clientes suspeitos.

O art. 9º arrola as pessoas físicas e jurídicas tipicamente obrigadas a observarem as disposições da lei acerca de lavagem de dinheiro. Um de seus deveres é a identificação criteriosa de seus clientes e manutenção de registros sobre eles, segundo as exigências do art. 10. O art. 10-A, por sua vez, aduz ao “cadastro geral de correntistas e clientes de instituições financeiras”, um grande banco de dados centralizado mantido pelo Banco Central.

Por fim, o capítulo 8 (art. 12) contempla a responsabilidade administrativa dos agentes econômicos que deixarem de cumprir essas obrigações de registro e comunicação. As sanções contemplam advertência; multa; inabilitação temporária para administrar as pessoas jurídicas referidas no art. 9º; a cassação ou suspensão da autorização para a atividade, operação ou funcionamento; dentre várias outras.

¹⁴ ANSELMO, op. cit.

¹⁵ Sem prejuízo de Aplicação subsidiária do Código de Processo Penal (CPP), na forma do art. 17-A.

¹⁶ De todo modo, o autor frisa que nem sempre o crime segue esse procedimento, pelo que propõe uma sistematização mais atualizada, baseada na finalidade do delito. “De acordo com essa nova tipologia, por assim dizer moderna, apresentam-se a lavagem de dinheiro elementar (necessidade de liquidez e pouco volume financeiro. Exemplo: troca de divisas numa casa de câmbio), a elaborada (reinvestimento do dinheiro ilícito em atividades legais. Exemplo: especulação imobiliária simulada) e a sofisticada (volume financeiro elevado e em pouco tempo, problema da credibilidade. Exemplo: especulação financeira cruzada)” (PRADO, op. cit.).

¹⁷ PRADO, op. cit.

2. A UNIDADE DE INTELIGÊNCIA FINANCEIRA E SUAS COMPETÊNCIAS

2.1. Criação e funções do órgão

A Unidade de Inteligência Financeira (UIF) é o nome atual¹⁸ do Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), instituído com funções precípuas de atuar na prevenção e combate à lavagem de dinheiro e, posteriormente, ao financiamento do terrorismo.¹⁹ Originalmente vinculado ao Ministério da Fazenda - após curta vinculação ao Ministério da Justiça e Segurança Pública (MP nº 870/2019) e ao Ministério da Economia (MP nº 886/2019) - atualmente órgão encontra-se integrado à estrutura do Banco Central (MP nº 893/2019).

Pela redação da Lei nº 9.613/1998, a UIF tem a “finalidade de disciplinar, aplicar penas administrativas, receber, examinar e identificar as ocorrências suspeitas de atividades ilícitas previstas na lei” (art. 14) e de coordenar a cooperação e a troca de informações para viabilizar ações rápidas e eficientes no combate à lavagem de dinheiro (art. 14, § 2º). Para tanto, possui competência disciplinar, fiscalizatória, investigativa e normativa, que se resumem nas duas grandes funções da UIF: unidade de inteligência financeira e de órgão regulador.²⁰

2.2. A atuação e as competências da UIF

Em todas essas competências, a UIF influencia significativamente no *compliance* corporativo. Na área *disciplinar*, eventuais erros podem gerar significativos reflexos financeiros. Apenas em 2018, foram julgados 132 processos administrativos disciplinares nesse sentido, “com a aplicação de R\$ 78,6 milhões em multas”.²¹

Além disso, “a regulação administrativa é ferramenta essencial no combate à lavagem de dinheiro”.²² A competência *normativa*, porém, não é exclusiva da UIF. Dada a relevância e complexidade do setor, recai sobre outros órgãos, tais como o Banco Central do Brasil (Bacen), a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) e a Superintendência de

¹⁸ A MP nº 893/2019 transformou o COAF na UIF.

¹⁹ BRASIL. Ministério da Economia. *Conselho de Controle de Atividades Financeiras - Coaf: estrutura organizacional*. Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/aceso-a-informacao/institucional/estrutura-organizacional/conselho-de-controle-de-atividades-financeiras-coaf>. Acesso em: 26 set. 2019.

²⁰ “O COAF possui dois grupos de atribuições conforme expõe Saadi (2007, p. 87-88), o primeiro, no qual atua como órgão regulador, com as atribuições de órgão normatizador, bem como de aplicar penas administrativas; o segundo, com atividades de inteligência financeira, que consistem em receber as comunicações suspeitas, filtrá-las e comunicar aos órgãos competentes, bem como coordenar e estimular mecanismos de cooperação e troca de informações no combate à lavagem de dinheiro”. (ANSELMO, op. cit.).

²¹ “A maior parte das infrações apuradas no período eram relacionadas à identificação e manutenção de cadastro de clientes, registro de operações, adoção de políticas, procedimentos e controles internos de prevenção à lavagem de dinheiro, entre outros.” MATTOS FILHO divulga cartilha sobre atuação do Coaf para empresas, *Revista Consultor Jurídico*, 5 fev. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-05/mattos-filho-divulga-cartilha-atuacao-coaf-empresas>. Acesso em: 11 out. 2019.

²² ANSELMO, op. cit.

Seguros Privados (Susep).²³ Porém, no que diz respeito à lavagem de dinheiro, a UIF é o principal deles, pois a competência dos demais órgãos é mais limitada a suas áreas de atuação, enquanto a UIF, por ser ele mesmo um órgão de combate a tal prática, permanece com a competência residual.²⁴

Ademais, a UIF funciona como único órgão de regulação para setores desprovidos de “órgãos fiscalizadores próprios”.²⁵ A exemplo do que ocorre nas demais instituições com competência reguladora, a normativa²⁶ produzida pela UIF compreende figuras como resoluções, instruções normativas, portarias e circulares.

Tradicionalmente, a *fiscalização* da UIF recai sobre instituições financeiras, *factorings*, mercado de valores, loterias, cartões de crédito, isto é, “setores da atividade econômica considerados de potencial utilização para a lavagem de dinheiro”.²⁷ É antiga, e ainda vigente, a regulação sobre administradoras de cartão de crédito (Resolução nº 6/1999), bolsas de valores (Resolução nº 7/1999) e pessoas jurídicas não financeiras prestadoras de serviços de transferência de numerário (Resolução nº 10/2001). Foram atualizadas as normativas relativas a empresas de fomento comercial ou mercantil, conhecidas como *factoring* (Resolução nº 21/2013 e Instrução Normativa nº 3/2014).

Em atenção à Lei nº 12.682/2012, que ampliou o rol de sujeitos obrigados a comunicar operações à UIF²⁸ para abranger setores que, apesar de não diretamente envolvidos com transações de valores mobiliários ou de crédito, apresentam risco potencial de serem utilizados para lavagem de dinheiro.²⁹

Diante disso, houve paulatina regulamentação dos mercados de: (i) joias, pedras e metais preciosos (Resolução nº 23/2012); (ii) prestação, mesmo que eventual, de serviços de assessoria, consultoria, contadoria, auditoria, aconselhamento ou assistência (Resolução nº 24/2013); (iii) bens de luxo ou de alto valor (Resolução nº 25/2013); (iv) imóveis (Resolução nº 26/2013); (v) objetos de arte e antiguidades (Resolução nº 28/2016);

²³ Juntamente com o COAF, os órgãos mencionados são os principais reguladores a respeito de lavagem de dinheiro. Porém, em caráter secundário, há atribuições aos seguintes órgãos: Conselho Federal de Contabilidade (CFC); Conselho Federal de Corretores Imobiliários (Cofeci); Secretaria de Acompanhamento Econômico (Seae); Conselho Federal de Economia (Cofecon); Departamento de Polícia Federal (DPF); Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) e Departamento de Registro Empresarial e Integração (Drei) (ANSELMO, op. cit.).

²⁴ ANSELMO, op. cit.

²⁵ MATTOS FILHO. *UIF: atuação, procedimentos e prevenção: compliance e ética corporativa*. p. 5. Disponível em: <https://publicacoes.mattosfilho.com.br/books/qnqg/#p=4>. Acesso em: 11 out. 2019.

²⁶ BRASIL. Ministério da Economia. *Conselho de Controle de Atividades Financeiras - Coaf: normas*. Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/orgaos/coaf/legislacao-e-normas/normas-coaf>. Acesso em: 26 set. 2019.

²⁷ Esses setores estão arrolados na Recomendação nº 26 (GAFI, *As recomendações...*, op. cit., p. 29).

²⁸ Embora salutar para combater um tipo de criminalidade dinâmica e dúctil, note-se “a generalização do dever de comunicação, optando-se por técnica legislativa não tipológica, puramente conceitual, e não taxativa, gera dúvidas quanto à extensão de sua aplicação” (SAAD-DINIZ, Eduardo; SILVEIRA, Renato M. J. A noção penal dos programas de compliance e as instituições financeiras na “nova lei de lavagem” - Lei 12.683/2012. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, v. 57, p. 267-279, jul./set. 2012).

²⁹ ANSELMO, op. cit.

(vi) veículos automotores (Instrução Normativa nº 4/2015); (vii) direitos sobre atletas ou artistas (Resolução nº 30/2018).

Pelo Provimento nº 88/2019 do CNJ, a UIF também pode fiscalizar as serventias extrajudiciais.

3. O COMBATE À LAVAGEM DE DINHEIRO E OS CARTÓRIOS

Com o Provimento nº 88/2019, o CNJ regulamentou a atuação dos agentes delegados em relação à lavagem de dinheiro, no sentido de registrar e comunicar dados relevantes às autoridades públicas. Antes de analisar essa normativa, porém, convém breve análise das regras que lhe serviram de inspiração.

Como visto, a estrutura antilavagem brasileira baseia-se nas normativas do GAFI, e não seria diferente no combate à lavagem de dinheiro por meio dos serviços notariais e de registro. Tanto é que, no prólogo do Provimento nº 88/2019, consta “considerando” remetendo às Recomendações nº 22 e nº 23 do organismo internacional. Estas serão as normas analisadas, além das Notas Interpretativas pertinentes.

3.1. As recomendações do GAFI

Agentes delegados estão previstos na categoria de “Atividades e Profissões Não-Financeiras Designadas (APNFDs)”.³⁰ Para esses profissionais, a entidade dedica duas recomendações. A Recomendação 22³¹ se refere a obrigações de diligência sobre o cliente e manutenção de registros, tal como previsto nas Recomendações 10, 11, 12, 15 e 17.³² Sobretudo, devem-se observar transações que envolvam: compra e venda de imóveis; gestão de dinheiro, títulos mobiliários ou outros ativos do cliente; gestão de contas correntes, de poupança ou de valores mobiliários; organização de contribuições para a criação, operação ou administração de empresas; criação, operação ou administração de pessoas jurídicas ou outras estruturas jurídicas, e compra e venda de entidades comerciais.

Já a Recomendação 23³³ aplica aos APNFDs as Recomendações 18 a 21.³⁴ Desas interessa destacar que a Recomendação 21, que contempla proteção em relação à responsabilidade por quebra de sigilo, na hipótese de comunicação de informações pessoais para combate à lavagem de dinheiro. A Nota Interpretativa da Recomendação 23³⁵ prescreve que não será exigido que os APNFDs comuniquem transações suspeitas em

³⁰ GAFI, *As recomendações...*, op. cit., p. 162.

³¹ *Ibidem*, p. 25-26.

³² A Recomendação 10 trata do dever de diligência sobre os clientes que realizam negócios vultuosos ou suspeitos. A 11, de manter registros de transações. A 12, de adotar medidas especiais para pessoas expostas politicamente. A 15, de avaliar os riscos oriundos de novas tecnologias e práticas de negócios. A 17, do direito de recorrer a terceiros para levantar dados sobre o cliente (GAFI, *As recomendações...*, op. cit., p. 15-22).

³³ GAFI, *As recomendações...*, op. cit., p. 27-28.

³⁴ A Recomendação 18 aborda o dever de implementação de programas contra a lavagem de dinheiro. (GAFI, *As recomendações...*, op. cit., p. 23-25).

³⁵ GAFI, *As recomendações...*, op. cit., p. 120.

circunstâncias em que estiverem sujeitos a segredo profissional ou privilégio profissional de natureza legal (item 1), cabendo a cada país definir quais questões são albergadas por essa prerrogativa (item 2). Já o item 4 dispõe que, se os APNFDs “procurarem dissuadir um cliente de se envolver em atividades ilegais, tal conduta não constitui alerta ao cliente (*tipping off*)”.

3.2. O Provimento nº 88/2019 do CNJ

O Provimento nº 88/2019 regulamenta a atuação dos agentes delegados em relação à lavagem de dinheiro, no sentido de registrar e comunicar dados relevantes às autoridades públicas. A normativa abarca todas as competências notariais e registrais (art. 2º), titulares ou interinos (art. 2º, § 1º), além de autoridades consulares com tais atribuições (art. 2º, § 2º).

Sob supervisão das corregedorias competentes, os delegatários “devem estabelecer e implementar políticas de prevenção à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo” (art. 7º). Os próprios titulares são responsáveis pela implantação dessas políticas, bem como de procedimentos e controles internos de prevenção (art. 8º).

Contudo, é facultada a indicação de “oficiais de cumprimento” dentre seus prepostos para esse encargo (art. 8º), a quem competirá: (i) prestar informações à UIF, ao Ministério Público e ao Judiciário; (ii) promover treinamentos para os colaboradores da serventia; e (iii) elaborar manuais e rotinas internas sobre regras de condutas e sinais de alertas.

3.2.1. Registro, comunicação e sigilo

O art. 13 do Provimento determina a manutenção de *registro* eletrônico de todos os atos de protocolo e de conteúdo econômico, abarcando (no que couber) os seguintes dados: identificação do cliente; descrição pormenorizada da operação com sua data, valor, forma e meio de pagamento, além do “valor da avaliação para fins de incidência tributária” (base de cálculo). No registro, é preciso constar que essas informações foram transmitidas às autoridades competentes (art. 13, § 1º, VIII, do Provimento). Em regra, as informações são obtidas pela declaração das partes, mas é facultado ao responsável acrescentar informações oriundas dos documentos qualificados e de outras fontes (art. 13, §§ 2º e 3º, da Resolução). Nesse contexto, tem-se clara influência da Recomendação 17 do GAFI, que confere aos APNFDs o direito de levantar dados sobre o cliente a partir de terceiros.

O art. 6º do Provimento prevê que a *comunicação* deve ocorrer à Unidade de Inteligência Financeira (UIF) por intermédio do Sistema de Controle de Atividades Financeiras (Siscoaf). Mais especificamente, deve ser feita no *site* da UIF por meio do *link* siscoaf.fazenda.gov.br/siscoaf-internet (art. 15, parágrafo único, Provimento).

A comunicação deve ocorrer “no dia útil seguinte à prática do ato notarial ou registral” (art. 15, *caput*, Provimento). Afora as comunicações à UIF, prevê o art. 17 do Provimento que os delegatários devem prestar informações semestrais à Corregedoria-Geral à qual estão vinculados. Todo ano, nos dias 10 de janeiro e 10 de julho, devem atestar a inexistência de operações ou propostas de operações suspeitas nos 5 meses anteriores. O

não cumprimento desse dever acarretará sanções disciplinares, cuja imposição compete à Corregedoria-Geral (art. 17, parágrafo único do Provimento).

Nas comunicações, é garantido o *sigilo*, sendo vedado aos agentes delegados “o compartilhamento de informação com as partes envolvidas ou terceiros, com exceção do Conselho Nacional de Justiça” (art. 18 do Provimento). Note-se que o art. 17-B³⁶ da Lei de Lavagem de Dinheiro limita o acesso das polícias e do Ministério Público a dados pessoais dos investigados. Ademais, o art. 43 do Provimento confere, às entidades representativas, acesso aos bancos de dados estatais de identificação da Receita Federal e do Tribunal Superior Eleitoral e de outras bases confiáveis. Porém, limita “a consulta aos dados necessários à confirmação da autenticidade dos documentos de identificação apresentados”.

3.2.2. Operações e clientes suspeitos

O Provimento define os diversos clientes dos serviços cartorários em seu art. 4º. Em vez de apresentar conceito geral, adotaram-se definições especificadas para serviços notariais, registrais imobiliários, registrais de títulos e documentos e civis de pessoa jurídica e de protesto. Isso porque os sujeitos considerados clientes variam conforme a natureza dos atos praticados no cartório e dos documentos apresentados. Destaca-se o conceito de “beneficiário final”: pessoa natural “em nome da qual uma transação é conduzida” ou que, em última instância, “controla ou influencia significativamente uma pessoa jurídica” (art. 4º, V). O registro e comunicação sobre os clientes abarca “todos os negócios e operações que lhes sejam submetidos”, “inclusive quando envolver operações por interpostas pessoas” (art. 3º).

Segundo o art. 16 do Provimento, é necessário dedicar especial atenção às pessoas expostas politicamente, bem como a seus familiares, colaboradores próximos ou pessoas jurídicas de que participem. Essas regras baseiam-se na Recomendação 12³⁷ do GAFI, que orienta a adoção de medidas especiais para pessoas nessa condição, como o “monitoramento reforçado contínuo” de suas operações.

A Recomendação 12 estabelece uma série de critérios para qualificar uma pessoa como exposta politicamente (PEP). Contudo, para facilitar tal atribuição, o Siscoaf disponibiliza consultas a um “cadastro eletrônico de pessoas expostas politicamente”; em relação aos cartórios, apenas pessoas contempladas nesse cadastro podem ser consideradas como expostas politicamente.³⁸

Quanto às operações ou propostas de operações suspeitas, o Provimento prescreve o dever geral dos delegatários em “avaliar a existência de suspeição” (art. 5º). Devem ser comunicadas “quaisquer operações que, por seus elementos objetivos e subjetivos, possam

³⁶ “Art. 17-B. A autoridade policial e o Ministério Público terão acesso, exclusivamente, aos dados cadastrais do investigado que informam qualificação pessoal, filiação e endereço, independentemente de autorização judicial, mantidos pela Justiça Eleitoral, pelas empresas telefônicas, pelas instituições financeiras, pelos provedores de internet e pelas administradoras de cartão de crédito.”

³⁷ GAFI, *As recomendações...*, op. cit., p. 19.

³⁸ Art. 16, parágrafo único, do Provimento.

ser consideradas suspeitas” (art. 6º). Tal suspeição pode ser percebida por diversos fatores, tais como: “partes envolvidas, valores, forma de realização, finalidade, complexidade, instrumentos utilizados ou pela falta de fundamento econômico ou legal” (art. 5º).

Em caráter mais específico, o art. 20 contempla 18 hipóteses que “podem configurar indícios da ocorrência de crimes de lavagem de dinheiro ou de financiamento do terrorismo” (ou de atos relacionados a tais práticas). O *caput* do art. 20, contudo, ressalva que pode haver “indicativos específicos” referentes a atos praticados por agentes delegados de diferentes funções.³⁹

Além disso, o art. 35 prevê como operação tipicamente suspeita a lavratura de procuração de plenos poderes de gestão empresarial (independentemente de ser em causa própria, por prazo determinado ou indeterminado), quando: (i) conferida em caráter irrevogável; (ii) conferida em caráter irretroatável; ou (iii) isenta de prestação de contas.

Por fim, o art. 36 contém 6 situações que exigem comunicação à UIF independentemente de análise. Algumas dessas hipóteses de *comunicação automática* envolvem parâmetros em pecúnia,⁴⁰ cujos valores podem ser atualizados periodicamente pela Corregedoria Nacional de Justiça (art. 44).

4. O COMBATE À LAVAGEM DE DINHEIRO, O COMPLIANCE E AS SERVENTIAS EXTRAJUDICIAIS

Atualmente, a boa governança corporativa é um objetivo comum dentre as companhias de maior porte e renome. Sendo a implementação de programas de integridade, o *compliance* - se realizado de modo preventivo, e não simplesmente reativo⁴¹ - mostra-se um dos pilares da boa governança corporativa, pois permite que a gestão seja realizada em conformidade com o esperado pelo direito, pelos costumes comerciais e pela ética da comunidade.

Embora atrelado à boa governança corporativa, o *compliance* é por vezes criticado pelo risco de gerar “perda da flexibilidade diante da dinâmica de mercado”. Contudo, independentemente disso, os programas de integridade compensam-se tendo em vista o valor agregado “já que a valoração global dos negócios não prescindiria de negociações que negligenciem a governança regulatória”.⁴²

³⁹ Os capítulos VII a XI do Provimento contemplam regras específicas para cada função notarial ou de registro.

⁴⁰ “Art. 36 [...] I - qualquer operação que envolva o pagamento ou recebimento de valor em espécie igual ou superior a R\$ 30.000,00 (trinta mil reais) ou equivalente em outra moeda, em espécie, inclusive a compra ou venda de bens móveis ou imóveis; II - qualquer operação que envolva o pagamento ou recebimento de valor igual ou superior a R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), por meio de título de crédito emitido ao portador, inclusive a compra ou venda de bens móveis ou imóveis [...] IV - qualquer operação ou conjunto de operações relativas a bens móveis de luxo ou alto valor, assim considerados os de valor igual ou superior a R\$ 300.000,00 (trezentos mil reais), ou equivalente em outra moeda.”

⁴¹ ANSELMO, Márcio Adriano. Compliance, direito penal e investigação criminal: uma análise à luz da ISO 19600 e 37001. *Revista dos Tribunais*, v. 979, p. 53-67, maio 2017.

⁴² SAAD-DINIZ; SILVEIRA, op. cit.

Define-se pela disciplina interna do ambiente corporativo a fim de conformar sua atuação à ética e ao Direito.⁴³ Em outras palavras, é “estar em conformidade às normas internas e externas preestabelecidas pelo titular do poder-dever [para] mitigar os seus riscos e preservar sua imagem, credibilidade e reputação perante seus clientes e a sociedade”.⁴⁴

O *compliance* é a regulação indireta do comportamento pelo direito: as normas criam deveres que posteriormente são internalizados, no que se denomina “estruturas de incentivo”.⁴⁵ Todavia, o objeto do *compliance* é mais voltado à prevenção do que ao combate direto a práticas tidas como ilícitas.⁴⁶

Nesse contexto, surgiu a figura do *compliance officer*, profissional “responsável pelo cumprimento das medidas no âmbito das corporações e encarregado de atuar como elo nas investigações internas, a partir da recepção de denúncias ou obtenção de provas”.⁴⁷ A fim de garantir a prevenção de ilícitos, a empresa pode designar colaboradores ou até departamentos inteiros a tal função, bem como contratar consultoria especializada - em parte formada por escritórios de auditoria e advocacia.⁴⁸ Essa atuação é importante para prevenir e, se necessário, reduzir sanções criminais administrativas, pela colaboração oferecida.

Para Carla Rahal Benedetti,⁴⁹ existem dois grandes campos de atuação relativos ao *compliance*, a saber: o *campo subjetivo* abarca mecanismos de conformidade desenvolvidos pela própria empresa, tais como disciplinas internas e boas práticas; já no *campo objetivo*, esse mesmo conteúdo é delimitado em lei. O escopo de ambos é prevenir ilícitos, estando a diferença na fonte das regulamentações sobre como isso será feito.

Outra classificação possível, segundo a autora, diz respeito à natureza das normas às quais a empresa almeja se adequar. Primeiramente, o *compliance* pode ser ético ou jurídico e, nesse último caso, classifica-se de acordo com a área do Direito em cujas leis se fundamenta.

Assim fala-se em *compliance* ambiental, concorrencial, tributário, etc. Um dos mais abordados, pela sua repercussão, é o *compliance* criminal, cujo escopo é prevenir a prática de crimes na empresa e a conseqüente responsabilização penal de seus dirigentes.

⁴³ Na medida em que o *compliance* não se volta apenas à prevenção de ilícitos, mas também à manutenção da imagem da empresa, “tanto as normas éticas quanto as legais são objeto de investigação e de prevenção dos *compliances officers*”. (BENEDETTI, Carla Rahal. Criminal compliance: instrumento de prevenção criminal corporativa e transferência de responsabilidade penal. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, v. 59, jan. 2013. p. 303).

⁴⁴ BENEDETTI, op. cit.

⁴⁵ SAAD-DINIZ; SILVEIRA, op. cit.

⁴⁶ “Desse modo, o *compliance* guarda íntima relação com o ideário de prevenção, pois a partir dele, empresas se organizam a fim de instituir um sistema de prevenção de responsabilidade, bem como de cumprimento da legislação. Dessa feita, verifica a relação do *compliance* com o direito penal, uma vez que aquele enseja uma nova análise, a qual passa a englobar não só a defesa em processo criminal, mas a evitação desse.” (BELLO, Douglas S.; SAADAVEDRA, Giovanni A. A necessária reflexão acerca da expansão legislativa do compliance decorrente da relação de criptomoedas como os bitcoins e a lavagem de dinheiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 147, p. 251-272, set. 2018).

⁴⁷ ANSELMO, Compliance, direito penal..., op. cit.

⁴⁸ BENEDETTI, op. cit.

⁴⁹ BENEDETTI, op. cit.

4.1. A estrutura antilavagem e o *compliance* nos cartórios

O *compliance* é intimamente relacionado ao combate à lavagem de dinheiro. Segundo Márcio Anselmo, o *compliance* no Brasil toma forma a partir de três iniciativas principais pelas quais nosso País assumiu o “compromisso”, no plano internacional, de combater a lavagem de dinheiro: (i) internalização da Convenção da ONU sobre o tráfico de entorpecentes, de 1988; (ii) publicação da Lei de Lavagem de Dinheiro, em 1998; e (iii) inserção do Brasil como membro do GAFI, em 1999.⁵⁰

Outro fator importante foi a internalização de dois documentos emanados pela *International Organization for Standardization* (ISSO):⁵¹ a ISO 19600:2014 (intitulada *Compliance management systems - Guidelines*), que trata do gerenciamento de programas de integridade corporativa; e a ISO 37001:2016 (intitulada *Anti-Bribery Management System*), que, em caráter mais pontual, aborda os programas anticorrupção. Sob influência desse último, aliás, foi publicada no Brasil a Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013).

A Lei 9.613/1998 definiu que “exigências nitidamente dirigidas à prevenção dos próprios crimes consistem em verdadeiro *compliance*”.⁵² Trata-se do chamado *compliance objetivo*, na classificação acima exposta. Também se enquadram nessa categoria a Lei Anticorrupção (Lei nº 12.646/2013), chamada “Lei do *Compliance*” e, para as serventias extrajudiciais, o Provimento CNJ nº 88/2019.

A privatização das serventias extrajudiciais permitiu seu aprimoramento técnico, contribuindo para agilidade e qualidade na prestação de serviços. Investir em combate a ilícitos é uma necessidade para garantia da integridade das instituições, pois nenhum ambiente está livre de tais práticas.⁵³ A par dessa realidade, a Associação dos Notários e Registradores (Anoreg), que edita o Prêmio de Qualidade Total Anoreg (PQTA) para prestigiar boas práticas nas serventias, incluiu o *compliance* como um dos requisitos de avaliação para o prêmio. Segundo a Anoreg, o alinhamento “com normas, controles internos e externos [é] questão estratégica e se aplica a todos os tipos de organização, já que o mercado exige cada vez mais condutas legais e éticas”.⁵⁴

A necessidade do *compliance* ganha feições particularmente relevantes no âmbito das serventias extrajudiciais. Tendo em vista a fé pública que lhes é conferida (art. 3º, Lei nº 8.935/1994), os atos de notários e registradores são dotados de autenticidade e presunção de veracidade (art. 1º, Lei nº 8.935/1994). Portanto, o *compliance* contribui “para

⁵⁰ ANSELMO, Compliance, direito penal..., op. cit.

⁵¹ “O termo ISO tem origem nos documentos emanados da *International Organization for Standardization*, organização não governamental fundada em 1947, que tem sua sede em Genebra, presente atualmente em mais de 160 países, cuja função é a de promover a normatização de produtos e serviços, para que a qualidade dos mesmos seja permanentemente melhorada” (ANSELMO, Compliance, direito penal..., op. cit.).

⁵² BENEDETTI, op. cit.

⁵³ GASPAS, Conceição. Compliance como saída para a corrupção nos cartórios brasileiros, *Estadão*, 26 abr. 2017. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/compliance-como-saida-para-a-corrupcao-nos-cartorios-brasileiros/>. Acesso em: 12 out. 2019.

⁵⁴ ANOREG. *Conceitos da Qualidade PQTA*: por que o compliance é importante para os cartórios? Disponível em: <https://www.anoreg.org.br/pqta2018/index.php/2018/07/13/conceitos-da-qualidade-pqta-por-que-o-compliance-e-importante-para-os-cartorios/>. Acesso em: 12 out. 2019.

assegurar o princípio da segurança jurídica e da credibilidade dessas instituições”.⁵⁵ A feição personalíssima da delegação, que recai sobre a pessoa física do titular da serventia, a responsabilidade civil e administrativa de todos os atos praticados no cartório é do agente delegado (art. 22, Lei nº 8.935/1994), pois tudo o que seus prepostos realizarem é entendido como se fosse por ele autorizado (art. 20, § 3º, Lei nº 8.935/1994). Em outras palavras: pelos seus atos e pelos atos de seus prepostos, o delegatário responde civilmente com todo seu patrimônio pessoal, de maneira ilimitada; e pode ser punido com sanções disciplinares que variam da repreensão e multa à suspensão e perda da delegação.

Nesse sentido, prevenir a prática de ilícitos pela conformidade com as regras vigentes é uma necessidade premente dos titulares de serventias. Sobretudo, um bom programa de gestão baseado em *compliance* é importante para as serventias amplas, com dezenas de funcionários, em que a atuação de cada preposto foge à capacidade de vigilância pessoal do agente delegado. Trata-se, ademais, de uma decorrência do dever de gerenciamento da serventia, pelo qual os delegatários devem “estabelecer normas, condições e obrigações relativas à atribuição de funções e de remuneração de seus prepostos de modo a obter a melhor qualidade na prestação dos serviços” (art. 21, Lei nº 8.935/1994).

Segundo o notário Conceição Gaspar,⁵⁶ o *compliance*, no âmbito dos cartórios, se concretiza pela “implementação de sistemas de controles internos que previnam, evitem, fiscalizem e possam detectar qualquer desvio ou inconformidade”. Embora tudo isso demande investimento inicial de tempo e dinheiro, os programas de *compliance* são um bom investimento, na medida em que tendem a diminuir as condenações civis. É o que entendem, também, os representantes da Anoreg.⁵⁷ Gaspar sugere, inclusive, a criação de um “departamento de *compliance*” para elaborar um “código interno de ética e conduta”.⁵⁸

Interessante destacar que o delegatário efetivamente implantou um pioneiro “Núcleo de Compliance” no tabelionato de notas do qual é titular em Salvador. Para tanto, contratou a consultoria de profissionais especializados, dentre os quais estão os ex-ministros da Controladoria-Geral da União.⁵⁹

⁵⁵ ANOREG, op. cit.

⁵⁶ GASPAR, op. cit.

⁵⁷ “Com esta prática [do *compliance*], há maior fiscalização da conduta dos colaboradores pelo titular, reduzindo assim, o número de ações por danos causados por atos ilícitos e aumentando a confiança depositada no notário pelas empresas, cidadãos e pelo Estado” (ANOREG, op. cit.).

⁵⁸ GASPAR, op. cit.

⁵⁹ “[...] o 12º Ofício de Notas de Salvador decidiu criar um Núcleo de Compliance com o objetivo de identificar e impedir ilegalidades, além de criar uma ‘cultura de integridade’ dentro do cartório. Entre os responsáveis pela implantação do núcleo estão os ex-ministros da Controladoria-Geral da União Jorge Hage e Luiz Navarro, que abriram, recentemente, uma consultoria de *compliance* em Brasília, voltada ao combate à corrupção. A ideia é inédita no Brasil e segue o modelo adotado na Espanha, onde os notariados são conhecidos pela transparência e pelo empenho no combate à corrupção. De acordo com a equipe que trabalha na implantação do núcleo, estão sendo elaboradas políticas e procedimentos relativos à mitigação dos riscos, relacionamento com o setor público, registros e controles contábeis, contratação de terceiros, eventuais patrocínios e doações, conflito de interesses e medidas disciplinares”. (LEITÃO, Matheus. Cartório de Salvador cria núcleo para combater a corrupção, *G1*, 30 maio 2017. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/blog/matheus-leitao/post/cartorio-de-salvador-cria-nucleo-para-combater-corrupcao.html>. Acesso em: 12 out. 2019).

4.1.1. O “provimento do *compliance*”

Todas essas considerações poderiam ser feitas desde a entrada em vigor da Constituição de 1988, que previu o caráter privado da delegação de serventias extrajudiciais (art. 236), e mais pela entrada em vigor da Lei 8.935/1994, que estipulou normas gerais para a atividade. Contudo, a recente publicação do Provimento CNJ nº 88/2019, sem dúvidas, é divisor de águas para o *compliance* nesse setor.

Como visto, a evolução do combate à lavagem de dinheiro é relacionada ao desenvolvimento do *compliance*. Assim, se a Lei Anticorrupção é também chamada “Lei do *Compliance*”, o Provimento CNJ nº 88/2019 pode ser alcunhado de o “provimento do *compliance*” para cartórios.

Com efeito, o Provimento CNJ nº 88/2019 cria uma nova gama de possibilidades de concretização do *compliance* nas serventias. A simples implementação das determinações obrigatórias dessa normativa, de modo organizado, já é um grande passo para o cartório possuir um ótimo programa de *compliance*.

Como gestor da serventia, compete ao delegatário o estabelecimento de uma *política de compliance*, bem como de *procedimentos e controles internos* (art. 7º, V). Nesse sentido, é interessante elaborar um código geral de condutas relacionadas à matéria, bem como manuais específicos para procedimentos diversos (art. 8º, § 2º, IV). Para o “controle de condutas”, é eficaz a criação de um sistema de verificação de trabalhos já realizados, o que permite a revisão técnica e o monitoramento disciplinar (nem que isso seja feito por amostragem); criação de sanções específicas para desvios relacionados a regras de *compliance* e de premiações para o cumprimento de metas.

A contratação de profissionais especializados nessa matéria, os *oficiais de cumprimento*, é de livre escolha do agente delegado (art. 8º). Esses profissionais devem estar previamente designados para o cargo e serão habilitados no Siscoaf (art. 8º, § 4º). Trata-se de *compliance officers* adaptados à atividade cartorária, com funções próprias de: (i) qualificação de clientes, beneficiários e demais envolvidos nas operações (art. 7º, I) e alimentação dos respectivos cadastros (arts. 9º a 12); (ii) detecção de operações suspeitas (art. 7º, III); (iii) monitoramento das atividades desenvolvidas pelos empregados (art. 7º, § 1º, III); (iv) envio de informações à UIF e autoridades públicas (art. 8º, § 2º, I e II); (v) envio de relatórios semestrais à Corregedoria-Geral (art. 17); (vi) treinamento do pessoal (art. 8º, § 2º, III).

O *treinamento do pessoal* da serventia em geral é obrigatório (art. 7º, § 1º). Com intensidades diferentes, todo o pessoal da equipe deve estar envolvido no projeto de *compliance*. Independentemente de haver oficiais de cumprimento, o agente delegado precisa dedicar-se ao estudo da área, garantindo que seus substitutos também o façam, pois responde pelos atos praticados na serventia.⁶⁰ Em seguida, os escreventes devem ter uma boa formação na temática. Contudo, mesmo aqueles que não exercem atividades

⁶⁰ Note-se, porém, uma peculiaridade. Em relação aos atos dos prepostos em geral (inclusive substitutos), a responsabilidade perante terceiros é exclusiva do agente delegado, assegurado direito de regresso (art. 22, Lei nº 8.935/1994). Todavia, o delegatário *responde solidariamente* pelos atos dos oficiais de cumprimento (art. 8º, § 4º, do Provimento CNJ 88/2019).

finalísticas (como atendentes, balconistas e técnicos de informática), devem estar a par das normas de *compliance*. Afinal, a prática de ilícitos pode advir de qualquer setor, e ela pode ocorrer por simples falta de conhecimento.

Sobretudo, recomenda-se o treinamento de todos em questões de sigilo de dados da serventia. É importante certificar-se de compartilhar apenas as informações exigidas, estudando também as regras que exigem de responsabilidade por quebra de sigilo. Nesse ínterim, é conveniente um estudo mais detido dos artigos 18 e 43 do Provimento CNJ nº 88/2019, do art. 17-B da Lei da Lavagem de Dinheiro da Recomendação 21 do GAFI.

Naturalmente, a necessidade imposta aos delegatários de obter informações sobre as partes e de observar a suspeição das operações pode implicar maior número de exigências aos usuários. Isso pode significar exigir a presença, nos títulos qualificados, de novos elementos necessários aos respectivos assentamentos, isto é, sem os quais esses não podem ser realizados.

Destaca-se apenas a ressalva do art. 42,⁶¹ de que esses novos elementos só podem ser exigidos quando os atos subjacentes tiverem se perfectibilizado em data posterior à vigência do Provimento (03.02.2020).⁶² Assim, o treinamento dos encarregados acerca desses assentamentos é importantíssima medida de *compliance*, para que conheçam quais seriam esses novos requisitos e saibam detectá-los nos títulos qualificados, bem como conheçam o momento de perfectibilização dos atos subjacentes aos assentamentos, a fim saber se incide a regra do art. 42.

CONCLUSÕES

Diante da grande dinâmica e rápida evolução técnica da criminalidade relacionada à lavagem de dinheiro, o GAFI cria padrões institucionais de combate e prevenção, sobretudo por meio das famosas “40 Recomendações”, surgidas em 1990 e sucessivamente reeditadas.

Sob influência desses padrões, o Brasil criou e desenvolve sua própria estrutura “antilavagem”, sobretudo observada na Lei da Lavagem de Dinheiro (Lei nº 9.613/1998), na da Lei Anticorrupção (Lei nº 12.646/2013) e na Unidade de Inteligência Financeira (UIF).

Com funções investigativas, disciplinares e normativas de combate à lavagem de dinheiro, a UIF atua em parceria com diversas outras instituições de interesse público, a fim de levantar o maior número de informações possíveis sobre transações suspeitas.

Para manter sua imagem no mercado, afastar responsabilizações e prevenir ilícitos, empresas e instituições financeiras precisam se adaptar ao novo cenário instrucional estabelecido nacional e internacionalmente. Dentre outras medidas, internalizam-se as recomendações do GAFI, da Lei da Lavagem de Dinheiro, da Lei Anticorrupção, das normativas e práticas da UIF e de outros órgãos. Trata-se do *compliance* corporativo, cujo desenvolvimento é relacionado à evolução do combate à lavagem de dinheiro.

⁶¹ “Art. 42. Não se negará a realização de um ato registral ou protesto por falta de elementos novos ou dados novos, estipulados no presente Provimento, caso o título tenha sido perfectibilizado em data anterior a sua vigência.”

⁶² “Art. 45. Este provimento entrará em vigor em 3 de fevereiro de 2020.”

Os titulares de serventias extrajudiciais têm um papel peculiar nesse cenário, em decorrência de sua natureza *sui generis*. Por um lado, uma vez que prestam serviço público, os agentes delegados integram a estrutura estatal antilavagem, podendo contribuir com informações valiosas. Afinal, no âmbito dos cartórios, são realizados diversos atos que podem se relacionar à lavagem de dinheiro, conforme os padrões estabelecidos pelo GAFI: trânsito de direitos reais, operações societárias, atos envolvendo títulos e documentos de valor econômico. Por outro, tendo em vista a administração das serventias em caráter privado, os delegatários possuem preocupações similares às de um empresário no tocante à integridade dos atos praticados sob sua tutela.

Como se vê, a necessidade do *compliance* nas serventias sempre existiu. Porém, tornou-se premente a partir da publicação do Provimento CNJ nº 88/2019. Tendo em vista a relevância jurídica e econômica do tema, é importante um estudo detido da normativa e de seu contexto interpretativo, a fim de implementar políticas e procedimentos eficientes para prevenção da lavagem de dinheiro no âmbito das serventias.

REFERÊNCIAS

- ANOREG. *Conceitos da qualidade PQTA*: por que o compliance é importante para os cartórios? Disponível em: <https://www.anoreg.org.br/pqta2018/index.php/2018/07/13/conceitos-da-qualidade-pqta-por-que-o-compliance-e-importante-para-os-cartorios/>. Acesso em: 12 out. 2019.
- ANSELMO, Márcio Adriano. Compliance, direito penal e investigação criminal: uma análise à luz da ISO 19600 e 37001. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: RT, v. 979, p. 53-67, maio 2017.
- ANSELMO, Márcio Adriano. Compliance e lavagem de dinheiro: o papel dos novos reguladores. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, v. 69, p. 349-378, jul./set. 2015.
- BELLO, Douglas S.; SAADAVEDRA, Giovani A. A necessária reflexão acerca da expansão legislativa do compliance decorrente da relação de criptomoedas como os bitcoins e a lavagem de dinheiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 147, p. 251-272, set. 2018.
- BENEDETTI, Carla Rahal. Criminal compliance: instrumento de prevenção criminal corporativa e transferência de responsabilidade penal. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, v. 59, jan. 2013.
- BRASIL. Ministério da Economia. *Conselho de Controle de Atividades Financeiras - Coaf*: estrutura organizacional. Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/aceso-a-informacao/institucional/estrutura-organizacional/conselho-de-controle-de-atividades-financeiras-coaf>. Acesso em: 26 set. 2019.
- BRASIL. Ministério da Economia. *Conselho de Controle de Atividades Financeiras - Coaf*: normas. Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/orgaos/coaf/legislacao-e-normas/normas-coaf>. Acesso em: 26 set. 2019.
- BRASIL. Ministério da Economia. *Grupo de Ação Financeira contra a Lavagem de Dinheiro e o Financiamento do Terrorismo (Gafi/FATF)*. Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/assuntos/atuacao-internacional/prevencao-e-combate-a-lavagem-de-dinheiro-e-ao-financiamento-do-terrorismo/gafi>. Acesso em: 8 out. 2019.

CREUZ, Luís Rodolfo Cruz e. COAF, lavagem de dinheiro e o mercado imobiliário. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, v. 101, p. 325-340, nov./dez. 2011.

GAFI. *Padrões internacionais de combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo e da proliferação*: as recomendações do GAFI. Tradução Deborah Salles, revisada por Aline Bispo sob a coordenação do COAF. fev. 2012. Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/orgaos/coaf/arquivos/as-recomendacoes-gafi>. Acesso em: 8 out. 2019.

GAFI. *The 40 Recommendations*. Disponível em: <https://www.fatf-gafi.org/publications/fatfrecommendations/documents/the40recommendationspublishedoctober2004.html>. Acesso em: 8 out. 2019.

GASPAR, Conceição. Compliance como saída para a corrupção nos cartórios brasileiros. *Estadão*, 26 abr. 2017. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/compliance-como-saida-para-a-corrupcao-nos-cartorios-brasileiros/>. Acesso em: 12 out. 2019.

LEITÃO, Matheus. Cartório de Salvador cria núcleo para combater a corrupção, *G1*, 30 maio 2017. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/blog/matheus-leitao/post/cartorio-de-salvador-cria-nucleo-para-combater-corrupcao.html>. Acesso em: 12 out. 2019.

MATTOS FILHO divulga cartilha sobre atuação do Coaf para empresas. *Revista Consultor Jurídico*, 5 fev. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-05/mattos-filho-divulga-cartilha-atuacao-coaf-empresas>. Acesso em: 11 out. 2019.

MATTOS FILHO. *UIF*: atuação, procedimentos e prevenção: compliance e ética corporativa. Disponível em: <https://publicacoes.mattosfilho.com.br/books/qnqg/#p=4>. Acesso em: 11 out. 2019.

MOLINA, Federico Rivas. Viúva e filho de Pablo Escobar são processados por lavagem de dinheiro na Argentina. *El País*, Buenos Aires, 7 jun. 2018. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2018/06/06/internacional/1528309171_058514.html. Acesso em: 11 out. 2019.

PRADO, Luiz Régis. Delito de lavagem de capitais: um estudo introdutório. In: PRADO, Luiz Régis; DOTTI, René Ariel (org.). *Doutrinas essenciais*: direito penal econômico e da empresa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. v. IV. p. 697-726.

SAAD-DINIZ, Eduardo; SILVEIRA, Renato M. J. A noção penal dos programas de compliance e as instituições financeiras na “nova lei de lavagem” - Lei 12.683/2012. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, v. 57, p. 267-279, jul./set. 2012.

EFICÁCIA DOS DIREITOS COLETIVOS, DIFUSOS E TRANSINDIVIDUAIS QUANTO À PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE*

EFFECTIVENESS OF COLLECTIVE, DIFFUSED AND TRANS-INDIVIDUAL RIGHTS WITH REGARD TO THE PROTECTION OF FUNDAMENTAL RIGHTS OF CHILDREN AND ADOLESCENTS

JOSÉ MARIA TEIXEIRA DO ROSÁRIO

Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade del Museo Argentino. Mestre em Direito pela UFPA. Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Pará. Coordenador Estadual da Infância e da Juventude no TJ/PA. Endereço eletrônico: jmtrosario@gmail.com.

SUMÁRIO: Introdução - 1. Fase incipiente no ordenamento jurídico brasileiro do novo ramo do direito coletivo, difuso e individual homogêneo - 2. A criação e implementação dos direitos coletivos e difusos ou transindividuais, individuais homogêneos, após as leis infraconstitucionais - Lei n. 7.347/85, Lei da Ação Civil Pública (LACP), Lei n. 8.078/90 - Código de Defesa do Consumidor (CDC), e a publicação da Constituição Federal de 1988: 2.1. Interesses transindividuais; 2.2. Os direitos difusos no direito brasileiro; 2.3. Interesses coletivos - 3. Efetividade dos direitos coletivos, difusos ou transindividuais, e as consequências positivas quanto à aplicação de tais direitos na comarca de Belém/PA, bem como nos Tribunais Superiores - 4. Uma análise do direito comparado em relação à proteção dos direitos coletivos, difusos, individuais homogêneos (transindividuais) - Considerações finais - Referências.

RESUMO: Este estudo trata da efetividade do direito coletivo, difuso ou transindividual, em relação à proteção integral do direito da criança e do adolescente. Analisa-se a fase anterior à publicação da Constituição Federal de 1988, na qual já existia a preocupação em nosso ordenamento jurídico de garantir os direitos coletivos, difusos e interindividuais.

* Data de recebimento do artigo: 13.02.2020.
Datas de pareceres de aprovação: 28.02.2020 e 02.03.2020.
Data de aprovação pelo Conselho Editorial: 23.03.2020.

Após, expõe-se a efetiva integração na Constituição desse novo ramo do direito processual civil. Analisa-se as leis infraconstitucionais, mais especificamente o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069, enfatizando-se as regras que estão ali inseridas. Por fim, faz-se um comparativo entre o direito brasileiro e argentino no tocante ao estudo dos direitos coletivos, difusos e transindividuais.

PALAVRAS-CHAVE: direitos coletivos; direitos difusos; direitos transindividuais; direitos fundamentais; criança e adolescente.

ABSTRACT: This paper deals with the effectiveness of collective, diffuse or trans-individual law, in relation to the full protection of the rights of children and adolescents. We analyze the phase prior to the publication of the 1988 Federal Constitution, in which there was already a concern in our legal system to guarantee collective, diffuse and inter-individual rights. Afterwards, the effective integration into the Constitution of this new branch of civil procedural law is exposed. The infra-constitutional laws are analyzed, more specifically the Statute of the Child and Adolescent, Law N. 8.069, emphasizing the rules that are inserted there. Finally, a comparison is made between Brazilian and Argentine law regarding the study of collective, diffuse and trans-individual rights.

KEYWORDS: collective rights; diffuse rights; transindividual rights; fundamental rights; child and teenager.

INTRODUÇÃO

O tema que será objeto deste estudo se adstringirá sobre a efetividade do direito coletivo, difuso ou transindividual, em relação à proteção integral do direito da criança e do adolescente. Esse ramo do direito, hodiernamente, vem se efetivando nas decisões do Poder Judiciário brasileiro como uma resposta aos interesses dos jurisdicionados, em particular aos dos infantes.

Analisaremos a fase anterior à publicação da Constituição Federal brasileira de 1988, em que já existia a preocupação em nosso ordenamento jurídico de garantir os direitos coletivos, difusos e interindividuais dos jurisdicionados. A partir de 1977, encontramos na Lei da Ação Popular os direitos difusos ligados ao patrimônio ambiental, em sentido lato, que receberam tutela jurisdicional pela legitimação do cidadão.

Depois, foi instituída a Lei nº 6.938/81, a qual previu a titularidade do Ministério Público para as ações ambientais de responsabilidade penal e civil. Contudo, foi com a Lei nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública) que essa proteção jurídica se afirmou. A Lei da Ação Civil Pública foi o marco dessa grande conquista, qual seja, o de assegurar as garantias dos direitos de grupos, categorias de massa, inaugurando um novo ramo do direito, que é o direito coletivo, o qual visa a proteção dos interesses de uma comunidade, coletividade, não se prendendo, portanto, ao estudo do direito no âmbito individual.

Após, se exporá a efetiva integração na nossa Carta Política a esse novo ramo do direito processual civil. Verifica-se que se abre um leque para aplicação dos direitos preconizados na Constituição Federal de 1988, que chegou mesmo a assegurar, de modo expresse, a tutela coletiva, mais especificamente nos artigos 5º, XXI, LXX e LXXIII, 8º,

III, e 129, III.¹ Esse ramo veio universalizar a proteção coletiva dos interesses ou direitos transindividuais, sem limitação ao objeto do processo. Em seguida, com a instituição do Código de Defesa do Consumidor, de 1990, o Brasil passou a contar com um verdadeiro microsistema de processos coletivos, composto pelo Código, que por seu turno, criou a categoria dos interesses ou direitos individuais homogêneos.

Finalizando, adveio a Lei nº 8.069/80, Estatuto da Criança e do Adolescente, que também não deixa de ser um microsistema de processos coletivos, a qual traz regras que asseguram prioridade absoluta aos interesses da criança e do adolescente, preconizando que: “É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do Poder Público essa obrigação, objetivando efetivar os direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária” (art. 4º, *caput*).

Passo seguinte, analisaremos as leis infraconstitucionais que versam sobre a matéria em estudo, mais especificamente sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, enfatizando-se as regras ali inseridas que protegem o direito difuso e coletivo dos infantes e quem possui legitimidade para pleitear perante o Poder Judiciário a garantia dos direitos insculpidos na mencionada lei.

Após, demonstraremos a aplicabilidade e efetividade das regras insertas no Estatuto da Criança e do Adolescente pelo Poder Judiciário do Estado do Pará, em particular pelo Juizado da 1ª Vara da Infância e Juventude de Belém, quanto à proteção dos direitos coletivos, difusos e transindividuais das crianças e dos adolescentes; assim como a posição do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, nos julgamentos dos recursos de decisões atinentes a matéria pelo juízo monocrático; e também dos Tribunais Superiores do Brasil.

E, por fim, faremos um estudo comparativo entre o direito brasileiro e o argentino no tocante ao estudo dos direitos coletivos, difusos e transindividuais, objetivando ilustrar

¹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXI - as entidades associativas, quando expressamente autorizadas, têm legitimidade para representar seus filiados judicial ou extrajudicialmente;

LXX - o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:

a) partido político com representação no Congresso Nacional;

b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados.

LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que visa anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.

Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:

III - ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas.

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

(GIANULO, Wilson. *Vademecum referenciado de direito* 2008. 3. ed. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 2008. p. 34-38-39-69).

com elementos para o aprimoramento do processo coletivo como instrumento para que os anseios da coletividade, de grupos, classes e categorias possam chegar ao Judiciário, de modo menos dispendioso e mais econômico possível, por meio das ações coletivas.

1. FASE INCIPIENTE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO DO NOVO RAMO DO DIREITO COLETIVO, DIFUSO E INDIVIDUAL HOMOGÊNEO

Pode-se afirmar que entre os países que adotam a *civil law*, o Brasil foi o precursor na criação e implementação dos processos coletivos.

A partir da reforma de 1977 na Lei da Ação Popular (Lei 4.717, de 29 de junho de 1965), os direitos difusos vinculados ao patrimônio ambiental, em sentido lato, foram tutelados jurisdicionalmente por intermédio da legitimação do cidadão.

Posteriormente, a Lei nº 6.938/81 previu a titularidade do Ministério Público para ações ambientais e responsabilidade penal e civil.

O direito objetivo do sistema jurídico brasileiro teve como marco importante a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, (Lei da Ação Civil Pública), cujos interesses transindividuais relacionados ao meio ambiente e ao consumidor receberam tutelas diferentes, por meio de princípios e regras que, de um lado rompiam com a estrutura individualista do processo civil brasileiro, de outra vertente, acabaram influenciando no Código de Processo Civil. Para melhor ilustrar, citamos as hipóteses da obrigação de fazer ou de não fazer.

Mas as legislações acima citadas diziam respeito a uma tutela restrita a objetos determinados (o meio ambiente e os consumidores). A Constituição Federal brasileira veio universalizar a proteção coletiva dos interesses ou direitos transindividuais, sem limitação ao objeto do processo.

Na realidade, os legisladores originários da Constituição Federal brasileira coibiram as ações humanas que lesassem direitos considerados imprescindíveis para a própria existência humana, como por exemplo, direito à proteção do meio ambiente, a vida, saúde, alimentação, assim como direitos que protegem a potencialidade do ser humano, como a educação, trabalho, lazer, a profissionalização, a cultura, a convivência familiar e comunitária, a dignidade, o respeito e a liberdade.

Mas, como foi dito anteriormente, a Lei nº 7.347/1985, que disciplina a Ação Civil Pública, trouxe ao sistema jurídico brasileiro uma nova visão de abordagem do direito, as normas ali preconizadas trazem uma mudança de foco quanto ao objeto a ser visualizado, passou-se a ter a proteção do direito no âmbito dos interesses de várias pessoas (jurisdicionados), isto é, no âmbito do coletivo, as pretensões postas em juízo se prendem a um olhar mais agudo quanto à proteção dos direitos naturais, exemplificando, a vida, meio ambiente, saúde, educação etc..

Com o advento do Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, o Brasil foi agraciado com um verdadeiro microsistema de processos coletivos, composto pelo código, que por seu turno criou a categoria dos interesses individuais homogêneos e pela Lei 7.347/85, interagindo por meio da aplicação recíproca das duas normas.

Porém, antes de tecermos comentários sobre a implantação e efetivação dos direitos coletivos, difusos ou transindividuais, há necessidade de falarmos acerca de certos princípios, os quais não se prendem à dogmática jurídica ou à técnica processual, valendo como algo externo ao sistema processual e servindo-lhe de sustentáculo legitimador.

Sem dúvida, existem princípios, como os constitucionais, que são comuns a todos os ramos do processo, até porque todos se fundamentam na plataforma comum que permite a elaboração de uma teoria geral do processo. Contudo, outros princípios têm aplicação diversa no campo penal e no campo civil, pois existem situações diversas nesses dois ramos da ciência processual.

É incontestável no campo não penal a existência de um processo civil, ao lado de um processo trabalhista, por exemplo.

Examinaremos dentro do processo civil os princípios que assumem feição diversa no processo individual e coletivo.

Princípio do acesso à justiça

O acesso à justiça é um dos temas mais motivadores aos olhos dos processualistas contemporâneos. Ele não aponta apenas o direito de ascender aos tribunais, mas também é o meio de alcançar, por intermédio de um processo substanciado de garantias do devido processo legal, a tutela efetiva dos direitos violados ou ameaçados.

Destaca-se a lição de Mauro Cappelletti, que identificou três pontos sensíveis nesse tema, que chamou de “ondas renovatórias do direito processual”: a) a assistência judiciária, que facilita acesso à justiça do hipossuficiente; b) a tutela dos interesses difusos, permitindo que os grandes conflitos de massa sejam levados aos tribunais; c) o modo de ser do processo, cuja técnica processual deve utilizar mecanismos que levem a pacificação do conflito, com justiça.

Denota-se que o acesso à justiça para a tutela de interesses transindividuais, objetivando a solução de conflitos de massa, têm dimensão social e política, e assume, portanto, feição própria e peculiar no processo coletivo. É de registrar que, no processo individual, o princípio se prende exclusivamente ao cidadão, com o propósito de nortear a solução de controvérsias limitadas ao círculo de interesses desse indivíduo, ao passo que no processo coletivo transmuda-se em princípio de interesse de uma coletividade, formada por centenas, milhares ou milhões de pessoas.

Outro ponto relevante a ressaltar é o modo de ser do processo que, quando individual, obedece a esquema rígido de legitimação, enquanto o modo de ser do processo coletivo, há a abertura dos esquemas da legitimação, prevendo a titularidade da ação pelo “representante adequado”, o qual é portador em juízo de interesses e direitos de grupos, categorias, classes de pessoas.

Princípio da universalidade da jurisdição

Estão entrelaçados os princípios do acesso à justiça e da universalidade da jurisdição, segundo o qual o acesso à justiça deve ser garantido a um número cada vez maior de pessoas, amparando um número cada vez maior de causas.

O princípio da universalidade da jurisdição tem alcance mais restrito no processo individual, limitando-se a utilização de técnica processual com o objetivo de que todos os conflitos de interesses submetidos aos tribunais tenham resposta jurisdicional adequada.

Contudo, o princípio assume dimensão distinta no processo coletivo, pois é por intermédio desse que as massas têm a oportunidade de submeter aos tribunais as novas causas, haja vista que pelo processo individual não tinham meios de chegar à justiça. Podemos afirmar que o tratamento coletivo de interesses de direitos comunitários é que efetivamente desvenda a universalidade da jurisdição.

Princípio de participação

Sabemos que o princípio participativo é ínsito em qualquer processo, que contém nele seu objetivo político. No processo civil individual, a participação se resolve na garantia constitucional do contraditório. No processo coletivo, a participação se faz também pelo processo.

A participação popular pelo processo contava com exemplo clássico no processo penal brasileiro, pela instituição do Tribunal do Júri. Para os demais processos, sustentava-se enquadrar-se também no momento participativo o exercício da função jurisdicional por advogados e membros do Ministério Público, em vista do quinto constitucional e, ainda, da atividade de conciliadores, como nos Juizados Especiais e, mais timidamente, no processo comum. Mas, considera-se que se trata de exemplos pontuais, enquanto que com o acesso das massas à justiça, grande parcela da população vem participando ativamente do processo por intermédio dos legitimados à ação coletiva.

Deve-se abrir um parêntese para fazer uma consideração que distingue a participação no processo, pelo contraditório, entre o processo individual e o processo coletivo. Enquanto no primeiro, o contraditório é exercido diretamente pelo sujeito da relação processual, no segundo - o processo coletivo - o contraditório se estabelece pela atuação do portador, em juízo, dos interesses difusos e coletivos (transindividuais) ou individuais homogêneos.

Há na verdade, no processo coletivo, em comparação com o individual, uma participação maior pelo processo, e uma participação menor no processo: menor, por não ser exercida individualmente, mas a única possível num processo coletivo, no qual o contraditório se exerce por meio do “representante adequado”.

Princípio da ação

O princípio da ação ou da demanda indica a atribuição à parte de iniciativa de provocar o exercício da função jurisdicional (*nemo iudex sine actore*). Sob esse enfoque, processo individual e processo coletivo parecem idênticos, mas há no Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos iniciativas que competem ao juiz para estimular o legitimado a ajuizar a ação coletiva, mediante a ciência aos legitimados da existência de diversos processos individuais que tratam sobre o mesmo bem jurídico.

Princípio do impulso oficial

O processo, que se inicia por impulso da parte, segue sua caminhada por impulso oficial. Esse princípio, que permite que o procedimento seja levado para frente até seu final, rege, de igual maneira, o processo individual e o coletivo. Entretanto, a soma de poderes atribuídos ao juiz é questão intimamente ligada ao modo pelo qual se exerce o princípio do impulso oficial. Embora o aumento dos poderes do juiz seja, atualmente, visto como ponto alto do processo individual, a soma dos poderes atribuídos ao juiz do processo coletivo é incomensuravelmente maior.

Princípio da economia

O princípio da economia tem como lema o máximo de resultado na atuação do direito com o mínimo emprego possível de atividades processuais.

A típica aplicabilidade do princípio encontra-se no instituto da reunião de processos em casos de conexidade e continência e do encerramento do segundo processo em casos de litispendência e coisa julgada.

Entretanto, os conceitos de conexidade, continência e litispendência são extremamente rígidos no processo individual, impondo entraves à identificação das relações entre processos, de maneira a obstaculizar sua reunião ou extinção. Mas no Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos o que se tem em mente, para a identificação dos fenômenos supracitados, não é o pedido, mas o bem jurídico a ser protegido; pedido e causa de pedir serão interpretados extensivamente, e a diferença de legitimados ativos não será obstáculo para o reconhecimento da identidade dos sujeitos. Isso quer dizer que as causas serão reunidas com maior facilidade e que a litispendência terá um leque maior de aplicação.

Princípio da instrumentalidade das formas

Esse princípio demanda que as formas do processo não sejam excessivas ao ponto de sufocar os objetivos jurídicos, sociais e políticos da jurisdição, devendo assumir exclusivamente o formato necessário a assegurar as garantias das partes e a conduzir o processo até o seu final: a pacificação com justiça.

A técnica processual deve ser visualizada sempre a serviço dos escopos da jurisdição e ser flexibilizada, de modo a servir à solução do litígio. É de convir que a interpretação rigorosa da técnica processual, no processo individual, tem dado azo a que um número demasiado de processos não alcance a sentença de mérito, em vista das questões processuais (condições da ação, pressupostos processuais, nulidades, preclusões etc.).

As normas que disciplinam o processo coletivo, ao contrário, devem ser sempre interpretadas de maneira aberta e flexível - na verdade há disposição expressa nesse particular no Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, e o julgador encontrará nelas suportes para uma postura menos rígida e formalista.

Após uma ligeira análise sobre os princípios informadores do processo coletivo, trataremos acerca da implementação do direito coletivo e difuso ou transindividual em nosso sistema jurídico após o advento da Carta da República, sabendo-se que esse ramo de direito veio reformular a forma de postulação de direitos de grupos perante o Poder Judiciário.

2. A CRIAÇÃO E IMPLEMENTAÇÃO DOS DIREITOS COLETIVOS E DIFUSOS OU TRANSINDIVIDUAIS, INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS, APÓS AS LEIS INFRACONSTITUCIONAIS - LEI N. 7.347/85, LEI DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA (LACP), LEI N. 8.078/90 - CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR (CDC), E A PUBLICAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Todos temos conhecimento que não é de hoje que o Direito tem se preocupado com a solução judicial de problemas de grupos, classes ou categorias de pessoas. Assim, as ações de classe do Direito norte-americano (*Class action*) têm raízes nas cortes medievais inglesas. Pelo *bill of peace*, o autor de uma ação individual requeria que o provimento englobasse os direitos de todos os que estivessem envolvidos no litígio, para que a questão fosse tratada de maneira uniforme, impedindo, assim, a multiplicação de processos.

Registre-se que na Europa continental e no Brasil, especificamente a partir da década de 1970, com os trabalhos e conferências de Mauro Cappelletti,² que se originou a precisa consciência de que a defesa judicial dos interesses de grupos apresentava peculiaridades, quais sejam: como cuidar da representação ou da substituição processual do grupo lesado? Como estender a coisa julgada para além das partes formais do processo? Como repartir o produto da indenização entre lesados indetermináveis? Como assegurar a presença de todo o grupo lesado nos processos coletivos destinados à composição e decisão de tais conflitos intersubjetivos?

Na verdade, todas essas dificuldades estavam a recomendar que os interesses de grupos alcançassem uma disciplina processual própria, para a sua apropriada defesa em juízo.

No Brasil, a defesa dos interesses de grupos passou a ser sistematizada com a instituição da Lei Federal nº 7.347/1985 - Lei da Ação Civil Pública (LACP), passo seguinte, com a Lei Federal nº 8.078/90 - Código de Defesa do Consumidor (CDC), esta legislação adveio em vista do comando constitucional previsto nos arts. 5º, XXXII, 170, V, da Constituição Federal de 1988,³ que impôs a regulamentação dessas matérias por meio de legislação complementar. Tais normas distinguiram os interesses transindividuais em *difusos*, *coletivos* em sentido estrito e *individuais homogêneos*.

Mas para se ter uma ideia panorâmica dos direitos acima referenciados, há necessidade de saber quais são os campos que deverão ser aplicados, conforme o seu grau de interesse.

² MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos direitos difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimonial cultural. Patrimônio Público e outros interesses*. 22. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 48 *apud* MAURO CAPPELLETTI. *Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti alla giustizia civile*. In: *Rivista di Diritto Processuale*, 30:367, 1975; *La tutela degli interessi diffusi nel diritto comparato*, Milão, Giuffrè, 1976.

³ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXXII - o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.

2.1. Interesses transindividuais

Estão situados numa posição intermediária entre o interesse público e o interesse privado. Os interesses transindividuais (também chamados de interesses coletivos, em sentido *lato*), são compartilhados por grupos, classes ou categorias de pessoas (como os condôminos de um edifício, os sócios de uma empresa, os membros de uma equipe desportiva, os empregados do mesmo patrão). São interesses que extrapolam o âmbito estritamente individual, mas não constituem interesse público.

Sob a ótica processual, o que define os interesses transindividuais, ou de grupo, não é somente o compartilhamento dos diversos titulares individuais reunidos pela mesma relação jurídica ou fática, mas é a circunstância de que a ordem jurídica reconhece a imprescindibilidade de que o acesso individual dos lesados à Justiça seja substituído por um acesso coletivo, de maneira que a solução obtida no processo coletivo não apenas deve ser apta a evitar decisões contraditórias como, ainda, deve conduzir a uma solução mais eficiente da lide, uma vez que o processo coletivo é exercido em proveito do grupo lesado.

Em busca de sistematizar a defesa dos interesses transindividuais já iniciada pela Lei da Ação Civil Pública, o Código de Defesa do Consumidor passou a distingui-los segundo sua origem: a) se o que une interessados determináveis que compartilhem interesses divisíveis é a origem comum da lesão (p. ex., os consumidores que adquirem produtos de série com o mesmo defeito), temos interesses individuais homogêneos; b) se o que une interessados determináveis é a circunstância de compartilharem a mesma relação jurídica indivisível (como os consumidores que se submetem a mesma cláusula ilegal em contrato de adesão), temos interesses coletivos em sentido estrito; c) se o que une interessados indetermináveis é a mesma situação de fato, mas o dano é individualmente indivisível (p. ex., os que assistem pela televisão a mesma propaganda enganosa), temos interesses difusos (CDC, art. 81).

Porquanto, há interesses que envolvem uma categoria determinável de pessoas (como os interesses individuais homogêneos e os interesses coletivos); outros são compartilhados por grupo indeterminável de indivíduos ou por grupos cujos integrantes são de difícil ou praticamente impossível determinação (como os direitos difusos).

2.2. Os direitos difusos no direito brasileiro

No Brasil, a tutela de tais interesses começou a ser tratada já na década de 1960 pela Lei 4.717/65 - Lei da Ação Popular, pois a defesa do erário constituía, àquela época, um interesse metaindividual, na medida em que se trata de bem público.

Na década de 1980, foi promulgada a Lei 7.347/85 - lei que disciplina a Ação Civil Pública, que constitui instrumento essencial no combate à lesão ao meio ambiente, ao consumidor, além de outros direitos de interesse difuso.

Contudo, em 1988, a Constituição Federal brasileira, marco histórico da democratização do Brasil, revela imensa preocupação com interesses que dizem respeito a todas as pessoas indistintamente, tendo como um dos fundamentos da própria existência

do Estado a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), enquanto o art. 5º estabelece os direitos individuais e coletivos, cuja abrangência se mostra metaindividual, rompendo com o modelo estatal inflexível experimentado até então.

É no inciso XXXII do artigo 5º da Constituição Federal brasileira que vamos encontrar a ordem para que o Estado promova, na forma da lei, a defesa do consumidor, o que se deu por meio da Lei nº 8.078/90, com a edição do Código de Defesa do Consumidor, que constitui uma demonstração inequívoca da vocação difusa inserta na Carta da República.

Pode-se também encontrar na Constituição Federal, no artigo 225, a fixação das bases institucionais para o desenvolvimento dos direitos difusos ao determinar que “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

São características fundamentais dos interesses difusos: a indivisibilidade do objeto, a intensa conflituosidade e a duração efêmera.

Buscamos a conceituação de interesses difusos no Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11.09.1990, art. 81, parágrafo único, inciso I):

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:
I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, ou transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato.⁴

Os interesses difusos compreendem grupos menos determinados de pessoas (melhor de que pessoas determinadas são antes pessoas indetermináveis), entre as quais inexistente vínculo jurídico ou fático preciso. Ou melhor, são como um feixe ou conjunto de interesses individuais, de objeto indivisível, compartilhados por pessoas indetermináveis, que se encontram unidas por circunstâncias de fato conexas.

Nessa visão, os interesses difusos podem ser adaptados às mais diversas realidades da vida humana cotidiana, cuja defesa observará tais primados.

Decerto que, a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, se edificou o fortalecimento dos conceitos de direito ambiental e, por via de consequência, se deu tratamento diferenciado a própria ideia de meio ambiente, é só verificar o que dispõe a norma do artigo 225 da Constituição Federal brasileira.⁵

⁴ SAAD, Eduardo Gabriel. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*: Lei n. 8.078, de 11.09.90. 5. ed. rev. ampl. São Paulo: LTr, 2002. p. 635.

⁵ Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para a presente e futuras gerações.

Desde antes da promulgação da Carta Política do Brasil, o ordenamento jurídico brasileiro já dispunha de instrumentos legais para a defesa do meio ambiente, a Lei nº 6.938, que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente, a qual considera o meio ambiente como patrimônio público, e pauta-se pela racionalização do uso do solo (arts. 2º e 4º), não fez nenhuma distinção entre as modalidades de meio ambiente quando da sua definição (art. 3º, I).

O que ficou evidenciado é que a Constituição brasileira reconheceu a autonomia do direito ambiental no plano legal ao conferir competência concorrente à União, aos Estados e ao Distrito Federal para a sua produção legislativa (art. 21, I) e avançou no que diz respeito ao conceito e distinção de outras formas de defesa do meio ambiente.

Como ventilado acima, o Código de Defesa do Consumidor conceituou a forma de defesa de interesses difusos, ampliando o modo de sua proteção, seja na lesão de direitos das pessoas individualmente consideradas em grupos definidos ou não. Assim, as lesões praticadas podem ser reparadas a partir de uma interpretação de situação de fato e à luz da melhor forma de conduzir essa defesa, se o indivíduo com os seus próprios meios, em grupo, a partir de uma entidade de proteção desses direitos, ou, ainda, de forma indeterminada a partir do Poder Público, na pessoa do Ministério Público.

A reparação desses direitos se efetivará de forma diferenciada, seja pela pena pecuniária de multa, seja pela pena de restauração da coisa danificada ou seja pela compensação. Nesse aspecto, os direitos difusos também inovam, já que transpassou a ideia de pena consubstanciada no direito penal (prisão ou pena de multa), ou a ideia de reparação do direito civil tradicional (indenização ou ressarcimento de dano). No direito ambiental é possível a compensação de uma área devastada com o plantio de outra área, ou mesmo a simples obrigação de praticar determinada ação de cessar o dano provocado.

Para uma melhor ilustração é bom se fazer uso da lição de Mazzilli,⁶ acerca de quando há interesses difusos, veja-se:

Há interesses difusos: a) tão abrangentes que chegam a coincidir com o interesse público (como o do meio ambiente como um todo); b) menos abrangentes que o interesse público, por dizerem respeito a um grupo disperso, mas que não chegam a confundir-se com o interesse geral da coletividade (como o dos consumidores de um produto); c) em conflito com o interesse da coletividade como um todo (com os interesses dos trabalhadores na indústria do tabaco); d) em conflito com o interesse do Estado, enquanto pessoa jurídica (como o interesse dos contribuintes); e) atinentes a grupos que mantém conflitos entre si (interesses transindividuais reciprocamente conflitantes, como os dos que desfrutam do conforto dos aeroportos urbanos, ou da animação dos chamados trios elétricos carnavalescos, em oposição aos interesses dos que se sentem prejudicados pela correspondente poluição sonora).

⁶ Op. cit., p. 53.

Luis A. Rodríguez Saiach tem o seguinte entendimento sobre interesses difuso:

Las modernas doctrinas procesales centran sus dardos en los intereses difusos que pueden pertenecer a grupos o a cualquier individuo. Por ejemplo, la nube tóxica de Seveso em Itália dio pie para que cualquiera pueda reclamar en contra de la contaminación del ambiente. Esta teoría se aparta de los principios generales del proceso liberal en que el juicio es entre las partes, la cosa juzgada entre ellas sin poder afectar a terceros.⁷

2.3. Interesses coletivos

Em sentido *lato*, a expressão *interesses coletivos* refere-se a interesses transindividuais, de grupos, classes ou categorias de pessoas. Nessa acepção ampla é que a Constituição brasileira se reportou a *direitos coletivos* em seu Título II, ou a *interesses coletivos*, em seu artigo 129, III. Ainda nesse sentido é que o Código de Defesa do Consumidor disciplina a ação coletiva, que é o instrumento jurídico utilizado não só à defesa dos direitos coletivos *stricto sensu*, assim como à defesa de direitos e interesses difusos e individuais homogêneos (CDC, arts. 81, parágrafo único, e 87).

Além de admitir-se esse conceito amplo de interesses coletivos, o Código de Defesa do Consumidor, contudo, introduziu também um conceito mais restrito de interesses coletivos, é que se evidencia no artigo 81, parágrafo único, inciso II, veja-se:

"Coletivos, em sentido estrito, são interesses transindividuais indivisíveis de um grupo determinado ou determinável de pessoas, reunidas por uma relação jurídica básica comum."

Cabe aqui uma advertência, conquanto o CDC se refira a ser uma relação jurídica básica o liame comum entre os lesados que compartilhem o mesmo interesse coletivo (em seu sentido estrito), é preciso admitir que essa relação jurídica disciplinará inevitavelmente uma hipótese fática concreta; mas, no caso de interesses coletivos, a lesão ao grupo não decorrerá propriamente da relação fática subjacente, e sim da própria relação jurídica viciada que une o grupo.

Como, por exemplo, uma cláusula ilegal em contrato de adesão. A ação civil pública que busque a nulidade dessa cláusula envolverá uma pretensão à tutela de interesse coletivo em sentido estrito, pois o grupo atingido estará ligado por uma relação jurídica básica comum que, nesse tipo de ação, deverá imprescindivelmente ser solucionada de maneira uniforme para todo o grupo lesado.

É bom lembrar que tanto os interesses difusos como os coletivos são indivisíveis, mas se distinguem não só pela origem da lesão como também pela abrangência do grupo. Os interesses difusos supõem titulares indetermináveis, ligados por circunstâncias de fato, ao passo que os coletivos concernem a grupo, categoria ou classe de pessoas determinadas ou determináveis, ligadas pela mesma relação jurídica básica.

⁷ RODRÍGUEZ SAIACH, Luis Armando. *Derecho procesal civil*. 1. ed. tomo II, Buenos Aires: Gowa Ediciones Profesionales, 2005. p. 63.

Ao seu turno, os interesses coletivos e os interesses individuais homogêneos têm também um ponto de convergência: ambos reúnem grupo, categoria ou classe de pessoas determináveis; no entanto, distinguem-se quanto à divisibilidade do interesse: só os interesses individuais homogêneos são divisíveis, supondo uma origem comum.

3. EFETIVIDADE DOS DIREITOS COLETIVOS, DIFUSOS OU TRANSINDIVIDUAIS, E AS CONSEQUÊNCIAS POSITIVAS QUANTO À APLICAÇÃO DE TAIS DIREITOS NA COMARCA DE BELÉM/PA, BEM COMO NOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Ao examinarmos os principais direitos ligados à proteção da infância e juventude, enumerados no artigo 227, *caput*, da Constituição da República, duas observações básicas devem ser feitas: a) de um lado, vige o princípio da absoluta prioridade desses direitos; b) de outro lado, vemos que a indisponibilidade é sua nota predominante, o que torna o Ministério Público naturalmente legitimado à sua defesa, sem prejuízo da existência de outros colegitimados.

Em decorrência dos bons frutos da Lei da Ação Civil Pública, a Constituição de 1988 não só ampliou o rol dos legitimados ativos para a defesa dos interesses transindividuais, como ainda alargou as hipóteses de cabimento da sua tutela judicial. Desta forma, para a tutela dos interesses ligados à proteção da criança, não é o Ministério Público o único legitimado ativo, nem o rol de interesses transindividuais é taxativo.

Conforme preceitua o art. 227 da Constituição, é “dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

Por conseguinte, a análise do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90) como um todo, fortifica a mencionada norma constitucional, seja quando trata de seus direitos fundamentais (direito à vida e à saúde; à liberdade, ao respeito e à dignidade, à convivência familiar e comunitária; à educação, ao esporte e ao lazer; à profissionalização e à proteção no trabalho, art. 7º e segs.), seja quando cuida de seus direitos individuais ou transindividuais (art. 106 e segs.).

Observe-se que as ações civis públicas e as ações mandamentais de iniciativa do Ministério Público, previstas na Lei n. 8.069, destinam-se à defesa não apenas dos interesses relacionados com a proteção à infância e à adolescência como um todo; os interesses a serem defendidos por esse meio poderão ser não só difusos e coletivos, como também até mesmo interesses individuais de criança ou adolescente determinado. É bom que se diga, não raro estaremos diante de interesses que, embora individuais, serão indisponíveis, seja diante da incapacidade dos titulares, seja em razão da natureza do próprio interesse.

Acrescenta-se que as ações de caráter coletivo previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente destinam-se, ainda, à proteção da criança e do adolescente seja como destinatários de um meio ambiente sadio e equilibrado, seja ainda, agora como obreiros,

enquanto de destinatários de adequadas condições ambientais do trabalho, seja, também como consumidores efetivos ou potenciais.

Interesses indisponíveis de crianças ou adolescentes (ainda que individuais), e mesmo interesses coletivos ou difusos relacionados com a infância e a juventude - sua defesa sempre é de interesse da coletividade como um todo.

A Lei n. 8.069/90 autoriza a iniciativa do Ministério Público para a ação civil pública e também a defesa de *interesses individuais*, dado o seu caráter de indisponibilidade.

Diante da imposição legal, cabe ao Ministério Público ingressar com ação civil pública para assegurar vaga em escola para uma única criança, como para dezenas, centenas ou milhares delas; tanto para se dar escolarização ou profissionalização a um, como a diversos adolescentes privados de liberdade. Bem como, poderá ajuizar ações civis públicas na defesa de quaisquer interesses individuais homogêneos, coletivos ou difusos de crianças ou adolescentes.

Então, a efetividade dos direitos interindividuais (coletivos, difusos e individuais homogêneos) no nosso sistema jurídico, ocorre quando as normas abstratas saem desse plano e entram no plano da concretude, isto é, além de ser aplicados passam a gerar efeitos nas condutas dos jurisdicionados, havendo, deste modo, uma transformação no contexto social.

O papel do Poder Judiciário é justamente aplicar as leis que estão postas abstratamente no direito positivo pelo poder legiferante, e indo mais além ao fazer com que esses ditames normativos tenham efetividade no mundo jurídico.

No Estado do Pará, o Poder Judiciário, por intermédio do juízo da 1ª Vara da Infância e Juventude tem a competência para processar e julgar os feitos que tem como pano de fundo a proteção integral dos direitos da infância e juventude, estando elencados nesses direitos os individuais, como também os direitos coletivos, difusos, individuais homogêneos (transindividuais).

A Constituição Federal brasileira de 1988, por seu turno, traz insculpido no seu artigo 227, *caput*, o dever solidário de entes federativos, sociedade e família para com a proteção integral dos direitos da criança e do adolescente. Ocorre que, na prática, não se evidencia essa particularidade. O que se nota é que os entes estatais não fazem com que as políticas públicas sociais sejam efetivamente aplicadas, não agem voluntariamente, há necessidade de que o Poder Judiciário seja provocado pelo Ministério Público, ou interessado, por meio da Ação Civil Pública para que sejam reconhecidos os direitos transindividuais.

Em suas defesas, os entes estatais têm como argumentos que o Poder Judiciário não deve interferir na autonomia destes entes, nem tampouco no orçamento anual, olvidando-se que os interesses da infância e juventude têm prioridade absoluta nas políticas sociais. Infelizmente, os gestores públicos, por não sofrerem nenhuma punição que comprometa as suas gestões, fazem “vista grossa” à efetividade⁸ dos direitos fundamentais dos infantes, sem que exista punição de ordem funcional em vista desse descaso.

A prioridade absoluta a que se refere o texto constitucional cuida não apenas de uma ou de mais uma regra normativa posta no ordenamento jurídico brasileiro. É um

⁸ *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 2087.

princípio vetor posto no texto constitucional com o propósito de orientar toda e qualquer ação jungida aos interesses da criança e do adolescente.

Por ser um princípio, toda a elaboração de normas infraconstitucionais, assim como a exegese dos textos normativos e até mesmo a própria ação do poder público devem ser norteadas visando à prioridade absoluta.

Portanto, não se trata de uma faculdade a ensejar outras prioridades superiores àquela ligada aos direitos da criança e do adolescente. É dever.

Trata-se de norma obrigatória e não meramente programática. Mesmo este último tipo de norma, numa visão mais consentânea com a observância dos dispositivos constitucionais, também é de índole obrigatória.

Tratamento de caráter prioritário significa que tem prioridade, que é mais importante e preferencial (*Dicionário Houaiss*). Isso remete à hierarquia. Adotando por analogia a ideia da pirâmide de Hans Kelsen, no que toca à hierarquia entre as normas jurídicas, os direitos da criança e do adolescente ocupam o topo, o vértice, o ponto mais alto dessa pirâmide e, assim, todas as outras prioridades estão num plano inferior.

Mas, não é somente “prioridade”, e sim também “absoluta”. No caso desta última, o texto quer dizer que a prioridade pertinente aos direitos da criança e do adolescente não deve comportar qualquer restrição ou reserva diante de qualquer outra prioridade que exista no ordenamento jurídico, pois a prioridade absoluta é aquela prevista no artigo 227 da Constituição Federal brasileira.

Pois bem, diante das imposições constitucionais quanto às garantias dos direitos da criança e do adolescente, como dissemos alhures, esses direitos só se tornam materializados por meio de decisões judiciais, as quais ocorrem depois do Poder Judiciário ser provocado pelo Ministério Público via Ação Civil Pública para, então, as políticas públicas sejam eficazmente satisfeitas, muitas vezes existem recalcitrâncias no cumprimento das decisões.

No Juízo da Infância e Juventude da Cidade de Belém-PA, 1ª vara, quando é provocado para assegurar os direitos transindividuais (coletivo, difuso e individuais homogêneos), sempre concede liminarmente os pedidos iniciais totalmente ou parcialmente, quando ali estão configuradas as lesões aos direitos transindividuais das crianças e adolescentes, especificamente no âmbito da saúde, educação, meio ambiente, dignidade humana etc...

4. UMA ANÁLISE DO DIREITO COMPARADO EM RELAÇÃO À PROTEÇÃO DOS DIREITOS COLETIVOS, DIFUSOS, INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS (TRANSINDIVIDUAIS)

Fazendo uma análise sobre o direito comparado em relação ao tema em estudo, vamos nos reportar sobre o direito coletivo como é tratado em alguns países.

Colômbia

A Colômbia é diferente de outros países pertencentes à tradição do direito continental, pois registra uma história centenária de adoção de algumas formas de proteção coletivas de direitos.

No Código Civil daquele país, seguindo um antecedente da obra codificadora do chileno Andrés Bello, contém determinadas normas relativas à tutela de interesse geral. Pode-se dizer que são exemplos especialmente relevantes dessas soluções as regras dos artigos 993 e seguintes (refere-se ao desvio de águas, contaminação de água e ar, edifícios que armazenam ruínas, e árvores mal arraizadas).

Tem-se também a regra do art. 1.003, que normatiza a situação de pluralidade de demandantes e demandados (garantindo-se ações que tenham como objeto condutas de fazer e não fazer, e na hipótese de indenizar os danos), ainda, verifica-se no art. 1.005 a consagração a favor da municipalidade e o povo em geral, uma ação popular especial (que compreende a recomposição da afetação e a indenização dos danos) objetivando preservar as ruas, praças e outros logradouros públicos. O art. 1.006 preconiza que “as ações municipais ou populares se estenderão sem prejuízo das que são de competência dos imediatos interessados”.

Por fim, os arts. 2.359 e 2.360 também especificam uma ação popular de caráter geral, tendo como objetivo o de afastar a ameaça de danos produzidos, de forma imprudente e negligente, sobre pessoas determinadas ou indeterminadas. A segunda destas normas regula a recompensa a que tem direito o autor dessas ações populares, autorizando amplas faculdades ao magistrado para que fixe tal soma do acordo e do tempo utilizado, e finalmente as custas processuais, o que igualmente tem direito o autor popular.

A partir da década de 80, outras legislações específicas inseriram soluções coletivas para a tutela de determinados direitos. Podemos frisar o decreto extraordinário 3.466 de 1982, que estabeleceu o Estatuto do Consumidor, o qual regula, no art. 36, o reclamo dos prejuízos e indenizações em vista de violação das disposições de lei a favor do consumidor, estabelecendo que a sentença de condenação produza efeitos declaratórios - no gênero - *erga omnes* - e fica sujeita a liquidação posterior dos prejuízos, em que cada afetado deve demonstrar individualmente o dano sofrido.

No mesmo diapasão, tem-se a Lei 9 de 1989, a qual prevê uma ação popular de proteção do espaço público; o Decreto 2.303 de 1989 contempla uma ação popular em defesa do meio ambiente agrário, e as leis inerentes a transferência do sistema financeiro, o mercado público de valores - Leis 35 e 45, de 1990, modificatórias - também disciplinam soluções coletivas.

Os ritos institucionais mais relevantes no sistema jurídico colombiano, quanto à regulamentação sistemática das ações coletivas, estão em consonância com a Constituição Política de 1991, que recepcionou em seu art. 88 e na forma geral nas ações populares, e a Lei 472 de 1998, de Ações Populares e Ações de Grupo, que regulamentou o sobredito artigo constitucional e passou a vigor em 16 de agosto de 1999.

A Constituição Política da Colômbia de 1991 foi aprovada em 4 de agosto de 1886, que substituiu a Constituição de Rio Negro de 1863; e no ano de 1991 a Constituição Política da Colômbia foi reformada.

Precisamente, o art. 88 da referida Carta Política dispõe:

A Lei regulará as ações populares para a proteção dos direitos e interesses coletivos, relacionados com o patrimônio, o espaço, a

seguridade e a salubridade públicos, a moral administrativa, o ambiente, a livre competência econômica e outros de similar natureza que se definem nela.⁹

Também a lei regulará as ações originadas nos danos ocasionados a várias pessoas, sem prejuízo das correspondentes ações particulares.

Assegura-se que a Carta Magna colombiana consagrou outros mecanismos de proteção constitucional, por exemplo, ações de cumprimento e as ações de tutela, que, junto ao *habeas corpus*, sustentam os alicerces de proteção jurídica dos direitos humanos.

Estados Unidos

A primeira regulação federal sistêmica de ações de classe nos Estados Unidos foi realizada no ano de 1938, por intermédio da lei conhecida como Regra 23.

Ressalte-se que esse nebuloso conceito gerou confusão inicialmente. Para melhor ilustração, por exemplo, acerca dos alcances das sentenças proferidas nesse tipo de processos, a Corte estendeu, de início, os efeitos da sentença aos membros de classe, ou grupos ausentes durante a tramitação do processo. Posteriormente, esse posicionamento foi mudado no caso “Christopher v. Brussel Bach”. Ali foi registrado que a falha ditada pelo Tribunal em uma ação de classe carecia de efeito de coisa julgada, quanto aos membros da classe que não tinham sido notificados da ação, sob certos requisitos. Essa incerteza perdurou por um longo tempo.

No ano de 1996, foi sancionada uma reforma na Regra 23 que ampliou o âmbito de ação desses processos. Os legisladores manifestaram publicamente que um dos objetivos da modificação do procedimento foi a de permitir reformas sociais em áreas tais como os direitos civis. Como resultado, a deserção escolar, a reforma das condições de prisão e os direitos sociais em geral, foram temas tratados pelos tribunais e constituem exemplos de impacto social da natureza de ação de classe como ferramenta.

Com estas ferramentas, se alguma prática afeta a uma extensa classe de indivíduos, o conflito pode ser resolvido utilizando este processo como ferramenta, como um verdadeiro impacto social em uma classe ou grupo lesionado.

Vimos nos últimos anos os casos por responsabilidade por produtos defeituosos no âmbito do direito de consumo (tabaco, implantes mamários etc.) tem sido os que chamaram maior atenção pública, especialmente pela “dinheirama” imposta nas sentenças e acordos processuais, não obstante eles não esgotarem o âmbito de sua utilização e funcionalidade.

A Regra 23

O primeiro antecedente da ação de classe moderna é um procedimento inglês chamado “*bill of peace*” que data do século XVII e que foi tomado pelas cortes americanas.

O conceito que se emprega hodiernamente data do ano de 1938, sancionado pela Regra 23, na qual se estabeleciam três categorias de ações de classe, cada um representando diferentes categorias de membros constitutivos de classe ou grupo.

⁹ MAURINO, Gustavo. *Las acciones colectivas*. 1. ed. Buenos Aires: Lexis Nexis Argentina, 2005. p. 22-23.

As classificações ficaram definidas em função da natureza das relações de interesses existentes entre os membros de uma classe.

Foram delimitados como membros de uma verdadeira classe aquelas pessoas possuidoras de interesses comuns em juízo. Uma classe híbrida, comprometida, afetada como interesses diferentes.

Por fim, a classe espúria exigia que os membros compartilhassem uma questão de fato ou de direito em comum ou tivessem algum interesse comum. Nesta última hipótese, a ação era viável somente se existisse uma questão fática ou de direito que envolvesse os diferentes setores de interesses existentes na classe.

Sob a mencionada regulamentação, a ação de classe foi uma ferramenta raramente utilizada, principalmente pelas confusas e abstratas distinções entre as categorias de classes estabelecidas e os obstáculos potenciais aos padrões de notificação.

Em decorrência dos problemas surgidos, foi convocada uma comissão assessora que revisou as Regras Federais e, em 1966, surgiu uma nova Regra 23, a qual se converteu na moderna regulação para as ações de classe.

Ressalte-se que essa reforma proporcionou um eficiente meio para permitir uma multiplicidade de ações individuais contendo tutela em uma mesma controvérsia, garantindo a todos os interessados um âmbito de discussão de conformidade com um sistema democrático.

Também oferece garantia ou ao menos facilita o acesso efetivo à justiça de ações que, dado o seu reduzido valor patrimonial em questão, ou por alguns outros obstáculos relativos aos incentivos individuais, ficariam à margem da proteção judicial.

Finalmente, representa uma forma de participação da sociedade civil que permite promover mudanças nas políticas públicas do Estado para garantir, sobremaneira, a defesa de seus direitos.

Argentina

No que diz respeito ao Direito Argentino, enfatiza-se que os processos coletivos disciplinados naquele sistema jurídico não são um descobrimento no Século XXI, nem tampouco são produtos de exclusividade da Reforma Constitucional de 1994, mas sem contar com as regulamentações processuais ordinárias concernentes aos chamados “processos com sujeitos múltiplos”, o sistema processual argentino teve há muito tempo duas formas de juízos com dinâmica eminentemente coletiva - as sucessões e os juízos concursais.

Ambas as classes de processos, cujas características têm simetria com as ações coletivas no fato de que sob certas circunstâncias os interessados não podem se sustentar dos efeitos jurídicos do litígio, assim preferem não participar deste.

Saliente-se que os organismos de notificação pública, e certas garantias de participação próprias destes processos, são reflexos das exigências que o princípio do devido processo legal impõe a estas formas processuais.

É bom destacar que na década de 80 inaugurou-se uma etapa de florescimento, inicialmente no aspecto jurisprudencial e doutrinário, e passo seguinte, no aspecto legislativo, com o propósito de buscar ferramentas coletivas de acesso à justiça.

Os primeiros casos sobre “interesses difusos” e a Lei de Associação Sindical (Lei 23.551) constituem os ritos na matéria, os quais proporcionaram o caminho para as propostas mais gerais, por exemplo, a Lei de Defesa do Consumidor, e em seguida da Reforma Constitucional - A Lei Geral de Política Ambiental.

Quanto à defesa de consumidores e usuários, em 1993, o Congresso sancionou a Lei 24.240. Diga-se de passagem, foi o primeiro estatuto geral protetivo de usuários e consumidores, de forma geral com as legislações mais desenvolvidas do momento.

No esquema protetivo traçado pela Lei de Defesa do Consumidor, se elenca um rol muito importante das associações de consumidores que são os legitimados para exercer a representação jurídica de indivíduos e grupos de usuários e consumidores afetados em seus direitos.

Pode-se dizer que a Lei de Política Ambiental Nacional 25.675 é a primeira legislação especial que contém normas expressas e relativamente detalhadas de ações coletivas vinculadas com a proteção de direitos de incidência coletiva.

A referida lei estabelece os pressupostos mínimos para o êxito de uma gestão sustentável e adequada do ambiente, a preservação da diversidade biológica, e a implementação de desenvolvimento sustentável.

No âmbito da proteção dos direitos da criança e do adolescente, quanto aos direitos coletivos e individuais homogêneos, subteve-se que esses direitos podem ser assegurados na Constituição da Nação Argentina no art. 43, 2º parágrafo, quando preconiza a garantia para a interposição de ação com objetivo de perseguir direitos de incidência coletiva em geral.¹⁰

A legislação da Cidade Autônoma de Buenos Aires em relação à proteção integral dos direitos da criança e adolescentes (Lei nº 114), sancionada em 03.12.1998, promulgada em 04.01.1999, traz nos artigos 29, 30, 31 e 32 um feixe de direitos que devem ser assegurados aos infantes pelo Poder Público; obviamente, se por ventura haja omissão dos entes públicos quanto à efetivação das políticas públicas, se lançará mãos dos instrumentos processuais para que sejam satisfeitos os interesses coletivos.

No mesmo sentido, tem-se a legislação da Província de Buenos Aires (Lei nº 13.298) - sancionada em 22.12.2004, promulgada em 14.01.2005, que trata sobre a promoção e proteção integral dos direitos das crianças.

Especificamente no artigo 6º da sobredita lei diz que:

“Es deber del Estado para con los niños, asegurar con absoluta prioridad la realización de sus derechos sin discriminación alguna.”¹¹

Mas adiante, o artigo 7º da referida lei estabelece as situações de caráter prioritário, nas quais, evidentemente fica a cargo do Estado para que essas prioridades se materializem com as realizações das políticas sociais públicas.

Mas é bom destacar que a lei em comento trouxe em seu texto um lembrete a respeito do embasamento das normas infraconstitucionais que protegem integralmente os infantes, trata-se da disposição prevista no artigo 10, que tem a seguinte dicção:

¹⁰ ARGENTINA. *Constitución de la Nación Argentina*. 5ª ed. Buenos Aires: Librería Histórica, 2007.

¹¹ ARGENTINA. *Legislación de la familia y de los menores*. 13. ed. Ediciones del País, oct. 2007. p. 157.

Se consideran principios interpretativos de la presente Ley, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing) Resolución Nro. 40/33 de la Asamblea General; las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, Resolución Nro. 45/113 de la Asamblea General, y las Directrices de Naciones Unidas para la prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices del RIAD), Resolución 45/112.¹²

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema exposto neste estudo é de uma importância tamanha para que possamos refletir sobre a mudança do enfoque da ciência do direito aos interesses da coletividade. Sabemos que por vários séculos o direito somente se preocupava com os interesses individuais, assegurando legitimidade para estar em juízo quem fosse lesionado em seus direitos dentro da órbita individual, entretanto, essa visão foi mudando gradativamente e chegamos no limiar do século XXI com a implantação efetiva dos direitos transindividuais (coletivos, difusos e individuais homogêneos).

Vimos que antes de nossa Constituição Federal de 1988, chamada como Constituição cidadã, pelo deputado federal Ulisses Guimarães, já existiam legislações infraconstitucionais que disciplinavam regras para que os direitos coletivos fossem assegurados a todos os jurisdicionados, tivemos a Lei nº 4.717/65 sobre Ação Popular, e a Lei nº 7.347/85 acerca da Ação Civil Pública. Tais legislações foram instituídas para protegerem o patrimônio público e os direitos fundamentais à existência humana, respectivamente.

Mas não se deve olvidar que os tratados internacionais foram os que trouxeram princípios que nortearam Cartas Políticas dos Estados que ratificaram esses tratados, os quais orientaram uma política voltada para os direitos humanos, no presente caso, para a proteção integral dos direitos da criança e do adolescente.

A nossa Carta Política promulgada em 1988, inseriu no capítulo VII, art. 227, norma assegurando os direitos inalienáveis à criança e ao adolescente, chamando para responsabilidade solidária a família, a sociedade e o Estado para a devida efetivação de tais direitos, veja-se:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade, e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

¹² *Ibidem*, p. 158.

Pelas normas previstas nos tratados internacionais e com o advento da Constituição Federal de 1988, os segmentos da sociedade se mobilizaram, com os movimentos sociais, em particular a Associação dos Meninos de Rua, sensibilizaram os legisladores para que fosse instituída a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente, e adotando os ditames constitucionais e a orientação dos princípios dos tratados internacionais, nos legou normas fundamentais para a proteção integral dos direitos da criança e do adolescente.

Contudo, na realidade não se vê a aplicação efetiva das normas insculpidas na lei especial que protege os direitos da criança e do adolescente. Deve-se esse descaso a visão dos gestores públicos em não conceber que os direitos consagrados nas legislações anteditas estão ali consignados como “prioridade absoluta”, isto quer dizer que são de imediato reconhecidos em primeiro plano em concorrência com outros direitos. Mas isso não acontece em vista do desinteresse de tratar os infantes como um ser humano em desenvolvimento, respeitando um dos fundamentos da República que é a dignidade humana.

Os gestores públicos não agem voluntariamente para que as normas de proteção à criança e ao adolescente sejam efetivadas concretamente. O que se constata na prática é a intervenção do Ministério Público provocando o Poder Judiciário, por meio da Ação Civil Pública, para obrigar os entes públicos à realização das políticas sociais públicas em benefício das crianças e adolescentes, que muitas das vezes são recalcitrantes, aplicando-se multas e quando o caso exige, o decreto de prisão, por desobediência judicial.

São lamentáveis tais condutas dos gestores públicos em não cumprirem com suas obrigações voluntariamente, só cumprindo-as quando são compelidos coercitivamente pelo Estado-Juiz por meio de ação judicial, que tem como fundamento os interesses coletivos, difusos ou individuais homogêneos. Infelizmente, inexistente no nosso sistema jurídico punição em caráter funcional, como perda de cargo, para os gestores que descumprem acintosamente as leis que visam à garantia dos direitos humanos.

As várias ações civis públicas propostas na 1ª Vara da Infância e Juventude da comarca de Belém/PA são um retrato do quadro ora apresentado, são ações propostas para compelir que os gestores façam aquilo que é dever constitucional, legal, de efetivação das políticas sociais públicas previstas na legislação constitucional e infraconstitucional.

Antes de levar as ações civis públicas à justiça, o Ministério Público deve envidar todos os esforços para, em sede administrativa, obter uma composição para a consecução de Termo de Ajustamento de Conduta, evitando assim que registre mais um processo judicial. Mas na maioria das vezes, essa composição não obtém êxito, forçando o ajuizamento da competente ação de cunho coletivo.

Essa tramitação administrativa se observa no direito comparado. O que nos chamou atenção é o procedimento adotado no sistema jurídico argentino, em particular na Legislação da Província de Buenos Aires, (Lei nº 13.298 - capítulo II, Dos Órgãos Administrativos arts. 16, nºs 1 a 7),¹³ que disciplina que o Poder Executivo designará a autoridade de aplicação

¹³ Op. cit.

do Sistema de Promoção e Proteção dos direitos da criança, que será competente para o desenho, instrumentação, execução e controle de políticas dirigidas aos infantes, e nos incisos estão discriminados os deveres dessa autoridade para a implementação e execução dessas medidas, desafogando, portanto, o Poder Judiciário de ações coletivas, que quase sempre são propostas por descompromisso dos gestores públicos às coisas públicas.

Esperamos que os instrumentos jurídicos utilizados para atender os interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos sejam utilizados quando não houver mais recursos para manter comunicação com os gestores públicos, objetivando a realização efetiva das políticas sociais públicas; e ainda no bom diálogo para que se alcance o bem comum.

REFERÊNCIAS

- ARGENTINA. *Constitución de la Nación Argentina*. 5. ed. Buenos Aires: Librería Histórica, 2007.
- ARGENTINA. *Legislación de la familia y de los menores*. 13. ed. Ediciones del País, ampl., actualizada y ordenada, oct. 2007.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 1988.
- CARRIDE, Norberto de Almeida. *Estatuto da Criança e do Adolescente anotado*. Campinas: Servanda Editora, 2006.
- ELIAS, Roberto João. *Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente*: (Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990). 2. ed. de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Saraiva, 2004.
- GIANULO, Wilson. *Vademecum referenciado de direito 2008*. 3. ed. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 2008.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. Direito processual coletivo. In: *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. GRINOVER, Ada Pellegrini et al (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- MAURINO, Gustavo *Las acciones colectivas*. 1. ed. Buenos Aires: Lexis Nexis Argentina, 2005.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses*. 22. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.
- REVISTA DO CAO DA INFÂNCIA. Procuradoria-Geral de Justiça. Centro de Apoio Operacional às Promotorias da Infância, v. 02, n. 2, Belém, jan./jul. 2008.
- RODRIGUEZ SAIACH, Luis Aramando. *Derecho procesal civil*. 1. ed. tomo II. Buenos Aires: Gowa Ediciones Profesionales, 2005.
- SAAD, Eduardo Gabriel. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*: Lei nº 8.078, de 11.09.90. 5. ed. rev. ampl. São Paulo: LTr, 2002.
- SARAIVA, João Batista Costa. *Adolescente em conflito com a lei: da indiferença à proteção integral: uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil*. 3. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

O DIREITO GERAL DA PERSONALIDADE: DO SURGIMENTO AO RECONHECIMENTO NO BRASIL *

THE GENERAL RIGHT OF PERSONALITY: FROM THE RISE TO RECOGNITION IN BRAZIL

LEONARDO ESTEVAM DE ASSIS ZANINI

Livre-Docente e Doutor em Direito Civil pela USP. Pós-Doutorado em Direito Civil pelo Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht - Alemanha. Pós-Doutorado em Direito Penal pelo Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht - Alemanha. Doutorando em Direito Civil pela Albert-Ludwigs-Universität Freiburg - Alemanha. Mestre em Direito Civil pela PUC/SP. Bacharel em Direito pela USP. Juiz Federal. Professor Universitário. Endereço eletrônico: lezanini@jfsp.jus.br.

ODETE NOVAIS CARNEIRO QUEIROZ

Doutora e Mestre em Direito Civil pela PUC/SP. Professora de Direito Civil na Graduação e Pós-Graduação da Faculdade de Direito da PUC/SP. Endereço eletrônico: odetenovaes@uol.com.br.

SUMÁRIO: Introdução - 1. Origem e desenvolvimento do direito geral da personalidade: 1.1. Origem e os debates iniciais acerca dos direitos da personalidade; 1.2. O problema da proteção fracionada dos direitos da personalidade; 1.3. O reconhecimento do direito geral da personalidade na Alemanha: os casos Leserbrief e Herrenreiter; 1.4. O direito geral da personalidade na Suíça e Áustria; 1.5. A pluralidade dos direitos da personalidade na Itália; 1.6. Os direitos da personalidade na França; 1.7. Os direitos da personalidade em Portugal - 2. O direito geral da personalidade e os direitos especiais: 2.1. O fundamento da proteção pelo direito geral da personalidade; 2.2. A coexistência do direito geral e dos direitos especiais da personalidade; 2.3. Problemas que emergem da relação entre o direito geral e os direitos especiais da personalidade - 3. Os direitos da personalidade no Código Civil brasileiro de 2002 - 4. O direito geral da personalidade no ordenamento jurídico brasileiro - 5. Os embates entre os defensores das correntes pluralista e monista - Considerações finais - Referências.

* Data de recebimento do artigo: 02.03.2020.

Datas de pareceres de aprovação: 11.03.2020 e 23.03.2020.

Data de aprovação pelo Conselho Editorial: 01.04.2020.

RESUMO: O presente artigo faz um breve estudo sobre o direito geral da personalidade, abrangendo as relações existentes entre esse direito e os direitos especiais da personalidade. Trata-se de pesquisa que utiliza metodologia descritiva, baseada fundamentalmente na investigação bibliográfica e jurisprudencial. Os temas mais relevantes da matéria são analisados, como o desenvolvimento do direito geral da personalidade nos países de língua alemã e a sua posterior admissão em outros países da *civil law*. O estudo deixa claro ao leitor a ideia de cooperação existente entre o direito geral da personalidade e os direitos especiais da personalidade, estes considerados como desdobramentos daquele. Merece ainda destaque o debate sobre a existência, no ordenamento jurídico brasileiro, de uma pluralidade de direitos da personalidade ou a adoção do direito geral da personalidade. Assim sendo, o trabalho procura apresentar um breve panorama atual da proteção dos direitos da personalidade, enfocando a situação no Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: direitos da personalidade; direito geral da personalidade; direito civil constitucional; cláusula geral.

ABSTRACT: The present article makes a brief study on the general right of the personality, covering the relationships between this right and the special rights of the personality. It is a research that uses descriptive methodology, based fundamentally on bibliographical and jurisprudential research. The most relevant issues are analyzed, such as the development of the general right of the personality in German-speaking countries and its subsequent admission in other countries of civil law. The study makes clear to the reader the idea of cooperation that exists between the general right of the personality and the special rights of the personality, these considered as consequences of that. Also worthy of mention is the debate on the existence, in the Brazilian legal system, of a plurality of personality rights or the adoption of the general right of the personality. Therefore, the paper seeks to present a brief overview of the protection of personality rights, focusing on the situation in Brazil.

KEYWORDS: rights of the personality; general right of the personality; constitutional civil law; general clause.

INTRODUÇÃO

A categoria dos direitos da personalidade foi objeto de intensos debates doutrinários, em particular no período que vai do século XIX até o início do século XX. Os estudiosos apontavam muitos problemas que teoricamente impediriam o reconhecimento dos direitos da personalidade como direitos subjetivos.

Argumentava-se que os interesses ligados à personalidade não podiam ser protegidos seguindo os esquemas tradicionais dos direitos patrimoniais, mesmo porque o bem jurídico a ser protegido integrava o próprio sujeito.¹ A resistência na admissão dos direitos

¹ Nesse sentido, veja-se a lição de Walter Moraes: “os bens que em direito se qualificam como de personalidade são partes integrantes do homem *in natura*” (MORAES, Walter. *Concepção tomista de pessoa*. Um contributo para a teoria do direito da personalidade. *Revista de Direito Privado*, n. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 187).

da personalidade também decorria da forma como se compreendia os atos ilícitos e a responsabilidade civil deles derivada. A categoria igualmente suscitava dúvidas no que toca aos seus caracteres jurídicos, que se contrapõem aos direitos patrimoniais.

Entretanto, as objeções ao reconhecimento dos direitos da personalidade foram se abrandando no decorrer do século XX, especialmente depois da Segunda Guerra Mundial, haja vista que as atrocidades cometidas naquele conflito reforçaram a necessidade de reconhecimento dos direitos e garantias do homem.² Como consequência, o sistema de direito privado, pela via constitucional, acabou integrando os direitos da personalidade, não havendo mais dúvida quanto à admissão dessa categoria de direitos.

Desta feita, superada a fase de reconhecimento dos direitos da personalidade, atualmente os debates da doutrina e da jurisprudência dizem respeito à existência de um direito geral da personalidade, no qual se integrariam todos os tipos previstos ou não pelo direito positivo. E o assunto ganhou ainda maior relevância em função do rápido desenvolvimento técnico-científico verificado nas últimas décadas. Essas inovações proporcionaram o surgimento de novas formas de violação da dignidade da pessoa humana, pelo que as indagações relativas ao direito geral da personalidade continuam atuais e merecem ser analisadas no presente trabalho.

1. ORIGEM E DESENVOLVIMENTO DO DIREITO GERAL DA PERSONALIDADE

1.1. Origem e os debates iniciais acerca dos direitos da personalidade

Com o reconhecimento da existência da categoria dos direitos da personalidade, muitos autores entenderam como viável a sua tipificação. Para tanto, utilizaram a técnica dos direitos subjetivos, o que levava ao reconhecimento de uma pluralidade de direitos da personalidade, incidindo cada um sobre um particular aspecto da personalidade. No entanto, outros teóricos consideraram insuficiente a proteção da pessoa humana por meio de direitos tipificados, sendo necessária uma regra geral, unitária, que compreendesse todos os casos relacionados a bens da personalidade.³

A doutrina que defendia a existência de um direito geral da personalidade floresceu na Áustria, na Suíça e na Alemanha. A temática foi inicialmente objeto de investigações teóricas, ainda sem repercussão prática, as quais foram promovidas, entre outros, por Regelsberger e Gierke. Passada a fase teórica, o direito geral da personalidade foi paulatinamente sendo reconhecido judicialmente.⁴

No que diz respeito à Alemanha, o desenvolvimento retrocedeu com a entrada em vigor do Código Civil alemão (*Bürgerliches Gesetzbuch* - BGB). De fato, a codificação alemã não consagrou os direitos da personalidade como categoria autônoma e sistematizada,

² RESCIGNO, Pietro. *Manuale del diritto privato italiano*. 5. ed. Napoli: Jovene, 1982. p. 218.

³ DONEDA, Danilo. Os direitos da personalidade no novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). *A parte geral do novo Código Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 42-43.

⁴ ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 45-49.

deles cuidando tão somente em disposições esparsas relativas à responsabilidade civil e por meio da proteção dada ao nome no § 12 do BGB.⁵

Não se pode dizer, entretanto, que os idealizadores do BGB ignoravam os direitos da personalidade. Na verdade, preferiram não incluí-los na codificação, salvo as exceções já mencionadas. Entendiam que as discussões acerca da categoria não estavam encerradas,⁶ de maneira que a sua inclusão seria precipitada e pouco operacional do ponto de vista do processo legislativo.⁷

Nos anos que seguiram à entrada em vigor do BGB, a doutrina alemã e a jurisprudência do *Reichsgericht* não acolheram a tese da existência de um direito geral da personalidade. A proteção legal ficou então restrita aos bens jurídicos expressamente mencionados, ou seja, aos direitos especiais da personalidade.⁸

De fato, mesmo doutrinadores de destaque, como Enneccerus e Nipperdey, não viam como necessário o reconhecimento de um direito geral da personalidade. Aduziam que os bens unidos indissoluvelmente à pessoa deveriam ter uma proteção absoluta geral igual a dos direitos subjetivos. Esses autores negavam a existência de outros direitos da personalidade além do nome e entendiam que o reconhecimento de um direito geral da personalidade entre os direitos subjetivos provocaria entraves ao progresso, bem como perturbações ao desenvolvimento de outras personalidades.⁹

1.2. O problema da proteção fracionada dos direitos da personalidade

A proteção fracionada dos direitos da personalidade, ao contrário do que pensavam os autores da época, mostrou-se bastante lacunosa diante do aumento das modernas técnicas que possibilitavam o desrespeito da vida privada e da liberdade, o que foi sentido especialmente após a Segunda Guerra Mundial.¹⁰

Na Alemanha, o primeiro problema estava na interpretação dada ao § 823, I, do BGB,¹¹ particularmente no que toca à expressão “um outro direito” (*ein sonstiges Recht*),

⁵ GARCIA, Enéas Costa. *Direito geral da personalidade no sistema jurídico brasileiro*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007. p. 76.

⁶ Aliás, segundo Günter Weick, na fundamentação do BGB o responsável pela parte geral da codificação, Gebhard, mencionou os trabalhos de Kohler e de Rudolf Von Jhering, relativos aos direitos da personalidade (WEICK, Günter. *Natürliche Personen, Verbraucher, Unternehmer*. In: *J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*. Berlin: Sellier, 2004. p. 173).

⁷ RIXECKER, Ronald. *Allgemeines Persönlichkeitsrecht*. In: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. 5. ed. München: Verlag C.H. Beck, 2006. p. 268.

⁸ BARTNIK, Marcel. *Der Bildnisschutz im deutschen und französischen Zivilrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2004. p. 20.

⁹ GARCIA, Enéas Costa. *Direito geral da personalidade no sistema jurídico brasileiro*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007. p. 77.

¹⁰ LARENZ, Karl; WOLF, Manfred. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*. 8. ed. München: Beck, 1997. p. 147.

¹¹ O § 823 do BGB dispõe: “Dever de indenizar. (1) Quem dolosa ou culposamente lesar antijuridicamente a vida, o corpo, a saúde, a liberdade, a propriedade ou um outro direito alheio está obrigado a compensar

que não abarcava, de acordo com a maioria dos autores, os direitos da personalidade, visto que tal dispositivo era considerado restrito aos direitos subjetivos ligados à propriedade.¹²

De acordo com Dieter Medicus, o BGB não chegou mesmo a acolher, entre os bens protegidos pelo § 823, nem um direito geral da personalidade e nem um direito à honra. Aliás, para a proteção da honra era necessária uma interpretação bastante complexa, que combinava os §§ 826 e 823, II, do BGB, bem como os §§ 185 e seguintes do Código Penal (*Strafgesetzbuch* - StGB).¹³

Outro problema consistia no fato de que a enumeração dos bens protegidos pelo § 823, II, do BGB era considerada exaustiva, de forma que os demais bens da personalidade somente eram protegidos se fossem reconhecidos por normas legais especiais.¹⁴

Ademais, o § 826 do BGB, não obstante a vagueza da expressão “bons costumes”, suficiente para funcionar como uma cláusula geral, tinha seu âmbito limitado, visto que requeria a existência de dolo.¹⁵

1.3. O reconhecimento do direito geral da personalidade na Alemanha: os casos *Leserbrief* e *Herrenreiter*

Todo esse quadro somente se modificou na Alemanha com as decisões proferidas em 25 de maio de 1954 (*Leserbrief*)¹⁶ e em 14 de fevereiro de 1958 (*Herrenreiter*),¹⁷ quando o Tribunal de Justiça Federal (*Bundesgerichtshof* - BGH), em uma inimaginável mudança de paradigma, reconheceu o direito geral da personalidade.¹⁸

Além da admissão do direito geral da personalidade, é de se destacar que no caso *Herrenreiter* também foi reconhecida a pretensão a uma indenização em dinheiro. Tal prestação pecuniária estaria fundada na ocorrência de um dano imaterial,¹⁹ de uma

o dano surgido”. Vejamos o original: “§ 823 Schadensersatzpflicht. (1) Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet”.

¹² GARCIA, Enéas Costa. *Direito geral da personalidade no sistema jurídico brasileiro*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007. p. 78.

¹³ MEDICUS, Dieter. *Allgemeiner Teil des BGB*. 9. ed. München: C. F. Müller, 2006. p. 423.

¹⁴ GARCIA, Enéas Costa. *Direito geral da personalidade no sistema jurídico brasileiro*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007. p. 78.

¹⁵ GARCIA, op. cit., p. 79.

¹⁶ No caso *Leserbrief*, discutia-se a proteção de cartas missivas, visto que um periódico publicou uma carta de um advogado (representante de um ex-ministro do Reich), na rubrica “cartas do leitor”, sem sua autorização (BARTNIK, Marcel. *Der Bildnisschutz im deutschen und französischen Zivilrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2004. p. 20).

¹⁷ No caso *Herrenreiter*, o réu, farmacêutico, elaborou um cartaz publicitário referente a um produto com supostas propriedades afrodisíacas, colocando no cartaz a imagem do autor, sem sua autorização para o uso publicitário (CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português*. Parte Geral. t. III, Coimbra: Almedina, 2004. p. 46).

¹⁸ RIXECKER, Ronald. *Allgemeines Persönlichkeitsrecht*. In: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. 5. ed. München: Verlag C.H. Beck, 2006. p. 268.

¹⁹ RIXECKER, op. cit., p. 268.

severa lesão ao direito geral da personalidade, o que não tinha previsão expressa no BGB e contrariava o § 253,²⁰ que só admitia indenização em casos expressamente previstos em lei. Posteriormente, a despeito de contrariar o disposto no § 253, tal entendimento foi confirmado pelo BGH em 1965, no caso *Soraya*, e em 1973 pelo Tribunal Federal Constitucional (*Bundesverfassungsgericht*).²¹

A mudança de orientação do direito alemão veio como decorrência da Lei Fundamental de Bonn (*Grundgesetz* - GG), que, ao proteger a dignidade da pessoa humana e o direito ao livre desenvolvimento da personalidade (arts. 1º e 2º da GG), exigiu o reconhecimento de um direito geral da personalidade,²² cujo fundamento legal, de acordo com o BGH, estaria justamente no § 823, I, do BGB. E tal proteção encontrou respaldo justamente na interpretação da expressão “um outro direito” (*ein sonstiges Recht*), integrante do § 823, I, do BGB, mas que não era acolhida pela doutrina e nem pela jurisprudência anteriores à Lei Fundamental de Bonn.²³

A partir das decisões do BGH e da mudança de posicionamento da doutrina, a dignidade do homem (*Menschenwürde*) e o direito ao livre desenvolvimento da personalidade (*Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit*) passaram a ser vistos pelos alemães como um direito-fonte (*Quellrecht*), um direito-mãe (*Mutterrecht*), do qual todos os outros emanariam.²⁴

A despeito de todo esse desenvolvimento, o direito geral da personalidade ainda se mantém como uma criação da prática jurídica e da doutrina alemãs, haja vista que nenhum tratamento legal²⁵ foi dado ao tema, o que já foi qualificado como uma “fuga do legislador da responsabilidade política”.²⁶

De qualquer forma, não obstante todos esses percalços, a teoria do direito geral da personalidade é amplamente acolhida na Alemanha. Todavia, existem autores mais

²⁰ WEICK, Günter. *Natürliche Personen, Verbraucher, Unternehmer*. In: J. von Staudingers *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*. Berlin: Sellier, 2004. p. 174.

²¹ PINTO, Paulo Mota. Notas sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e os direitos de personalidade no direito português. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 70.

²² MEDICUS, Dieter. *Grundwissen zum Bürgerlichen Recht*. 7. ed. München: Carl Heymanns, 2006. p. 207.

²³ BARTNIK, Marcel. *Der Bildnisschutz im deutschen und französischen Zivilrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2004. p. 19-20.

²⁴ SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 106.

²⁵ Notícia Paulo Mota Pinto que em 1959 foi apresentado um projeto de lei para a reordenação da proteção da personalidade e da honra, o que levaria a uma alteração no BGB. Todavia, em razão da pressão exercida pela imprensa, tal proposta, chamada pejorativamente de *Lex Soraya*, não chegou a ser acolhida (PINTO, Paulo Mota. Notas sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e os direitos de personalidade no direito português. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 70).

²⁶ PINTO, Paulo Mota. Notas sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e os direitos de personalidade no direito português. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 70.

recentes, como Canaris, que consideram a opção pela definição de âmbitos de proteção do direito da personalidade, o que pode levar a uma regressão do direito geral da personalidade.²⁷

1.4. O direito geral da personalidade na Suíça e Áustria

Na Suíça, o direito geral da personalidade se impôs mais cedo, tendo sido seu desenvolvimento menos traumático que o alemão. Realmente, o Código Civil suíço (*Zivilgesetzbuch - ZGB*), de 10 de dezembro de 1907, anterior, portanto, à doutrina alemã do direito geral da personalidade, já consagrava expressamente, em seu art. 28,²⁸ uma cláusula geral protetora da personalidade humana, que foi inspirada na doutrina de Otto von Gierke (*Deutsches Privatrecht*).²⁹

Tal regra tinha o sentido de proteger não somente os interesses morais, mas também a atividade econômica de uma pessoa.³⁰ E nesse ponto Franz Wieacker já considera a obra de Eugen Huber, maior responsável pela elaboração do Código Civil suíço, como o “fruto legislativo mais amadurecido da ciência de língua alemã do séc. XIX”.³¹

No entanto, com a rápida evolução da sociedade e da ciência no século XX, viu-se que o art. 28 do Código Civil helvético não estava mais garantindo uma tutela satisfatória da personalidade. Assim, para a ampliação dessa tutela, a redação do referido artigo foi alterada por uma lei de 16 de dezembro de 1983, em vigor desde 1º de julho de 1985.³²

Entretanto, é de se ressaltar que o trabalho do legislador suíço não se resumiu à alteração do art. 28, visto que também foram inseridos diversos dispositivos complementares.³³ Dessa forma, além do art. 28 originário, possui hoje o Código Civil suíço a sequência que vai dos arts. 28 “a” ao “l”.

²⁷ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português*. Parte Geral. t. III, Coimbra: Almedina, 2004. p. 48.

²⁸ Redação original do art. 28: “*Celui qui subit une atteinte illicite dans ces intérêts personnels peut demander au juge de la faire cesser*”. Tradução livre: “Aquele que sofre um atentado ilícito nos seus interesses pessoais pode demandar ao juiz que o faça cessar”.

²⁹ SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 94.

³⁰ KAYSER, Pierre. Les droits de la personnalité - aspects théoriques et pratiques. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, t. 69, n. 3, p. 487.

³¹ WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967. p. 564.

³² BIASIO, Giorgio De; FOGLIA, Aldo. *Introduzione ai codici di diritto privato svizzero*. 2. ed. Torino: G. Giappichelli, 2007. p. 155.

³³ A nova redação do art. 28 do ZGB é a seguinte: “*Wer in seiner Persönlichkeit widerrechtlich verletzt wird, kann zu seinem Schutz gegen jeden, der an der Verletzung mitwirkt, den Richter anrufen*”. Tradução livre: “Quem é ilícitamente lesionado em sua personalidade pode, para sua proteção, pedir a intervenção do juiz contra aquele que participou da ofensa”. Por conseguinte, são condições para a proteção da personalidade: a) a sua lesão; b) o comportamento ilícito (LOCHER, René. *Persönlichkeitsschutz und Adoptionsgeheimnis*. Zürich: Schulthess, 1993. p. 22).

Como consequência da inovação legislativa, o conceito adotado de personalidade deve ser compreendido em sentido amplo, abrangendo tudo aquilo que serve para individualizar uma pessoa e se mostra digno de proteção nas relações interpessoais. Cabe então aos juizes a definição dos contornos da personalidade, adaptando a noção à evolução das necessidades e ao surgimento de novos perigos.³⁴ E nesse contexto, os tribunais suíços passaram a construir uma nova jurisprudência acerca do direito geral da personalidade, bem como dos limites de sua atuação,³⁵ mais condizente com as atuais necessidades da sociedade.

Ademais, existe também no direito suíço a previsão, além da determinação abstrata e geral contida no art. 28 do ZGB, dispositivos que outorgam proteção a pontos específicos da personalidade, como é o caso do art. 301, 2, do ZGB, bem como a Lei sobre direitos autorais (*Urheberrechtsgesetz*). Diante desses preceitos específicos a cláusula geral de proteção da personalidade vale apenas subsidiariamente.³⁶

Por outro lado, em face do reconhecimento do direito geral da personalidade, não é necessária uma enumeração detalhada dos bens da personalidade. Não existe um *numerus clausus* dos direitos da personalidade. Isso permite uma proteção mais ampla da personalidade, a qual seria bastante limitada se o legislador suíço tivesse seguido apenas o modelo tradicional da enumeração dos valores protegidos.³⁷

A situação não é diversa na Áustria, onde a doutrina continua atualmente a defender a existência do direito geral da personalidade, que retira sua força do § 16 do ABGB.³⁸

1.5. A pluralidade dos direitos da personalidade na Itália

Entre os italianos, inicialmente a tese do *numerus clausus* dos direitos da personalidade era a posição majoritária da jurisprudência e da doutrina, já que o Código Civil de 1942 fez referência aos direitos da personalidade e não a um direito geral da personalidade. Essa é a tese defendida, entre outros, por Adriano de Cupis, que só admite a tutela de direitos da personalidade fracionados e tipificados em lei.³⁹

Hodiernamente, entretanto, há autores defendendo que a Constituição italiana teria mudado substancialmente esse quadro, reconhecendo, em seu art. 2º, uma cláusula geral de tutela da pessoa humana,⁴⁰ cujo “conteúdo não se limita a resumir os direitos tipicamente

³⁴ BIASIO, Giorgio De; FOGLIA, Aldo. *Introduzione ai codici di diritto privato svizzero*. 2. ed. Torino: G. Giappichelli, 2007. p. 160.

³⁵ SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 97.

³⁶ LOCHER, René. *Persönlichkeitsschutz und Adoptionsgeheimnis*. Zürich: Schulthess, 1993. p. 24-25.

³⁷ BIASIO, Giorgio De; FOGLIA, Aldo. *Introduzione ai codici di diritto privato svizzero*. 2. ed. Torino: G. Giappichelli, 2007. p. 160.

³⁸ CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra, 1995. p. 71.

³⁹ CUPIS, Adriano de. *I diritti della personalità*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1982, *passim*.

⁴⁰ Art. 2º da Constituição italiana: “A República reconhece e garante os direitos invioláveis do homem, seja como indivíduo, seja nas formações sociais onde desenvolve a sua personalidade e exige o cumprimento

previstos por outros artigos da Constituição”, mas que permite estender a tutela a situações atípicas, levando ao reconhecimento do direito geral da personalidade.⁴¹

Daí afirmar Perlingieri que a “tutela da personalidade pode-se considerar unitária, não definida, sem limites, elástica, adaptável quanto mais possível às situações concretas e às condições culturais e ambientais nas quais ela se realiza”.⁴²

Contudo, ressalta Capelo de Sousa que a doutrina italiana majoritária “defende a exclusividade da existência de direitos particulares de personalidade”, o que não impede o reconhecimento de um leque bastante amplo de direitos especiais da personalidade, cujo fundamento estaria no “chamado direito ao *id quod interest* decorrente das reações penais e no art. 2º da Constituição da República Italiana”.⁴³

Por conseguinte, conforme destaca Paulo José da Costa Júnior, não teria vingado na Itália a doutrina unitária, orientando-se a maioria dos autores peninsulares num sentido oposto, “em direção a uma concepção pluralista dos direitos da personalidade”.⁴⁴

1.6. Os direitos da personalidade na França

Na França, a Lei 70-643, de 17.07.70, introduziu um novo art. 9º no Código Civil francês,⁴⁵ o qual criou as bases legais para a proteção da personalidade, proclamando o princípio do respeito pela vida privada das pessoas.⁴⁶ Seguiram-se outras leis importantes, como a Lei 78-17, de 06.01.78, relativa à proteção diante da informática; a Lei 93-2, de 04.01.93, que inseriu a presunção de inocência no art. 9º do Código Civil e; a Lei 94-653, de 29.07.94, que introduziu no art. 16 do Código Civil o direito ao respeito do ser humano e seu corpo.⁴⁷

Todavia, anteriormente o Judiciário francês já tinha, com apoio na cláusula geral de responsabilidade civil (arts. 1382 e 1382 do Código Civil), desenvolvido uma ampla

dos deveres inderrogáveis de solidariedade política, econômica e social”. Transcrição do original: “*La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale*”.

⁴¹ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Trad. de Maria Cristina De Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 155.

⁴² PERLINGIERI, Pietro. *Il diritto civile nella legalità costituzionale*. 2. ed. Edizioni Scientifiche Italiane: Napoli, 2001. p. 325.

⁴³ CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra, 1995. p. 129.

⁴⁴ COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 60.

⁴⁵ Art. 9º do Código Civil francês: “*Chacun a droit au respect de sa vie privée*”. Tradução livre: “Cada um tem direito ao respeito de sua vida privada”.

⁴⁶ WEICK, Günter. *Natürliche Personen, Verbraucher, Unternehmer*. In: *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*. Berlin: Sellier, 2004. p. 183.

⁴⁷ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português*. Parte Geral. t. III, Coimbra: Almedina, 2004. p. 42.

proteção da personalidade, bem como garantido a indenização de danos imateriais.⁴⁸ Por isso, destaca-se na França a importante colaboração pretoriana para a categoria dos direitos da personalidade, chegando-se a qualificá-la como “*une création prétorienne*”.⁴⁹

Como decorrência desse pragmatismo da proteção da personalidade, a doutrina francesa não chegou a reconhecer um direito geral da personalidade, não obstante a admissão dos “*droits de la personnalité*”.⁵⁰

Os principais problemas da doutrina do direito geral da personalidade, de acordo com os franceses, estariam na sua indeterminação e na abrangência de categorias diversas de direitos.⁵¹ Além disso, destaca Kayser que como a jurisprudência francesa reconhece a existência de um direito da personalidade em todos os casos em que lhe parece útil a proteção de um interesse moral, a previsão legal do direito geral da personalidade, como se pretendeu no anteprojeto de Código Civil francês, não seria de grande utilidade.⁵²

1.7. Os direitos da personalidade em Portugal

Em Portugal o direito geral da personalidade não é unanimidade na doutrina.⁵³ Há um embate entre os estudiosos portugueses no que toca à sua aceitação, de modo que é admitido na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e rejeitado, majoritariamente, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.⁵⁴

A jurisprudência dominante, por seu turno, abstém-se de tomar posicionamento sobre o tema, mas há decisões do Tribunal Constitucional e do Supremo Tribunal de Justiça adotando a construção do direito geral de personalidade.⁵⁵

Esse direito geral é acolhido, entre outros, pelos seguintes doutrinadores portugueses: Leite de Campos, Capelo de Sousa, Álvaro Dias, Paulo Mota Pinto e Nuno Pinto Oliveira.⁵⁶ Em sentido contrário opina José de Oliveira Ascensão: “Não há necessidade

⁴⁸ WEICK, Günter. *Natürliche Personen, Verbraucher, Unternehmer. In: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*. Berlin: Sellier, 2004. p. 183.

⁴⁹ MATTIA, Fábio Maria de. *Direitos da personalidade II (verbete)*. *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1979. p. 159.

⁵⁰ WEICK, Günter. *Natürliche Personen, Verbraucher, Unternehmer. In: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*. Berlin: Sellier, 2004. p. 183.

⁵¹ PINTO, Paulo Mota. *Notas sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e os direitos de personalidade no direito português*. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 70.

⁵² KAYSER, Pierre. *Les droits de la personnalité - aspects théoriques et pratiques. Revue Trimestrielle de Droit Civil*, t. 69, n. 3, p. 488.

⁵³ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil teoria geral*. v. I, 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 86.

⁵⁴ MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato. *Principais problemas dos direitos da personalidade e estado-da-arte da matéria no direito comparado*. In: MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato (org.). *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 18.

⁵⁵ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Direito de personalidade*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 63.

⁵⁶ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português*. Parte Geral. t. III, Coimbra: Almedina, 2004. p. 80-81.

de semelhante solução, porque o problema pode ser resolvido, mais satisfatoriamente até, pela via alternativa do reconhecimento, em regime de *numerus apertus*, de direitos especiais de personalidade”.⁵⁷ Menezes Cordeiro, por seu turno, acrescenta que mesmo na Alemanha o direito geral “vem sendo suplantado a favor de esquemas mais operacionais, com relevo para a definição de âmbitos de proteção”.⁵⁸

A despeito da mencionada divergência, o direito português, pelo menos desde o Código Civil de 1966, tem instrumentos para o reconhecimento de um direito geral da personalidade, que encontraria fundamento no art. 70 do Código Civil.⁵⁹ De fato, a “tutela geral da personalidade corresponde, sem dificuldade, a um direito geral da personalidade, desde que se entenda o direito de personalidade como direito subjectivo”.⁶⁰ Assim, seria permitida a tutela de “bens pessoais não tipificados, designadamente protegendo aspectos da personalidade cuja lesão ou ameaça de violação só com a evolução dos tempos assumam um significado ilícito”.⁶¹

Por conseguinte, pode-se afirmar hodiernamente que o direito geral da personalidade não é uma figura exclusivamente germânica, mas sim uma concepção que está ganhando espaço em muitos ordenamentos jurídicos de tradição romano-germânica, sobretudo em relação àquela concepção de direitos da personalidade como *numerus clausus*.⁶²

2. O DIREITO GERAL DA PERSONALIDADE E OS DIREITOS ESPECIAIS

2.1. O fundamento da proteção pelo direito geral da personalidade

O direito geral da personalidade tutela de forma global a personalidade humana. Trata-se de instituto que está ligado à concepção de pessoa humana como um valor unitário. Por isso, essa doutrina não admite que a tutela da pessoa possa ser fracionada em situações autônomas, devendo ser protegida como um problema unitário, dado que seu fundamento, vale ressaltar, está exatamente na unidade do valor da pessoa.⁶³ E não

⁵⁷ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil teoria geral*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2000, v. I, p. 87.

⁵⁸ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português*. Parte Geral. t. III, Coimbra: Almedina, 2004. p. 80-81.

⁵⁹ Vale notar que o art. 70 do Código Civil português foi inspirado nos trabalhos da Comissão de Reforma do Código Civil francês (1950-1951), que adotou um anteprojeto sobre direitos da personalidade, prevendo em seu art. 19 o seguinte: “Todo o atentado ilícito à personalidade dá àquele que o sofra o direito de pedir que seja posto cobro a isso, sem prejuízo da responsabilidade que, daí, possa resultar para o seu autor” (CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português*. Parte Geral. t. III, Coimbra: Almedina, 2004. p. 60).

⁶⁰ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Direito de personalidade*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 64.

⁶¹ PINTO, Carlos Alberto da Mota, *Teoria Geral do Direito Civil*. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 209-210.

⁶² PINTO, Paulo Mota. Notas sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e os direitos de personalidade no direito português. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 68.

⁶³ PERLINGIERI, Pietro. *Il diritto civile nella legalità costituzionale*. 2. ed. Edizioni Scientifiche Italiane: Napoli, 2001. p. 324.

poderia ser diferente, já que decorre da própria natureza das coisas que o homem é uno e irreduzível.

Ao lado dessa unidade, há também a complexidade e a dinamicidade da personalidade, que inviabilizam a sua proteção unicamente por meio de direitos típicos, visto que por mais perspicaz que seja o legislador, sempre escaparão do seu poder de previsão diversas vicissitudes da personalidade humana.⁶⁴

A tutela por meio de direitos tipificados ainda esbarra no fato de que os direitos da personalidade são uma categoria em expansão. Realmente, na medida em que a sociedade fica mais complexa, que novas tecnologias são descobertas, novos problemas surgem, que demandam o reconhecimento de novos direitos. Assim sendo, essa dinâmica torna deficiente a tutela da personalidade apenas por direitos típicos.⁶⁵

Nessa mesma linha, ensina Perlingieri que o fundamento dos direitos da personalidade é único, representado pela unidade do valor da pessoa. Porém, as possíveis manifestações da personalidade são múltiplas e nem todas são preventivamente identificáveis.⁶⁶

Desse modo, o reconhecimento de um direito geral da personalidade é marcado por sua dinâmica evolutiva e contextualizadora, bem como pela multiplicidade de expressões, o que, em última instância, nada mais é que uma decorrência natural do próprio valor humano protegido pelo direito.⁶⁷

Ademais, além da fragmentação da personalidade proposta pelas concepções atomísticas, outro problema a ser destacado estaria no fato de que na raiz delas encontramos os ensinamentos tendentes a prestigiar um ordenamento jurídico voltado prevalentemente para a proteção das situações patrimoniais,⁶⁸ o que certamente está em descompasso com a proteção dada à pessoa atualmente pelo direito.

Destarte, com base nesses argumentos, os defensores do direito geral da personalidade rechaçam as teorias atomísticas, que dão origem a um catálogo de direitos da personalidade tipificados e admitem o fracionamento da pessoa humana em isolados interesses não intercomunicáveis entre si.

2.2. A coexistência do direito geral e dos direitos especiais da personalidade

Todavia, não obstante a certeza quanto à unidade da pessoa humana, a doutrina do direito geral da personalidade também não pode ser levada ao extremo. É que ao lado de um direito geral, a proteção dos seres humanos também pode se dar por meio de direitos

⁶⁴ GARCIA, Enéas Costa. *Direito geral da personalidade no sistema jurídico brasileiro*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007. p. 161.

⁶⁵ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Dos direitos da personalidade. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (coord.). *Teoria Geral do Direito Civil*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 251.

⁶⁶ PERLINGIERI, Pietro. *Istituzioni di diritto civile*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2003. p. 82.

⁶⁷ MELLO, Cláudio Ari. Contribuição para uma teoria híbrida dos direitos de personalidade. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 87.

⁶⁸ PERLINGIERI, Pietro. *Il diritto civile nella legalità costituzionale*. 2. ed. Edizioni Scientifiche Italiane: Napoli, 2001. p. 324.

expressamente tipificados no ordenamento jurídico, que proporcionariam uma tutela mais eficaz da personalidade.

Realmente, dentro dessa perspectiva é perfeitamente possível a individualização de “uma série de manifestações específicas do direito de personalidade, que conformam justamente os direitos ‘especiais’ de personalidade”,⁶⁹ os quais têm como conteúdo bens particulares da personalidade.

Aliás, deve-se ressaltar que esse tratamento específico não somente amplia, e em algumas situações condiciona, a proteção da personalidade, mas ainda pode externar uma determinada posição do legislador diante do conflito de interesses.⁷⁰

Outrossim, é necessário salientar que o sistema fulcrado exclusivamente numa cláusula geral levaria a uma tutela mais lenta e complexa, já que todo tipo de violação deveria ser reconhecido a partir da concretização do direito geral da personalidade.⁷¹

Daí que a previsão legal de alguns direitos da personalidade na Constituição e nas normas infraconstitucionais acaba tornando a sua proteção mais rápida e direta,⁷² visto que seu conteúdo, em relação ao direito geral da personalidade, é mais determinado e concreto.⁷³

Reconhecida a unidade da pessoa humana e sem prejuízo de sua tutela geral, não se deve descartar a possibilidade da sua coexistência com direitos típicos da personalidade, os quais, em realidade, acabam por tutelar o próprio direito geral da personalidade.⁷⁴ Por isso, não há que se falar em antinomia, mas sim em complementaridade, a qual somente traz vantagens para a proteção do ser humano, fim do ordenamento jurídico.

Esse também é o entendimento de Capelo de Sousa, que defende a ideia da coexistência das estruturas normativas complementares do direito geral da personalidade e dos direitos especiais da personalidade, rejeitando “tanto a concepção de que só haverá um direito geral de personalidade e já não direitos especiais de personalidade como a ideia da inexistência de um direito geral de personalidade e da emergência apenas de direitos especiais de personalidade”.⁷⁵

É justamente isso que ocorre na Alemanha, onde, ao lado do direito geral da personalidade, existem os direitos especiais da personalidade (*besondere Persönlichkeitsrechte*),

⁶⁹ MELLO, Cláudio Ari. Contribuição para uma teoria híbrida dos direitos de personalidade. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 87.

⁷⁰ GARCIA, Enéas Costa. *Direito geral da personalidade no sistema jurídico brasileiro*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007. p. 161.

⁷¹ GARCIA, op. cit., p. 162.

⁷² BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 25.

⁷³ LARENZ, Karl; WOLF, Manfred. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*. 8. ed. München: Beck, 1997. p. 285.

⁷⁴ BROX, Hans; WALKER, Wolf-Dietrich. *Allgemeiner Teil des BGB*. 31. ed. Köln: Carl Heymanns, 2007. p. 365.

⁷⁵ CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra, 1995. p. 562.

tais como o direito ao nome (§ 12 do BGB), o direito moral de autor (§§ 12 a 14 da Lei sobre direitos de autor - *Urhebergesetz* - UrhG)⁷⁶ e o direito à própria imagem (§§ 22 e seguintes da Lei sobre os direitos de autor de obras de arte visuais e fotografia - *Kunsturhebergesetz* - KunstUrhG).⁷⁷

Perlingieri também não vê incompatibilidade, no direito italiano, entre a tutela da pessoa como valor unitário e a consideração autônoma de algumas expressões da personalidade, dando como exemplos os direitos à saúde, ao estudo e ao trabalho.⁷⁸

Por conseguinte, vê-se que “a melhor técnica recomenda a associação de uma cláusula geral de proteção da personalidade com uma série de direitos específicos de personalidade”.⁷⁹

2.3. Problemas que emergem da relação entre o direito geral e os direitos especiais da personalidade

Ao se admitir a coexistência do direito geral da personalidade e dos direitos especiais da personalidade, surge um novo problema, isto é, o de estabelecer adequadamente como se dará a relação entre esses direitos.

O direito geral da personalidade fundamenta, informa e serve de princípio geral mesmo aos direitos especiais da personalidade, uma vez que é visto como um direito-mãe ou um direito-fonte. No entanto, sua aplicação se dá de forma subsidiária aos direitos especiais da personalidade, sendo englobante destes, que, por seu turno, não esgotam o bem geral da personalidade.⁸⁰ Assim, pode-se dizer que os direitos típicos seriam manifestações parciais da tutela globalmente conferida pelo direito geral da personalidade.⁸¹

Desta feita, havendo regulamentação específica, em princípio não há lugar para a incidência do direito geral da personalidade, já que os direitos especiais da personalidade têm caráter de *leges speciales*. Isso significa que na aplicação, deve-se começar por aferir se determinada lesão corresponde a um direito especial da personalidade.⁸² Por outro lado, em caso de lesão à personalidade não tipicamente regulada, incide em toda sua plenitude

⁷⁶ WEICK, Günter. *Natürliche Personen, Verbraucher, Unternehmer*. In: J. von Staudingers *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*. Berlin: Sellier, 2004. p. 179.

⁷⁷ ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direito à imagem*. Curitiba: Juruá, 2018, *passim*.

⁷⁸ PERLINGIERI, Pietro. *Il diritto civile nella legalità costituzionale*. 2. ed. Edizioni Scientifiche Italiane: Napoli, 2001. p. 325.

⁷⁹ MELLO, Cláudio Ari. Contribuição para uma teoria híbrida dos direitos de personalidade. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 87.

⁸⁰ CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra, 1995. p. 560.

⁸¹ GARCIA, Enéas Costa. *Direito geral da personalidade no sistema jurídico brasileiro*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007. p. 164.

⁸² VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Direito de personalidade*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 62.

o direito geral da personalidade, o que é, inclusive, uma das grandes vantagens de sua aplicação, isto é, a colmatação de eventuais brechas deixadas pelo direito positivado.⁸³

Mais complicada é, todavia, a hipótese de um real concurso do direito geral da personalidade com um ou vários direitos especiais, que ocorrerá “quando se trate de assunções ou violações pelo mesmo ato de zonas múltiplas da personalidade humana, umas tuteladas especialmente na lei e outras abrangidas pelo regime regra”. Nesse caso, obtempera Capelo de Sousa que, na falta de disposição legal expressa, aplicar-se-á cumulativamente o direito geral da personalidade e o direito ou os direitos especiais envolvidos.⁸⁴

Portanto, a utilização tão somente do direito geral da personalidade ou dos direitos especiais acaba por limitar a plena eficácia da própria Lei Fundamental, que demanda a mais ampla proteção da dignidade da pessoa humana, o que não é alcançado quando o sistema jurídico se alinha a apenas uma das concepções, ou seja, ao direito geral da personalidade em detrimento dos direitos especiais ou vice-versa.

3. OS DIREITOS DA PERSONALIDADE NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO DE 2002

No Brasil, os doutrinadores foram muito influenciados pelas teorias tipificadoras, muito defendidas por juristas italianos, como Adriano de Cupis, cuja obra foi a base para muitos escritos nacionais.

Aliás, isso se fez sentir no Código Civil de 2002, que de forma semelhante ao Código Civil italiano de 1942, previu um capítulo sobre os direitos da personalidade. Realmente, a codificação brasileira, na linha da italiana, cuidou dos direitos da personalidade, não seguindo outras tradições jurídicas, que preferem desenvolver a matéria no capítulo dedicado à responsabilidade civil por ato ilícito, apenas indicando a peculiar dignidade dos bens protegidos.⁸⁵

Todavia, apesar da promulgação do Código Civil brasileiro em pleno século XXI, é certo que a legislação nacional, pelo menos no que toca aos direitos da personalidade, poderia ter avançado mais, prevendo, expressamente, ao lado dos direitos especiais da personalidade, a tutela geral da personalidade.

De fato, na Exposição de Motivos do Anteprojeto do Código Civil já se pode perceber que o legislador buscava, com o novo capítulo (“Dos Direitos da Personalidade”), apenas enunciar poucas normas sobre direitos da personalidade, dotadas de rigor e clareza, o que certamente não coincide com a adoção de uma cláusula geral de tutela da personalidade.

Com isso, prevalece entre os estudiosos o entendimento no sentido de que o Código Civil de 2002 não consagrou expressamente uma cláusula de proteção ou tutela geral da

⁸³ GARCIA, Enéas Costa. *Direito geral da personalidade no sistema jurídico brasileiro*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007. p. 164.

⁸⁴ CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra, 1995. p. 575.

⁸⁵ RESCIGNO, Pietro. *Manuale del diritto privato italiano*. 5. ed. Napoli: Jovene, 1982. p. 217.

personalidade. A codificação teria preferido a concepção externada pela doutrina tradicional dos direitos típicos, que toma a pessoa de forma fragmentada.⁸⁶

E isso fica evidente no início do capítulo dos direitos da personalidade, dado que ao invés de prever expressamente a tutela geral da personalidade já no art. 11, que abre o capítulo, preferiu o codificador brasileiro tão somente a enunciação de algumas das características do regime jurídico dos direitos da personalidade.⁸⁷

4. O DIREITO GERAL DA PERSONALIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A despeito de não ter ocorrido o reconhecimento expresso do direito geral da personalidade pela legislação brasileira, nada impede sua admissão pela via da interpretação conjunta das normas do Código Civil e da Constituição, como fizeram os alemães. De fato, na Alemanha, malgrado a ausência de previsão expressa no BGB, não existem dúvidas em relação ao acolhimento, pelo ordenamento jurídico, do direito geral da personalidade.

Assim, a falta de previsão expressa de uma cláusula geral de tutela da personalidade, à diferença do que ocorreu em outros países como Portugal (art. 70 do Código Civil), Suíça (art. 28 do ZGB) e Cabo Verde (art. 68 do Código Civil),⁸⁸ não deve ser sobrevalorizada,⁸⁹ haja vista a possibilidade de seu reconhecimento implícito, como decorrência da própria Constituição Federal.

Nesse quadro, a vanguarda da doutrina brasileira considera que o direito geral da personalidade está implícito no ordenamento jurídico pátrio, sustentando-se no princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), na permissão constitucional do reconhecimento de outros direitos e garantias fundamentais (art. 5º, § 2º, da CF), bem como no art. 12 do Código Civil de 2002, que funcionaria como cláusula de abertura formal do sistema.

Esse é o entendimento defendido por Maria Celina Bodin de Moraes, a qual assevera que não há mais “que se discutir sobre uma enumeração taxativa ou exemplificativa dos direitos da personalidade, porque se está em presença, a partir do princípio constitucional da dignidade, de uma cláusula geral de tutela da pessoa humana”.⁹⁰ No mesmo sentido,

⁸⁶ GARCIA, Enéas Costa. *Direito geral da personalidade no sistema jurídico brasileiro*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007. p. 197.

⁸⁷ PINTO, Paulo Mota. Direitos de personalidade no Código Civil português e no novo Código Civil brasileiro. *Revista Jurídica*, v. 51, n. 314, p. 14, dez. 2003.

⁸⁸ O Código Civil de Cabo Verde reconhece, em seu art. 68, que abre a seção dos direitos da personalidade, a tutela geral da personalidade: “1. A lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral. 2. Independentemente da responsabilidade civil a que haja lugar, a pessoa ameaçada ou ofendida pode requerer as providências adequadas às circunstâncias do caso, com o fim de evitar a consumação da ameaça ou atenuar os efeitos da ofensa já cometida”.

⁸⁹ PINTO, Paulo Mota. Direitos de personalidade no Código Civil português e no novo Código Civil brasileiro, *Revista Jurídica*, v. 51, n. 314, p. 15, dez. 2003.

⁹⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da Dignidade Humana. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 51.

manifestam-se Rosa Nery e Nelson Nery, considerando que a tutela geral da personalidade atua no sistema jurídico brasileiro como uma cláusula geral.⁹¹

Ademais, vale acrescentar que o Enunciado 274, aprovado na IV Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, sinaliza exatamente nesse sentido, dispondo que: “Os direitos da personalidade, regulados de maneira não exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana). Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação”.

Outrossim, ao lado desse direito geral da personalidade, não se pode negar a existência, no ordenamento jurídico brasileiro, de direitos especiais da personalidade, que estão expressos na Constituição Federal e em normas infraconstitucionais. Os direitos especiais da personalidade, em última análise, nada mais são do que manifestações parciais do direito geral da personalidade. Desse modo, deve-se concluir que as listas de direitos especiais são exemplificativas, refletindo um dado momento histórico (art. 5º, § 2º, da CF).

Por conseguinte, nas palavras de Francisco Amaral, tem-se “um direito geral da personalidade, que considera um bem objeto da tutela jurídica geral, e defende a inviolabilidade da pessoa humana, nos seus aspectos físico, moral e intelectual”, bem como existem direitos especiais, correspondentes a esses aspectos parciais da personalidade.⁹²

5. OS EMBATES ENTRE OS DEFENSORES DAS CORRENTES PLURALISTA E MONISTA

A despeito da argumentação acima mencionada, a maioria da doutrina brasileira trata os direitos da personalidade como uma lista de direitos autônomos entre si (corrente pluralista). E dentro da concepção pluralista ainda existem dois pontos de vista diversos: a) uma corrente concebe uma série aberta de direitos da personalidade; b) enquanto outra defende a taxatividade dos direitos da personalidade.⁹³ Isso significa que a tipicidade dos direitos da personalidade, conforme a concepção adotada, pode ser de natureza aberta ou fechada.⁹⁴

Paulo José da Costa Júnior está entre os defensores da corrente pluralista, argumentando que cada um dos vários bens personalíssimos tutelados é “dotado de determinadas peculiaridades, o que impede sua unificação”. E arremata afirmando que não “seria possível que o *jus positum* fosse dotado de uma defesa única, de caráter genérico, contra todos os possíveis ataques que viessem a sofrer os vários componentes da personalidade”.⁹⁵

⁹¹ NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. *Instituições de direito civil: parte geral do Código Civil e direitos da personalidade*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. I, 2019. p. 499.

⁹² AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 253.

⁹³ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 28.

⁹⁴ LÔBO, Paulo. *Direito civil: parte geral*. v. 1, 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 145.

⁹⁵ COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 60-61.

Outro paladino da corrente pluralista é Silvio Romero Beltrão, que adota um regime *numerus apertus* de direitos da personalidade, criticando o direito geral da personalidade pelo fato dele impor “a generalização das situações protegidas, com o indivíduo tendo que se defender não do caso típico, mas sim do direito geral, o que pode provocar insegurança jurídica, pela falta de percepção social das situações que merecem respeito”.⁹⁶

Todavia, a insegurança jurídica não pode ser considerada como um argumento plausível para a não admissão do direito geral da personalidade, pois se fosse assim, não poderíamos aceitar a cláusula geral de boa-fé objetiva (art. 422 do Código Civil), que traz a mesma “insegurança” do direito geral da personalidade. Além disso, o referido autor esclarece que os novos direitos da personalidade a serem reconhecidos derivarão de uma cláusula geral, o que, em última instância, em nada difere da proteção por meio do direito geral da personalidade.⁹⁷

Desse modo, a diferença não está na cláusula geral ou na referida “insegurança jurídica”, mas sim no fato de que os adeptos do pluralismo não consideram a unidade da natureza humana, que “faz da pessoa um indivíduo, irrepetível e sem igual”.⁹⁸

A despeito da óbvia unidade da pessoa humana defendida pela teoria monista, não é grande o número de manuais brasileiros que dá notícia da existência de um direito geral da personalidade, sendo menor ainda aqueles que o acolhem. Isso é bastante preocupante, pois demonstra que a nossa doutrina está muito distante do desenvolvimento alcançado por alguns países europeus em relação à tutela da personalidade.

Mais complicada ainda é a situação no âmbito dos tribunais superiores, no quais não parece que se pode falar no reconhecimento do direito geral da personalidade, ao contrário, é notável a distância que os separa da teoria desenvolvida pelos tribunais alemães. No entanto, quando se passa ao exame da jurisprudência de algumas cortes estaduais, como o TJRS, nota-se que o resultado obtido é mais profícuo.⁹⁹

Portanto, não há dúvidas acerca da compatibilidade da teoria do direito geral da personalidade com nosso sistema jurídico, bem como da necessidade de sua implementação

⁹⁶ BELTRÃO, Silvio Romero. *Direitos da personalidade*: de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Atlas, 2005. p. 56.

⁹⁷ Para Roxana Cardoso Brasileiro Borges, os “efeitos práticos de adotar o direito geral de personalidade ou uma lista exemplificativa de direitos de personalidade são os mesmos, pois ambos têm como fundamento a dignidade da pessoa humana e nenhuma das duas correntes restringe a proteção jurídica aos direitos expressos no direito positivo, o que é imprescindível para a adequada proteção de tais direitos numa sociedade em veloz mutação”. (BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 29). De qualquer forma, ainda que os efeitos práticos sejam os mesmos, a fragmentação da personalidade não deixa de ser algo artificial, contrário à natureza una do ser humano.

⁹⁸ NERY, Rosa Maria de Andrade. *Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 285.

⁹⁹ LUDWIG, Marcos de Campos. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade na Alemanha e possibilidade de sua aplicação no direito privado brasileiro. In: MARTINS-COSTA, Judith. *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 296-300.

para a efetiva proteção da dignidade da pessoa humana. Também estamos certos acerca da possibilidade da tutela da personalidade, de forma concomitante, por um direito geral e por direitos especiais. O que falta, na verdade, é a vontade de superar a visão tradicional, que construiu a teoria dos direitos da personalidade sobre uma base dogmática patrimonialista, pois só assim estaremos dando a adequada proteção à dignidade da pessoa humana e, por conseguinte, garantindo a eficácia da Constituição.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pode-se afirmar que uma das maiores novidades surgidas no direito privado do século XX foi a efetiva sistematização do direito geral da personalidade.

Restrito inicialmente aos países de língua alemã, atualmente o direito geral da personalidade não é uma figura exclusivamente germânica. A concepção vem ganhando espaço em muitos ordenamentos jurídicos de tradição romano-germânica, inclusive no Brasil.

O direito geral da personalidade cuida de um complexo de interesses pessoais, que gozam de proteção bastante diversa. Ao lado do direito geral da personalidade são previstos direitos especiais da personalidade, que contam com texto legal que facilita a sua tutela, não havendo então necessidade de recorrer ao complexo sistema do direito geral da personalidade.

Aponta-se a ausência de contornos claros como desvantagem do direito geral da personalidade. É que os campos de aplicação se sobrepõem, isto é: a proteção jurídica esbarra nos interesses legítimos de terceiros, o que é bastante difícil de resolver.

É certo que a utilização tão somente do direito geral da personalidade ou dos direitos especiais acaba por limitar a plena eficácia da própria Lei Fundamental, que demanda a mais ampla proteção da dignidade da pessoa humana, o que não é alcançado quando nos alinhamos a apenas uma das concepções, ou seja, ao direito geral da personalidade em detrimento dos direitos especiais ou vice-versa.

Os desenvolvimentos técnicos, científicos e médicos criam continuamente, em uma velocidade sem precedentes, novas ameaças à personalidade humana, o que não é resolvido adequadamente pelo legislador, não restando outro caminho senão a via do direito geral da personalidade. Caso não haja proteção pelos direitos especiais da personalidade, é possível a adequação da tutela às necessidades da atualidade pela via do direito geral da personalidade.

Por conseguinte, a tutela dos direitos da personalidade deve ser realizada por meio desse sistema, que conjuga o direito geral da personalidade com os direitos especiais da personalidade, tudo tendo em vista a adequação da proteção da personalidade às exigências da sociedade moderna, chamada por muitos de sociedade da informação. Assim sendo, a pessoa humana deve ser compreendida como um valor unitário, protegido pelo direito geral da personalidade, que está implícito no ordenamento jurídico pátrio e se sustenta: no princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF); na permissão

constitucional do reconhecimento de outros direitos e garantias fundamentais (art. 5º, § 2º, da CF); bem como no art. 12 do Código Civil de 2002, que funcionaria como cláusula de abertura formal do sistema. Em todo caso, é necessário máximo cuidado, para que se evite qualquer distorção ou mesmo uma banalização da tutela dos direitos da personalidade.

REFERÊNCIAS

- AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil teoria geral*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2000, v. I.
- BARTNIK, Marcel. *Der Bildnisschutz im deutschen und französischen Zivilrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2004.
- BELTRÃO, Silvio Romero. *Direitos da personalidade: de acordo com o novo Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2005.
- BIASIO, Giorgio De; FOGLIA, Aldo. *Introduzione ai codici di diritto privato svizzero*. 2. ed. Torino: G. Giappichelli, 2007.
- BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Dos direitos da personalidade. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (coord.). *Teoria Geral do Direito Civil*. São Paulo: Atlas, 2008.
- BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BROX, Hans; WALKER, Wolf-Dietrich. *Allgemeiner Teil des BGB*. 31. ed. Köln: Carl Heymanns, 2007.
- CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra, 1995.
- CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português*. Parte Geral. t. III, Coimbra: Almedina, 2004.
- COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- CUPIS, Adriano de. *I diritti della personalità*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1982.
- DONEDA, Danilo. Os direitos da personalidade no novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (org.). *A parte geral do novo Código Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- GARCIA, Enéas Costa. *Direito geral da personalidade no sistema jurídico brasileiro*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007.
- KAYSER, Pierre. Les droits de la personnalité - aspects théoriques et pratiques. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, Paris, t. 69, n. 3, p. 445-509, 1971.
- LARENZ, Karl; WOLF, Manfred. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*. 8. ed. München: Beck, 1997.
- LÔBO, Paulo. *Direito civil: parte geral*. v. 1, 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- LOCHER, René. *Persönlichkeitsschutz und Adoptionsgeheimnis*. Zürich: Schulthess, 1993.

LUDWIG, Marcos de Campos. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade na Alemanha e possibilidade de sua aplicação no direito privado brasileiro. In: MARTINS-COSTA, Judith. *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MATTIA, Fábio Maria de. Direitos da personalidade II (verbete). *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1979, v. 28, p. 147-165.

MEDICUS, Dieter. *Grundwissen zum Bürgerlichen Recht*. 7. ed. München: Carl Heymanns, 2006.

MELLO, Cláudio Ari. Contribuição para uma teoria híbrida dos direitos de personalidade. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato. Principais problemas dos direitos da personalidade e estado da arte da matéria no direito comparado. In: MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato (org.). *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2012.

MORAES, Walter. Concepção tomista de pessoa. Um contributo para a teoria do direito da personalidade. *Revista de Direito Privado*, n. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. *Instituições de direito civil: parte geral do Código Civil e direitos da personalidade*. v. I, 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

NERY, Rosa Maria de Andrade. *Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PERLINGIERI, Pietro. *Istituzioni di diritto civile*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2003.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Tradução Maria Cristina De Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PERLINGIERI, Pietro. *Il diritto civile nella legalità costituzionale*. 2. ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2001.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria Geral do Direito Civil*. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2005.

PINTO, Paulo Mota. Direitos de personalidade no Código Civil português e no novo Código Civil brasileiro. *Revista Jurídica*, v. 51, n. 314, p. 7-34, dez. 2003.

PINTO, Paulo Mota. Notas sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e os direitos de personalidade no direito português. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

RESCIGNO, Pietro. *Manuale del diritto privato italiano*. 5. ed. Napoli: Jovene, 1982.

RIXECKER, Ronald. Allgemeines Persönlichkeitsrecht. In: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. 5. ed. München: C.H. Beck, 2006.

ROBBERS, Gerhard. *Einführung in das deutsche Recht*. 6. ed. Baden-Baden: Nomos, 2017.

SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Direito de personalidade*. Coimbra: Almedina, 2006.

WEICK, Günter. Natürliche Personen, Verbraucher, Unternehmer. In: *J. Von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*. Berlin: Sellier, 2004.

WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direito à imagem*. Curitiba: Juruá, 2018.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direito de autor*. São Paulo: Saraiva, 2015.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Saraiva, 2011.

ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. *Einführung in die Rechtsvergleichung: auf dem Gebiete des Privatrechts*. 3. ed. Tübingen: Mohr Siebeck, 1996.

GOVERNO ELETRÔNICO E GESTÃO DO JUDICIÁRIO: A TRANSFORMAÇÃO DIGITAL DA JUSTIÇA SOB AS ÓTICAS DA CELERIDADE, DA EFICÁCIA, DO ORÇAMENTO E DA EXPERIÊNCIA DO USUÁRIO* 1

ELECTRONIC GOVERNMENT AND JUDICIAL MANAGEMENT: THE DIGITAL TRANSFORMATION OF JUSTICE FROM THE VIEWS OF CELERITY, EFFECTIVENESS, BUDGET AND USER EXPERIENCE

MAXIMILIANO PEREIRA DE CARVALHO
Juiz do Trabalho. Mestre em Administração Pública pelo
IDP. Pós-Graduado em Defesa pela Escola Superior
de Guerra. Pós-Graduado em Direito Tributário pelo
UCB/FGV. Endereço eletrônico: carvalhomax@gmail.com.

SUMÁRIO: 1. Contextualização e justificativa - 2. Transformação digital dos serviços públicos - 3. Transformação digital do Judiciário - 4. Transversalidade entre Governo Eletrônico e a Transformação Digital do Judiciário - 5. Celeridade: dados e discussão dos resultados - 6. Eficácia das decisões: dados e discussão dos resultados - 7. Custo de tramitação: dados e discussão dos resultados - 8. Experiência do usuário: dados e discussão dos resultados - Considerações finais e conclusões - Referências.

RESUMO: A transformação digital do Judiciário, no contexto do Governo eletrônico, com a análise de alguns fatores que permitem comparar a transição dos modelos de gestão (físico x eletrônico) é o foco deste artigo. Passados mais de seis anos de vigência da Resolução do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) nº 185, de 18 de dezembro de 2013, assume-se que há dados qualitativos e quantitativos suficientes para realizar o adequado estudo de caso ora proposto. Busca-se evidenciar a existência (ou inexistência) de

* Data de recebimento do artigo: 27.02.2020.
Datas de pareceres de aprovação: 21.03.2020 e 31.03.2020.
Data de aprovação pelo Conselho Editorial: 08.04.2020.

¹ Artigo adaptado de dissertação de mestrado apresentada à Escola de Administração Pública do Instituto Brasiliense de Direito Público, como requisito para obtenção do título de Mestre em Administração Pública. Orientador: Prof. Dr. Felipe Lopes da Cruz (2019).

transversalidade da política pública de migração do serviço público “entrega da prestação jurisdicional” para o ambiente digital com a estratégia digital do Governo eletrônico, e se há resultados positivos quanto aos indicadores: celeridade, eficácia, orçamento e experiência do usuário. Para tanto, os levantamentos levados a efeito na persecução da resposta ao problema proposto se classificam como pesquisa de método misto, já que o fenômeno da migração do Judiciário do meio físico para o eletrônico é analisado sob o ângulo de múltiplos fatores, em profundidade. Concluiu-se que a análise realizada orienta no sentido de que a transformação digital do serviço público “entrega da prestação jurisdicional”, nos últimos cinco anos, alcançou resultados positivos de celeridade e de experiência do usuário, não refletindo da mesma forma quanto aos fatores de eficácia e orçamentário. Por fim, no contexto do Governo eletrônico, não foi possível associar positivamente a criação de redes multitarefas e integração entre órgãos da Administração (Judiciário - eGov) aos resultados observados.

PALAVRAS-CHAVE: Governo eletrônico; gestão do Judiciário; transformação digital; e-Justiça.

ABSTRACT: The digital transformation of the Judiciary, in the context of electronic government, added to the analysis of some factors that allow to compare the transition of management models (corporeal versus virtual) is the focus of this article. After more than six years of the National Justice Council (CNJ) Resolution n. 185, of December 18th, 2013, it is assumed that there are sufficient qualitative and quantitative data to carry out the appropriate case study proposed herein. It seeks to highlight the existence (or non-existence) of transversality regarding the public policy of migrating the public service “jurisdiction” for the digital environment with the e-Government digital strategy, and if there are positive results regarding the indicators: speed, effectiveness, budget and user experience. Thus, the surveys carried out in the pursuit of the answer to the proposed problem are classified as “mixed research method”, once the phenomenon of migration from the corporeal to the virtual judiciary is analyzed under the multiple factors angle, in depth. The conclusion was that the analysis carried out indicates that the digital transformation of the public service “jurisdiction”, in the last five years, achieved positive results regarding speed and user experience, not reflecting in the same way when the factors of effectiveness and budget were analyzed. Finally, in the context of e-Government, it was not possible to positively associate the creation of multi-tasking networks and integration between administrative bodies (Judiciary - eGov) to the observed results.

KEYWORDS: E-government; judicial management; digital transformation; e-Justice.

1. CONTEXTUALIZAÇÃO E JUSTIFICATIVA

Segundo o compêndio *Justiça em números*, divulgado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ, 2018),² “o Poder Judiciário finalizou o ano de 2017 com 80,1 milhões de

² Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>. Acesso em: 07 jul. 2019.

processos em tramitação”. Isso representa um fenômeno de excessiva judicialização de demandas, o qual foi constatado a partir da década de 1990 do século XX e é observado por Makowiecky Salles (2016), nos seguintes termos:

[...] O discurso nobre do acesso à justiça, concebido em épocas passadas, sem submeter-se a uma revisão passa a ser usado indevidamente, servindo de retórica para certos desvios. São exemplos a transferência de responsabilidades ao Poder Judiciário, o ativismo judicial, a exploração da letargia do sistema, o esvaziamento de outras esferas decisórias, o enfraquecimento da cidadania em sua capacidade de solucionar extrajudicialmente conflitos e a deferência às expectativas do mercado jurídico.

Para o cidadão, tão importante quanto ter acesso à jurisdição é obter a efetiva resposta daquilo que busca do Poder Judiciário. Ou seja, não basta a facilidade de ajuizamento de uma demanda, sendo premissa necessária que lhe seja entregue, a bom tempo e modo, o resultado útil do que persegue.

Nesse sentido, a Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), em seu art. 5º, LXXVIII, estatuiu que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. Mais, a partir de estudo realizado pela Associação dos Juizes Federais do Brasil (AJUFE) em que se constatou a morosidade como problema mais agudo do Judiciário,³ o Projeto de Lei (PL) nº 5.828, de 04 de dezembro de 2001, da Câmara dos Deputados, converteu-se na Lei nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006, dispondo “sobre a informatização do processo judicial” e dando outras providências.

Com isso, algumas experiências de virtualização do Judiciário, anteriores à Lei nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006, ganharam corpo, e outras se iniciaram, culminando na edição, pelo CNJ, da Resolução nº 185, de 18 de dezembro de 2013,⁴ que instituiu “o Sistema Processo Judicial Eletrônico - PJe como sistema de processamento de informações e prática de atos processuais”, estabelecendo os parâmetros para sua implementação e funcionamento.

Dentre estes, determina a mencionada Resolução, em seus artigos 34 e 44 que:

Art. 34. As Presidências dos Tribunais devem constituir Comitê Gestor e adotar as providências necessárias à implantação do PJe, conforme plano e cronograma a serem previamente aprovados pela Presidência do CNJ, ouvido o Comitê Gestor Nacional.

[...]

§ 3º O cronograma deve relacionar os órgãos julgadores de 1º e 2º Grau em que o PJe será gradualmente implantado, a contar do ano de 2014, *de modo a atingir 100% (cem por cento) nos anos de*

³ Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=41619>. Acesso em: 23 dez. 2018.

⁴ Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2492>. Acesso em: 23 dez. 2018.

2016, 2017 ou 2018, a depender do porte do Tribunal no relatório Justiça em Números (pequeno, médio ou grande porte, respectivamente).

[...]

Art. 44. A partir da vigência desta Resolução é vedada a criação, desenvolvimento, contratação ou implantação de sistema ou módulo de processo judicial eletrônico diverso do PJe, ressalvadas a hipótese do art. 45 e as manutenções corretivas e evolutivas necessárias ao funcionamento dos sistemas já implantados ou ao cumprimento de determinações do CNJ. [...] (CNJ, 2013). (Grifos nossos).

Assim, pode-se afirmar que desde o início do século XXI há esforço estatal para que todo o Poder Judiciário brasileiro migre completamente a prestação de serviços jurisdicionais do meio físico para o digital.

Tal decisão se alinha à estratégia do Governo Federal que, desde 1995, “vem desenvolvendo esforços e estabelecendo metas para a implantação de políticas públicas voltadas à expansão da presença da Administração Pública na rede mundial de computadores e a otimização do uso de recursos de tecnologia da informação” (CARDOSO; SANTOS, 2011). A este fenômeno dá-se o nome de “transformação digital” (CASTRO, 2017).

A transformação digital do Judiciário, no contexto do Governo eletrônico, atrelada a análise de alguns fatores que permitem comparar a transição dos modelos de gestão (físico x eletrônico) é o foco deste artigo, tendo em vista tanto esta mudança de paradigma, como também o aspecto temporal. Passados mais de seis anos de vigência da Resolução CNJ nº 185, de 18 de dezembro de 2013, bem como atingido o marco delimitado em seu art. 34, § 3º, assume-se que há dados qualitativos e quantitativos suficientes para realizar o adequado estudo de caso ora proposto.

Ademais, importante investigar a transformação digital do Judiciário no contexto do Governo eletrônico, de modo a tentar evidenciar a existência (ou inexistência) de transversalidade da política pública de migração dos serviços públicos do meio físico para o virtual.

Nesse sentido, o estudo de caso é o método de exame empírico sugerido por Yin (2001) para desvendar tal conjuntura, já que “investiga um fenômeno contemporâneo em profundidade e em seu contexto de vida real, especialmente quando os limites entre o fenômeno e o contexto não são claramente evidentes”.

Dessa forma, busca-se encontrar resposta para a indagação: A transformação digital do serviço público “entrega da prestação jurisdicional”, no contexto do Governo eletrônico, alcançou, nos últimos cinco anos, resultados positivos de celeridade, eficácia, orçamento e de experiência do usuário?

Suspeita-se que, no contexto do Governo eletrônico, a transformação digital do Judiciário carece de transversalidade com a política pública delineada pelo Poder Executivo, impactando negativamente o resultado da análise realizada.

2. TRANSFORMAÇÃO DIGITAL DOS SERVIÇOS PÚBLICOS

O Estado moderno (pós-revolução francesa) estruturou-se também se valendo do conceito de serviços públicos (DI PIETRO, 2016). Paralelamente, ocorreram a Revolução Industrial (séculos XVII a XIX) e todos os avanços tecnológicos do século XX até a revolução digital, culminando no que se convencionou chamar de 4ª Revolução Industrial. Esta, por sua vez, remonta aos “novos sistemas construídos sobre a infraestrutura da revolução digital” (SCHWAB, 2016), caminhando agora para a inovação quântica (ou *singularity*).⁵

Tal evolução impacta também a esfera estatal. Isso porque a Administração Pública é guiada por rígidos princípios. Dentre eles, destacam-se os da impessoalidade, moralidade e eficiência (CRFB, art. 37, *caput*⁶), os quais são passíveis de ganhos escalonados por meio do uso da tecnologia.

Quanto ao ponto, Cardoso e Santos (2011) esclarecem que:

Há motivos fortes para afirmar que tanto os Governos quanto as empresas não podem ficar alheios à importância desse fenômeno. Tem-se percebido que, no âmbito do ciberespaço, existe a possibilidade de surgimento de novas formas e expressões de governança: a mudança paradigmática já mencionada também diz respeito ao conjunto de relações de poder existentes entre indivíduos, governos e instituições sociais. Em todo o mundo, a tendência é que cada vez mais as Administrações Públicas façam uso dos recursos tecnológicos e adotem políticas para facilitar a implantação de uma “sociedade da informação”, não apenas por se tratar de uma ferramenta capaz de ampliar o grau de eficiência do Estado, mas por que se trata de, efetivamente, criar condições para o exercício da cidadania.

Nessa toada, Coelho (2001) define “governo eletrônico” como “toda prestação de serviços e informações, de forma eletrônica, para outros níveis de governo, para empresas e para os cidadãos, 24 horas por dia, sete dias por semana”.

Importante salientar, outrossim, que não se trata apenas de digitalizar os serviços públicos, ou seja, migrá-los em seu modo e essência do meio físico para o eletrônico; tampouco de “digitização”, aproveitando-se do uso do ciberespaço para alterar a maneira como atua a Administração Pública. Ao fim e ao cabo, a revolução digital e a mudança de paradigma imposta levam à própria “transformação digital” dos serviços públicos, quer dizer,

⁵ Termo cunhado por Ray Kurzweil (tomado por empréstimo da física quântica e utilizado na obra *A singularidade se aproxima: quando os humanos transcenderão a biologia*), remonta ao momento em que o crescimento acelerado da tecnologia será tão exponencial que a humanidade não conseguirá acompanhar tal desenvolvimento, ao ponto em que o conhecimento de máquina será maior que o de toda a humanidade somada.

⁶ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...].

tanto se digitaliza como se “digitiza”, impactando todos os fluxos, processos e operações estatais, podendo emergir um modelo de Governo totalmente digital (CASTRO, 2017).

Diante dessa premissa, o “Governo do Brasil pôs à disposição dos órgãos da administração pública federal diversas ferramentas e soluções para que promovam a transformação dos serviços públicos, orientados pela perspectiva dos cidadãos e empresas, buscando a simplificação e a oferta de serviços por meio de canais digitais”.⁷ Não se trata, portanto de apenas disponibilizar o serviço público na internet, mas também de criar redes multitarefa e integrar órgãos da Administração, otimizando resultados, com redução de custos e aumento de eficiência, notadamente na qualidade do atendimento.

Outrossim, a tecnologia aplicada a serviços públicos impacta os próprios controle e processos utilizados pelo Governo, facilitando o cumprimento de metas e uso de indicadores de desempenho, bem como dá mais transparência ao uso do dinheiro público. A disponibilização de portais de serviços pelo governo otimiza a quantidade e a qualidade do serviço oferecido, inclusive melhorando a experiência do usuário.

A partir de documentos assinados entre o Governo Federal e a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), foram analisadas as “políticas, programas e projetos de governo digital do Brasil”, expedindo-se, em novembro de 2018, a “Revisão do Governo digital do Brasil”, a qual fornece “recomendações para avançar nesse tema, com base nas melhores práticas e experiências” da OCDE.⁸ Não à toa, também em 2018 foi publicada a 10ª edição da Pesquisa sobre Governo Eletrônico das Nações Unidas, com o objetivo de “medir a eficácia do governo eletrônico na prestação de serviços públicos e identificar padrões de desenvolvimento e desempenho”,⁹ tendo o Brasil subido sete posições, passando da 51ª para a 44ª.

Para tanto, o Ministério do Planejamento, por meio da Estratégia de Governança Digital (EGD), fomenta ao menos cinco projetos voltados à prestação de serviços públicos com uso de novas tecnologias¹⁰ e estabelecendo indicadores, iniciativas e metas representadas nos Quadros seguintes:¹¹

Quadro 1 - Indicadores Estratégicos da EGD 2016-2019

⁷ Disponível em: <https://www.governodigital.gov.br/transformacao/>. Acesso em: 20 jan. 2019.

⁸ Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/noticias/ocde-destaca-iniciativas-brasileiras-em-relatorio-sobre-governo-digital>. Acesso em: 13 jan. 2019.

⁹ Disponível em: <http://inova.gov.br/brasil-sobe-7-posicoes-em-indice-de-governo-eletronico-da-onu/>. Acesso em: 22 jan. 2019.

¹⁰ Inovia Brasília (infraestrutura de rede ótica metropolitana de comunicações), e-PING (Padrões de Interoperabilidade de Governo Eletrônico), e-MAG (Modelo de Acessibilidade em Governo Eletrônico), Guia Livre (referência de Migração para *Software* Livre), e ONID (Observatório Nacional de Inclusão Digital).

¹¹ Disponível em: <https://www.governodigital.gov.br/EGD/documentos/resumo-executivo-2013-estrategia-de-governanca-digital-2016-2019.pdf>. Acesso em: 21 jan. 2019.

INDICADORES ESTRATÉGICOS

EIXO	INDICADOR	META
Acesso à Informação	<i>Barômetro de Dados Abertos</i> <i>Responsável: Fundação World Wide Web</i>	62 pontos
Prestação de Serviços	Índice de Desenvolvimento de Governo Eletrônico (EGDI/OSI) – serviços on-line <i>Responsável: Organização das Nações Unidas</i>	0,80 pontos
Participação Social	Índice de Participação Eletrônica (EPI) <i>Responsável: Organização das Nações Unidas</i>	0,77 pontos

- 1 Estratégia Brasileira para a Transformação Digital (E-Digital)
- 2 Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE)

Fonte: Brasil (2019)

Quadro 2 - Iniciativas Estratégicas e Metas da EGD 2016-2019

INICIATIVAS ESTRATEGICAS E METAS

As iniciativas, listadas a seguir, serão avaliadas anualmente e buscam dar consistência aos objetivos da estratégia de forma clara para todo Governo Federal.

EIXO	OBJETIVO	INICIATIVA	META
ACESSO À INFORMAÇÃO	Fomentar a disponibilização e o uso de dados abertos	Publicar bases de dados no Portal Brasileiro de Dados Abertos	2018: 2.000 2019: 2.200
	Promover a transparência por meio do uso de TIC	Aumentar o número de visitantes do portal da transparência	2018: 20 milhões 2019: 21 milhões
		Garantir o direito de acesso a informação	2018: 99,25% 2019: 99,50%
PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS	Ampliar a oferta e aprimorar os serviços públicos por meio da transformação digital	Catalogar serviços públicos no portal de serviços	2018: 1.790 2019: 2.000
		Ampliar os serviços digitais	2018: 780 2019: 850
		Massificar a emissão do Documento Nacional de Identificação – DNI para o cidadão	2018: 50.000 2019: 500.000
		Melhorar a informação sobre serviços públicos cadastrados no Portal de Serviços	2018: 75% 2019: 80%
		Ampliar o uso de serviços públicos digitais pela sociedade	2018: 64% 2019: - ⁽³⁾
		Implantar avaliação em serviços públicos digitais	2018: 50 2019: 100
	Compartilhar e Integrar dados, processos, sistemas, serviços e infraestrutura	Ampliar o número de serviços públicos utilizando solução unificada de autenticação do cidadão	2018: 50 2019: 100
		Simplificar a integração entre serviços digitais por meio da plataforma de interoperabilidade de sistemas e dados do governo federal	2018: 15 2019: 30
		Consolidar o cadastro básico do cidadão	2018: 12 2019: 20
		Disponibilizar bases de dados de governo para subsidiar a avaliação de políticas públicas e a melhoria de serviços públicos pelos diferentes órgãos da APF	2018: 20 2019: 40
PARTICIPAÇÃO SOCIAL	Ampliar a participação social na melhoria das políticas e dos serviços públicos	Ampliar o número de consultas públicas realizadas em plataformas digitais	2018: - ⁽⁴⁾ 2019: 22%
		Aumentar o envolvimento da sociedade por meio da criação de um novo portal de participação social	2018: 1 2019: -

³ A coleta do indicador é realizada a cada dois anos, sendo 2018 o único ano de coleta para o período de vigência da EGD.

⁴ A coleta do indicador é realizada a cada dois anos, sendo 2019 o único ano de coleta para o período de vigência da EGD.

Fonte: Brasil (2019)

A “Revisão do Governo Digital” levada a efeito em conjunto com a OCDE estabeleceu as “seis dimensões do Governo digital”, conforme Quadro 3:

Quadro 3 - Seis dimensões do Governo Digital

AS SEIS DIMENSÕES DO GOVERNO DIGITAL					
<p>De uma administração centrada no usuário para uma administração conduzida pelo usuário:</p> <p><i>Um governo que adota abordagens e toma medidas para que os cidadãos e as empresas possam definir e comunicar as suas próprias necessidades para conduzir a elaboração de políticas e serviços públicos.</i></p>	<p>De reativo a proativo na elaboração de políticas públicas e prestação de serviços:</p> <p><i>Um governo que formula políticas públicas e serviços em antecipação aos processos de desenvolvimento econômico e social e em respeito às necessidades dos usuários proporciona um serviço aos usuários antes de ser solicitado. O mesmo se aplica à liberação de dados sob a forma de dados abertos (de forma proativa) ao invés de ser reativo aos pedidos de acesso à informação pública.</i></p>	<p>De um governo centrado na informação para um setor público orientado por dados:</p> <p><i>Um governo que é capaz de antecipar as tendências sociais e compreender as necessidades dos usuários, transformar a formulação, fornecimento e monitoramento de políticas públicas e serviços por meio da gestão e da utilização de dados.</i></p>	<p>Da digitalização de processos existentes ao processo por concepção digital (digital by design):</p> <p><i>Um governo que considera todo o potencial das tecnologias digitais e dos dados desde o início do processo de formulação de políticas e de serviços, a fim de mobilizar novas tecnologias para repensar, reestruturar e simplificar processos internos e procedimentos a fim de fornecer o mesmo setor público eficiente, sustentável e orientado para o cidadão, independentemente do canal utilizado pelo usuário para interagir com as autoridades públicas.</i></p>	<p>De um governo provedor de serviços para um governo como plataforma para cocriação de valor público:</p> <p><i>Um governo que utiliza tecnologias digitais e dados para permitir a colaboração com e entre as partes interessadas da sociedade, a fim de aproveitar a sua criatividade e suas capacidades para enfrentar os desafios de um país.</i></p>	<p>Do acesso à informação para abertura como padrão (open by default):</p> <p><i>Um governo que se compromete de forma proativa na divulgação de dados em formatos abertos e a tornar acessíveis seus processos apoiados por tecnologias digitais, a menos que haja uma justificação legítima para não o fazer.</i></p>

Fonte: Documento Temático da OCDE sobre a Estrutura do Governo Digital (“The Digital Government Framework”), a ser publicado.

Fonte: OCDE (no prelo)

Tais premissas demonstram claramente a importância da experiência do usuário como elemento de cocriação de valor público. Assim, contextualizada a transformação digital dos serviços públicos, importa aprofundar o conhecimento acerca da transformação digital do Judiciário.

3. TRANSFORMAÇÃO DIGITAL DO JUDICIÁRIO

Da ótica legal, a informatização da Justiça se deu a partir da entrada em vigor da Lei nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006. Carvalho (2017) acrescenta que:

Entretanto, a virtualização do Poder Judiciário teve início antes. Na Justiça do Trabalho, por exemplo, deu-se com a Instrução Normativa nº 28 do Tribunal Superior do Trabalho (TST), de 02 de junho de 2005, que inaugurou o Sistema Integrado de Protocolização e Fluxo de Documentos Eletrônicos da Justiça do Trabalho (e-DOC). Outrossim, mesmo antes, o que efetivamente permitiu o lançamento da pedra fundamental da imaterialização do Judiciário foi a transformação do Instituto Nacional de Tecnologia da Informação em autarquia, bem como a instituição da Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, por meio da Medida Provisória nº 2.200-2, de 24 de agosto de 2001.

A justificativa para apresentação do PL nº 5.828, de 04 de dezembro de 2001, convertido na mencionada Lei nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006, foi calcada exclusivamente na sensação de morosidade do Judiciário pelo cidadão usuário do sistema de Justiça Brasileiro.¹² Vigente tal lei, institucionalizou-se o Processo Judicial eletrônico (PJe), por meio do Acordo de Cooperação Técnica (ACT) nº 73/2009, entre o CNJ e o Conselho da Justiça Federal (CJF).

Quanto à denominação “Processo Judicial eletrônico”, destaca-se que todo *software* que informatiza o processo judicial é um PJe. Ou seja, PJe é gênero, do qual derivam espécies, tais como o PROJUDI, e-PROC, SAJ e também o CRETA (desenvolvido pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região¹³). De todos os Sistemas de Processo Judicial eletrônico (são mais de 40 espalhados pelos 91 tribunais brasileiros), o eleito pelo CNJ, baseado no CRETA (do TRF5), foi batizado pelo gênero, passando a ser identificado simplesmente pela sigla PJe.

Ressalte-se que a Lei nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006 (posterior, portanto, à EC 45, de 30 de dezembro de 2004, que instituiu o CNJ), estatui, no artigo 8º, *caput*:

Art. 8º Os órgãos do Poder Judiciário poderão desenvolver sistemas eletrônicos de processamento de ações judiciais por meio de autos total ou parcialmente digitais, utilizando, preferencialmente, a rede mundial de computadores e acesso por meio de redes internas e externas.

Ou seja, há autorização legal para que cada órgão do Poder Judiciário desenvolva seu próprio Sistema de Processo Judicial eletrônico.

Nada obstante, o artigo 14 da referida Lei também menciona que “os sistemas a serem desenvolvidos” deverão se atentar à “priorização de sua padronização”, fundamento constante das motivações inseridas na Resolução CNJ nº 185, de 18 de dezembro de 2013, para “instituir o Sistema Processo Judicial Eletrônico - PJe como sistema informatizado de processo judicial no âmbito do Poder Judiciário”.

Importante consignar que em entrevista semiestruturada em profundidade com o Secretário de Governo Digital da Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital do Ministério da Economia, Luis Felipe Salin Monteiro, exsurgiu crítica ao modelo de múltiplos sistemas, ao argumentar que:

Inicialmente, sob a ótica orçamentária, para cada sistema de processo eletrônico uma determinada verba é despendida. Ainda, no aspecto da experiência do usuário, exige-se do jurisdicionado que lide com inúmeros produtos diferentes, todos focados na resolução de um mesmo problema.

¹² Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=41619>. Acesso em: 04 abr. 2019.

¹³ Tribunal Regional Federal da 5ª Região, com jurisdição no nordeste brasileiro, desde o Ceará até Sergipe.

Acrescente-se, ademais, que a jurisdição, serviço público objeto deste artigo, tem por característica a unidade, de modo que o uso de múltiplos sistemas, no sentir do entrevistado, “equivale a oferecer vários ‘poderes judiciários’ ao cidadão”.

Estes são, em síntese, os aspectos que culminaram na decisão de padronização da transformação digital do serviço público “entrega da prestação jurisdicional” por meio da Resolução CNJ nº 185, de 18 de dezembro de 2013. A norma em enfoque foi instruída por processo administrativo prévio. Nada obstante, ao buscar os dados do referido processo administrativo, não há em seu bojo estudos contendo critérios subjetivos ou objetivos que indiquem os fatores efetivamente considerados na tomada de decisão.

Quanto ao ponto, em entrevista semiestruturada em profundidade com o Relator dos autos CNJ nº 0004441-97.2013.2.00.0000, então Conselheiro Rubens Curado Silveira, observou-se que:

As diversas experiências de tribunais brasileiros e do próprio CNJ no uso de sistemas de tramitação processual em meio eletrônico evidenciavam que pontos nodais da entrega da prestação jurisdicional célere, justa e efetiva (CRFB, art. 5º, LXXVIII¹⁴) seriam superados com a imaterialização da jurisdição.

Dessa forma, quatro desses pontos são elencados para comparação entre modelos de gestão (físico x eletrônico): a) celeridade, averiguando-se a velocidade de tramitação dos autos eletrônicos, comparativamente com os autos físicos; b) eficácia, identificando se a entrega da prestação jurisdicional no meio eletrônico tem maior percentual de efetiva entrega do bem da vida pretendido pelo cidadão que o modelo anterior; c) custo, analisando-se a racionalização dos recursos orçamentários antes e após a Resolução CNJ nº 185, de 18 de dezembro de 2013; e d) experiência do usuário, como elemento de cocriação de valor público ao interagir e evidenciar suas percepções sobre o serviço oferecido.

Antes, contudo, importa aclarar o contexto da migração do serviço público “entrega da prestação jurisdicional” sob a ótica da política pública de implantação do Governo eletrônico.

4. TRANSVERSALIDADE ENTRE GOVERNO ELETRÔNICO E A TRANSFORMAÇÃO DIGITAL DO JUDICIÁRIO

A transversalidade governamental, num contexto de busca por resultados eficientes, segundo Martins e Marini (2010) não remonta apenas a satisfazer “às expectativas dos legítimos beneficiários da ação governamental de forma realista, desafiadora e sustentável”. Acrescentam os autores que:

Significa, também, *alinhar os arranjos de implementação* (que cada vez mais envolve intrincados conjuntos de políticas, programas,

¹⁴ Art. 5º, LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

projetos e distintas organizações) para alcançá-los, além de *envolver a construção de mecanismos de monitoramento e avaliação que promovam aprendizado, transparência e responsabilização*. Trata-se, portanto, de tema cada vez mais importante, não apenas porque as demandas se tornam mais complexas e os recursos relativamente mais escassos, mas também porque tecnologias gerenciais inovadoras permitem condições inéditas de enfrentamento do desafio da geração de resultados, *característico da transição de um modelo de gestão de políticas públicas baseado em opiniões para outro baseado em fatos*, cada vez mais presente nas democracias consolidadas (MARTINS; MARINI, 2010). (Grifo nosso).

Com o objetivo de “democratizar o acesso à informação nos sites e portais governamentais, reduzir os custos e melhorar a qualidade dos serviços prestados à sociedade”,¹⁵ a transformação digital é voltada a pelo menos 16 eixos, tais como a definição dos padrões *web* em governo eletrônico, a avaliação de serviços públicos em meio eletrônico e o Sistema de Administração dos Recursos de Tecnologia da Informação (Sisp).

Nesse sentido, importante investigar a transformação digital do Judiciário no contexto do Governo eletrônico, de modo a tentar evidenciar a existência (ou inexistência) de transversalidade da política pública de migração dos serviços públicos do meio físico para o virtual.

Ao buscar os dados, em entrevista, o então Conselheiro Rubens Curado Silveira esclareceu que “as mais incisivas interlocuções entre os Poderes Judiciário e Executivo, no que diz respeito à transformação digital de serviços públicos, remonta à busca pela máxima eficácia das decisões judiciais”. Uma série de ferramentas tecnológicas foram desenvolvidas pelos órgãos do Poder Executivo, as quais, ao serem utilizadas pelo Poder Judiciário, auxiliam a identificação de bens dos devedores judiciais, passíveis de penhora, aumentando a eficácia das decisões.

Como exemplo, citem-se os “Sistemas JUD”: a) BacenJud;¹⁶ b) RenaJud; e c) InfoJud. Todos são objeto de Acordo de Cooperação Técnica entre os órgãos do Poder Executivo que o desenvolveram (Banco Central do Brasil, Ministério das Cidades e Receita Federal brasileira, respectivamente) e o CNJ. Há, inclusive, comitês gestores desses sistemas, todos instituídos e centralizados no âmbito do CNJ.¹⁷

Também é exemplo de transversalidade “Judiciário - Executivo” a política pública de criação de uma “identidade civil nacional” (ICN). Conforme se depreende da entrevista com Luis Felipe Salin Monteiro:

¹⁵ Disponível em: <https://www.governodigital.gov.br/transformacao/>. Acesso em: 20 jan. 2019.

¹⁶ Este foi desenvolvido antes da existência do CNJ. Assim, o ACT que permitiu o seu desenvolvimento foi originalmente firmado com o TST. Com o sistema em funcionamento o CNJ, então já instituído, assumiu a coordenação dos aprimoramentos por meio do Comitê Gestor.

¹⁷ Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/sistemas>. Acesso em: 30 mar. 2019.

A ICN se traduz em esforço de dois órgãos do Poder Judiciário - Tribunal Superior Eleitoral e Conselho Nacional de Justiça -, conjuntamente com o Executivo. Visa a ICN servir de único documento utilizado pelos cidadãos para acesso a qualquer serviço público federal, estadual ou municipal, no âmbito dos três poderes, inclusive nos serviços digitais, já que conta com elementos de segurança como o controle de reconhecimento por biometria.

De outro lado, o Decreto Presidencial de 18 de dezembro de 2000, que criou, no âmbito do Conselho de Governo, o Comitê Executivo do Governo Eletrônico, não previu, em seu art. 2º, a participação de membros do Poder Judiciário.¹⁸

Do mesmo modo, o Decreto nº 8.638, de 15 de janeiro de 2016, ao extinguir o Comitê Executivo do Governo Eletrônico e instituir “a Política de Governança Digital no âmbito dos órgãos e das entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional”, não previu expressamente a participação do Poder Judiciário na Política ou na Estratégia de Governança Digital.

Sobreleve-se que em entrevista com Luis Felipe Salin Monteiro, consignou-se que:

À exceção da experiência da ICN, não existe interlocução entre Poderes na persecução de um alinhamento quanto à implementação da Estratégia Nacional de Governança Digital ou mesmo das seis dimensões do Governo Digital. Tal se dá ante o vigoroso desafio de transformação digital no âmbito do próprio Executivo, dificultando o empenho de esforços, ou mesmo acompanhamento ou controle, no âmbito de outras esferas do Poder.

Ao que parece, portanto, no contexto do Governo eletrônico, a transformação digital do Judiciário possui tímida transversalidade com a política pública delineada pelo Poder Executivo.

Dessa forma, passa-se a delinear alguns dos fatores que induziram o uso do meio eletrônico como principal modal de entrega da prestação jurisdicional no Brasil.

5. CELERIDADE: DADOS E DISCUSSÃO DOS RESULTADOS

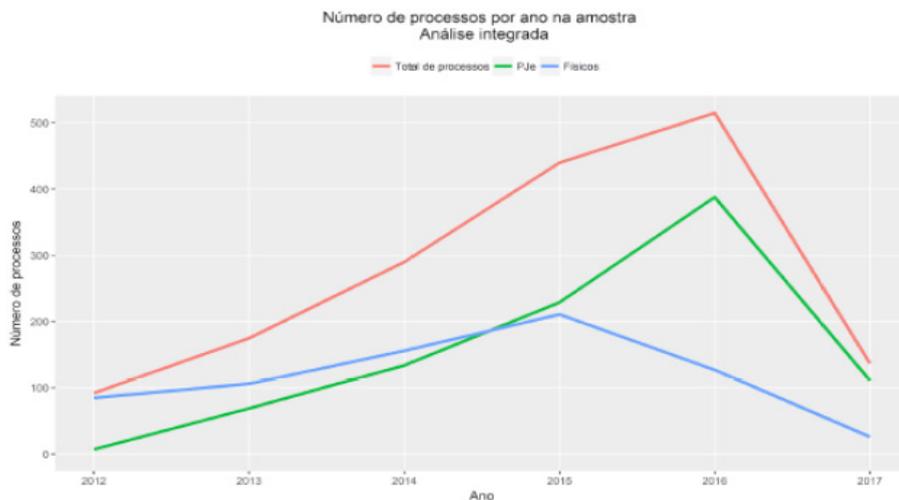
Por mais que seja intuitivo que os modelos de gestão da prestação jurisdicional nos meios “físico” e “eletrônico” impactem a celeridade processual, é importante averiguar os dados acerca deste fator, já que foi o elemento-chave a dar início à transformação digital em questão, os quais foram extraídos do *Relatório Analítico Propositivo Justiça Pesquisa*:

¹⁸ Art. 2º Integram o Comitê Executivo: I - o Chefe da Casa Civil da Presidência da República, que o presidirá; II - os Secretários-Executivos dos Ministérios; III - o Secretário-Geral do Ministério das Relações Exteriores; IV - o Subchefe do Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República; V - o Secretário de Organização Institucional do Ministério da Defesa; VI - o Subsecretário-Geral da Secretaria-Geral da Presidência da República; VII - o Secretário de Avaliação, Promoção e Normas da Secretaria de Comunicação de Governo da Presidência da República; VIII - o Procurador-Geral da União. IX - o Subcorregedor-Geral da Corregedoria-Geral da União. X - o Diretor-Presidente do Instituto Nacional de Tecnologia da Informação.

*políticas públicas do Poder Judiciário, análise da implantação do PJe na produtividade dos Tribunais (CNJ, 2018).*¹⁹

Quanto ao universo pesquisado, o estudo considerou Tribunais que implantaram o PJe, de diferentes ramos de Justiça, apresentando-se os gráficos obtidos e a análise que deles se depreende:

Gráfico 1 - Número de processos por Ano na Amostra (Análise integrada)

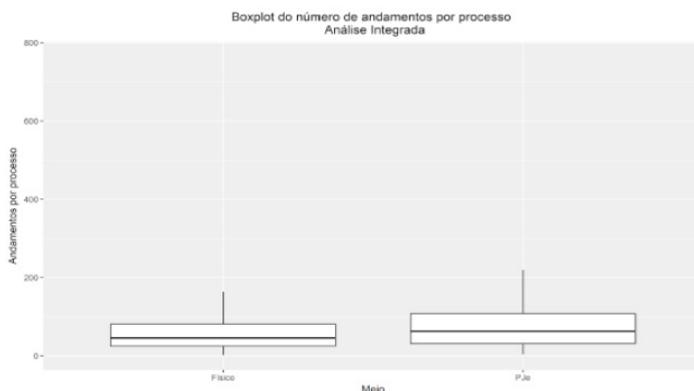


Fonte: CNJ (2018)

O gráfico 1 indica a paulatina adoção do PJe, em estrita observância ao art. 34 da Resolução CNJ nº 185, de 18 de dezembro de 2013, a qual determina aos Tribunais a adoção de plano e cronograma de implantação do Sistema. Suspeita-se que a queda observada no ano de 2017 esteja correlacionada com a natural adaptação dos advogados aos novos procedimentos impostos pela entrada em vigor da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil).

Gráfico 2 - *Boxplot* do Número de Andamentos por Processo (Análise integrada)

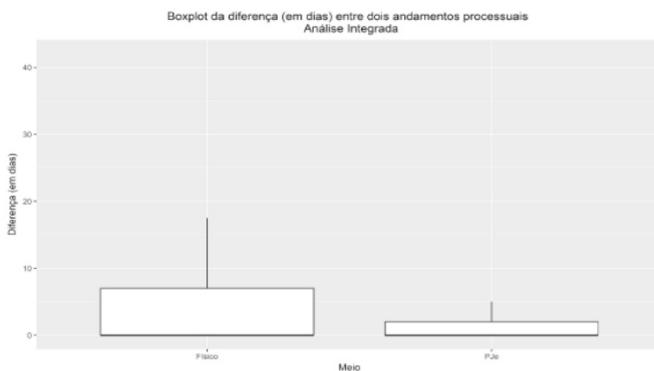
¹⁹ Disponível em: <http://wwwh.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/04/0f246a4a1036f559e279967762c235bb.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2019.



Fonte: CNJ (2018)

As evidências demonstradas por meio dos gráficos apresentados denotam o positivo impacto do Sistema PJe em relação ao fator observado (celeridade). A interpretação do gráfico 2, nesse sentido, deve ser realizada em conjunto com a do gráfico 3, abaixo. Veja-se que no gráfico acima o número total de andamentos por processo é maior no PJe (Gráfico 2).

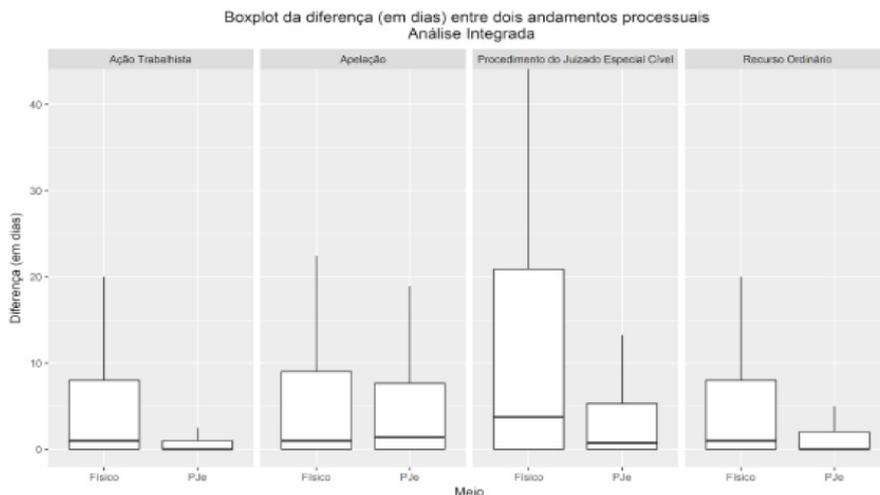
Gráfico 3 - *Boxplot* da Diferença (em dias) entre Dois Andamentos Processuais (Análise integrada)



Fonte: CNJ (2018)

Em contrapartida, o tempo entre dois andamentos (Gráfico 3) é sensivelmente menor em meio eletrônico, reforçando o positivo impacto do Sistema PJe em relação ao fator observado (celeridade).

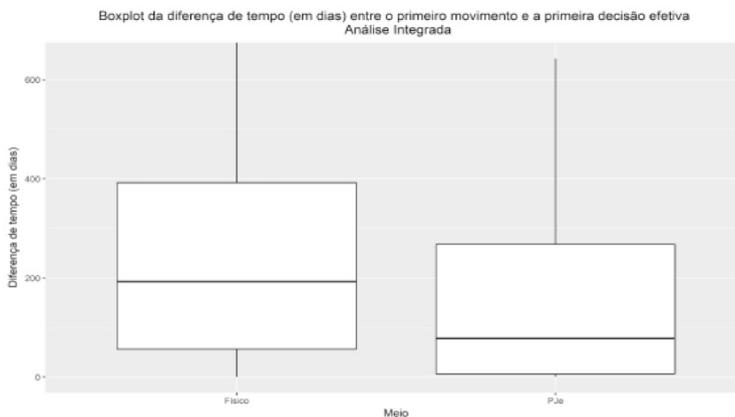
Gráfico 4 - *Boxplot* da Diferença (em dias) entre Dois Andamentos Processuais (Análise integrada)



Fonte: CNJ (2018)

Na análise integrada (Gráfico 4), a diferença (em dias) entre dois andamentos processuais acentua a comparação quanto ao fator observado. Na Justiça do Trabalho, em que a tramitação eletrônica de autos é a regra, a disparidade é bastante elevada.

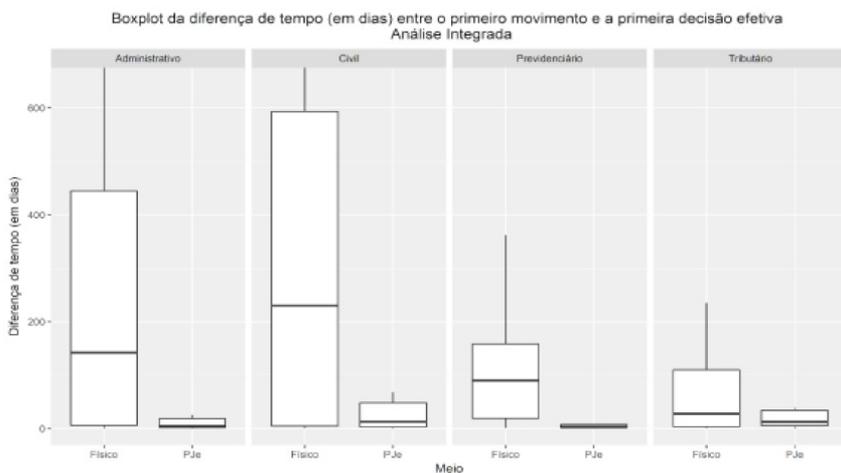
Gráfico 5 - *Boxplot* da Diferença de Tempo (em dias) entre o Primeiro Movimento e a Primeira Decisão Efetiva (Análise integrada)



Fonte: CNJ (2018)

O *boxplot* acima indica que, mesmo na média ponderada, a diferença de tempo (em dias), entre o primeiro movimento e a primeira decisão efetiva no processo é visivelmente mais rápida no Sistema Processo Judicial eletrônico.

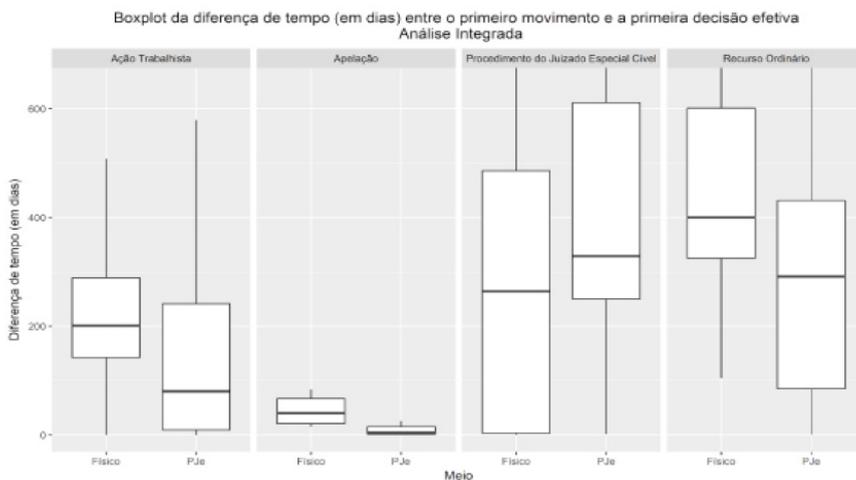
Gráfico 6 - *Boxplot* da Diferença de Tempo (em dias) entre o Primeiro Movimento e a Primeira Decisão Efetiva (Análise integrada)



Fonte: CNJ (2018)

Do mesmo modo, na análise integrada (Gráfico 6), não importa qual a matéria tratada nas demandas, a tramitação eletrônica de autos é claramente mais veloz que o compasso dos autos físicos.

Gráfico 7 - *Boxplot* da Diferença de Tempo (em dias) entre o Primeiro Movimento e a Primeira Decisão Efetiva (Análise integrada)

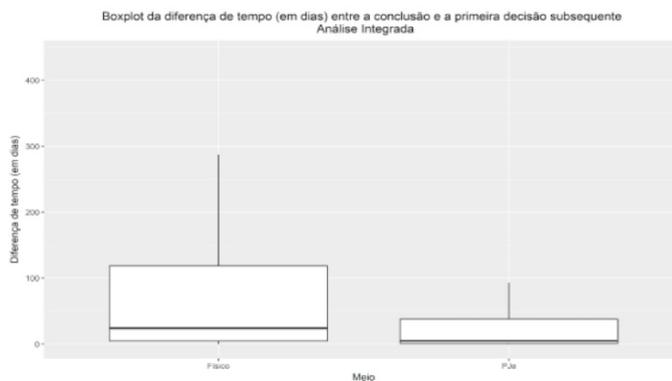


Fonte: CNJ (2018)

Os gráficos referentes ao primeiro movimento e a primeira decisão efetiva (Gráficos 5, 6, 7) também denotam a celeridade do PJe em relação ao processo físico, exceto no que diz respeito aos processos tramitando nos Juizados Especiais Cíveis (Gráfico 7), algo a ser

objeto de estudo futuro, imaginando-se que o resultado apurado seja fruto da primazia de encerramento dos processos físicos (distribuídos antes dos processos eletrônicos), além da curva de aprendizagem dos usuários internos com o novo Sistema.

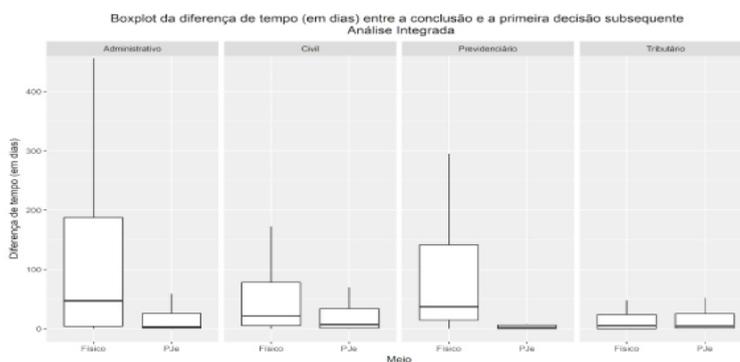
Gráfico 8 - *Boxplot* da Diferença de Tempo (em dias) entre a Conclusão e a Primeira Decisão Subsequente (Análise integrada)



Fonte: CNJ (2018)

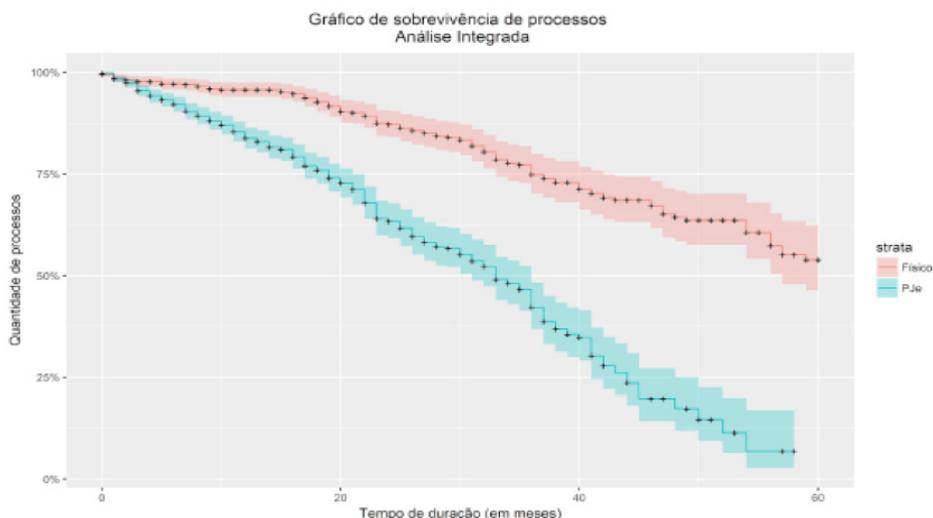
Na tramitação normal do processo, ou seja, observando-se o tempo entre cada envio dos autos ao magistrado (conclusão) e a decisão subsequente (Gráfico 8), a diferença “físico x eletrônico” indica o impacto do uso do PJe no fator celeridade.

Gráfico 9 - *Boxplot* da Diferença de Tempo (em dias) entre a Conclusão e a Primeira Decisão Subsequente (Análise integrada)



Fonte: CNJ (2018)

Igualmente é possível averiguar tal análise quando se observa o tema tratado nos processos (Gráfico 9). A despeito de seu conteúdo, a tramitação eletrônica, em todas as pesquisas, mostrou-se mais célere.

Gráfico 10 - Gráfico de “sobrevivência” de processos²⁰ (Análise integrada)

Fonte: CNJ (2018)

Assim, o tempo entre conclusão e primeira decisão subsequente aponta drástica redução de tempo (Gráficos 8 e 9) na comparação físico x eletrônico. Enfim, o tempo de tramitação total do processo em meio eletrônico (Gráfico 10) é significativamente menor do que a dos autos físicos.

Portanto, as evidências demonstradas por meio dos gráficos apresentados denotam o positivo impacto do Sistema PJe em relação ao fator observado (celeridade).

6. EFICÁCIA DAS DECISÕES: DADOS E DISCUSSÃO DOS RESULTADOS

A eficácia das decisões judiciais passa pela análise quantitativa do percentual de títulos judiciais que o Poder Judiciário - além de certificar o direito²¹ - garantiu o adimplemento da obrigação.²² O indicador estatístico da eficácia das decisões judiciais é denominado de

²⁰ Tempo de tramitação total do processo em meio eletrônico.

²¹ A Constituição de 1988, no art. 5º, XXXV, assegura a todos o “direito de ação”. Significa dizer que qualquer um que acreditar ter um direito ameaçado ou lesado poderá levar tal situação à apreciação do Poder Judiciário. O meio pelo qual se exerce o direito de ação é o ajuizamento de uma demanda. E as demandas, a partir da Lei nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006, podem ser distribuídas (ajuizadas) pela via eletrônica. Cada evento da demanda, desde a distribuição até a decisão pelo Judiciário, denomina-se “tramitação processual”. A demanda é o conteúdo de um processo. E o processo tramita em meio físico ou eletrônico. O meio eletrônico pelo qual tramita um processo, cujo conteúdo é uma demanda (uma alegada situação de ameaça ou lesão a direito, para apreciação pelo Poder Judiciário), é conhecido como Sistema Processo Judicial eletrônico (PJe).

²² Da sentença cabe recurso. Apenas quando não houver mais a possibilidade de revisão da decisão judicial é que ocorre o que se denomina de “trânsito em julgado” e “coisa julgada”, momento em que o título que certifica o direito (título judicial) pode ser exigido - definitivamente - do devedor, no que se convencionou chamar de “fase de cumprimento da sentença”, ou, de maneira menos técnica, “processo de execução”.

“taxa de congestionamento na fase de execução”.²³ Criado pelo CNJ, tal índice remonta à relação entre o número de decisões (sentenças) que põem fim ao processo, de um lado, e a soma do número de novos processos com a quantidade de processos já existentes em um determinado ano.²⁴

Nesse sentido, importa analisar o fator “eficácia das decisões judiciais”, como ponto de apoio para atingir o objetivo geral desta pesquisa, cujos dados foram extraídos do *Relatório Justiça em Números* (CNJ, 2018) e, quanto ao universo pesquisado, considerou inicialmente todo o Poder Judiciário, a fim de verificar os indicadores de produtividade de cada Ramo de Justiça.²⁵

Quadro 4 - Taxa de Congestionamento do Poder Judiciário

Litigiosidade								
	Justiça Estadual		Justiça do Trabalho		Justiça Federal		Justiça Eleitoral	
Indicadores de produtividade								
IAD (baixados/cn)	107%	↑ 2,54 p.p.	104%	↑ 5,03 p.p.	97%	↑ 8,77 p.p.	298%	↑ 237,28 p.p.
Taxa de congestionamento	75%	↓ -0,73 p.p.	55%	↓ -1,01 p.p.	73%	↓ -1,64 p.p.	21%	↓ -21,65 p.p.
Taxa de congest. líquida	72%	↓ -1,29 p.p.	49%	↓ -0,65 p.p.	60%	↓ -2,61 p.p.	20%	↓ -20 p.p.

	Justiça Militar Estadual		Auditorias Militares da União		Tribunais Superiores		Total	
Indicadores de produtividade								
IAD (baixados/cn)	96%	↓ -29,5 p.p.	61%	↓ -5,62 p.p.	110%	↑ 5,66 p.p.	107%	↑ 6,28 p.p.
Taxa de congestionamento	40%	↑ 0,89 p.p.	68%	↑ 4,82 p.p.	51%	↓ -4,67 p.p.	72%	↓ -0,95 p.p.
Taxa de congest. líquida	39%	↑ 1,1 p.p.	67%	↑ 6,14 p.p.	47%	↓ -4,5 p.p.	68%	↓ -1,54 p.p.

Fonte: *Justiça em Números* (CNJ, 2018)

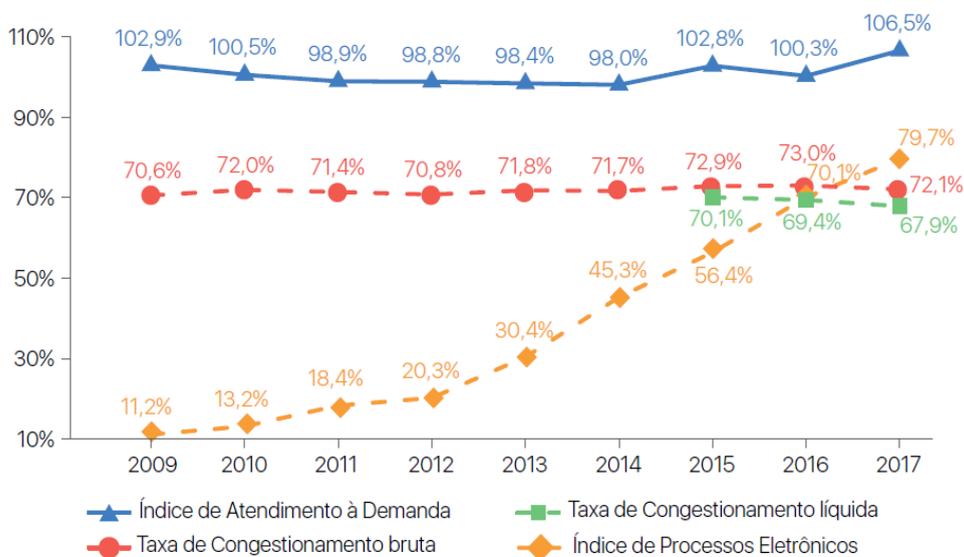
A litigiosidade total do quadro 4 aponta para uma taxa de congestionamento líquida de 68%, com decréscimo em relação ao ano anterior de 1,54 ponto percentual. Mesmo na Justiça do Trabalho, em que o processo tramita 100% em meio eletrônico, a taxa de congestionamento líquida é de 49%, com diminuta evolução em relação ao ano anterior, de 0,65 ponto percentual.

²³ Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/gestao-e-planejamento-do-judiciario/indicadores/486-gestao-planejamento-e-pesquisa/indicadores/13683-17-taxa-de-congestionamento-na-fase-de-execucao>. Acesso em: 5 fev. 2019.

²⁴ Todo este percurso, no caso desta pesquisa, ocorre pelo Sistema Processo Judicial eletrônico (PJe), que é um sistema de informática *online*, funcionando na rede mundial de computadores e cujo acesso se dá por *links* disponibilizados por cada Tribunal. Qualquer cidadão tem acesso ao PJe, devendo - antes do primeiro acesso - formalizar cadastro conforme as orientações no sítio do Tribunal respectivo.

²⁵ IAD (índice de atendimento à demanda) - indicador da quantidade de processos baixados, ao menos em número equivalente ao número de casos novos; Taxa de congestionamento - percentual de casos pendentes de solução ao final do ano-base; e Taxa de congestionamento líquida, que retira do acervo processos suspensos, sobrestados ou em arquivo provisório.

Gráfico 11 - Série Histórica: Taxa de Congestionamento, IAD e Percentual de PJe

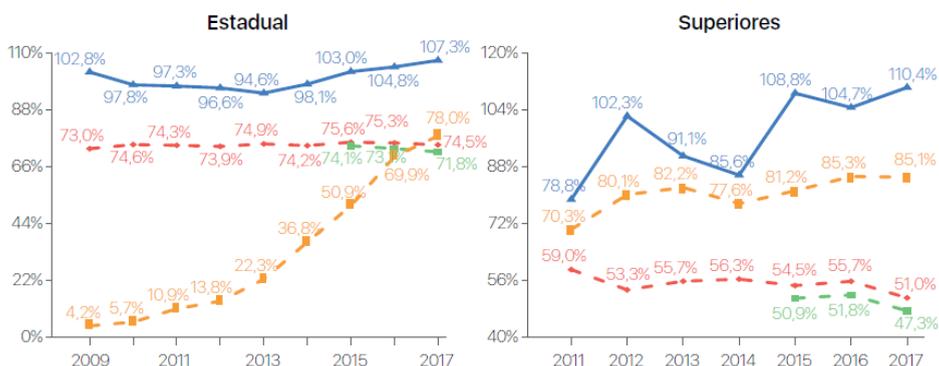


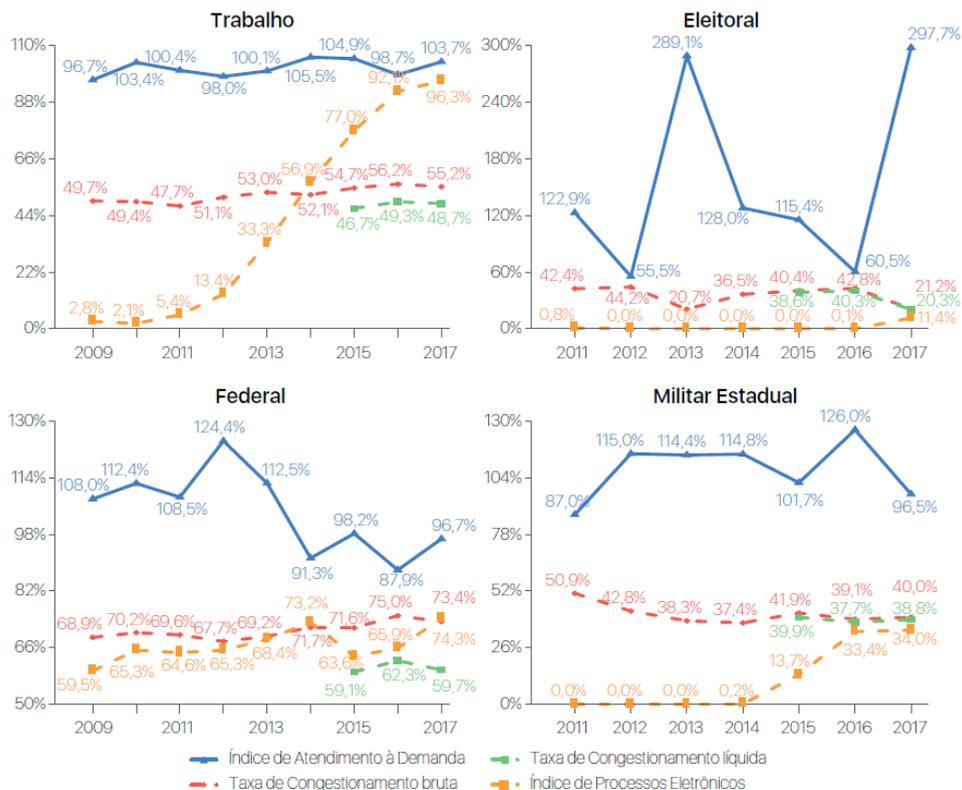
Fonte: *Justiça em Números* (CNPJ, 2018)

Ao analisarmos o recorte da ótica estrita do Processo Judicial eletrônico, constata-se que o índice de atendimento à demanda se mantém equilibrado (na série histórica - Gráfico 11) entre 98% e 102,3%, com viés de alta no ano de 2017, fora da curva, em 106,5%.

Não obstante, enquanto o índice de processos eletrônicos sobe exponencialmente a partir de 2012 (20,3%) a 2017 (79,7%), a taxa de congestionamento bruta segue estável entre 70,6% (2009) e 73% (2016), enquanto a taxa de congestionamento líquida - embora aparente viés de baixa - tem variação discreta entre 70,1% (2015) e 67,9% (2017).

Gráfico 12 - Série histórica por Ramo do Judiciário: Taxa de congestionamento, IAD e percentual de PJe





Fonte: Justiça em Números (CNJ, 2018)

Ao realizarmos o filtro para análise dos dados por Ramo do Judiciário, taxa de congestionamento, índice de atendimento à demanda e o percentual de PJe (Gráfico 12), evidencia-se o crescimento da mutação do meio (de físico para eletrônico), com a constância da taxa de congestionamento, embora o índice de atendimento à demanda pareça - ainda que discretamente - aumentar.

Interessante pontuar, quanto ao Gráfico 12, que há idiosincrasias específicas de cada ramo de Justiça, hábeis a ponto de impactar os resultados. É o caso da Justiça eleitoral, que é demandada sazonalmente, a cada período de sufrágio; da Justiça Militar, notadamente voltada ao direito penal; e da Justiça Federal comum, que, embora venha aumentando o índice de processos eletrônicos, aponta crescimento da taxa de congestionamento bruta em um ramo de Justiça em que o devedor usualmente é a União.

Em suma, no fator em que a transversalidade do Governo eletrônico com a política pública de migração dos serviços públicos do meio físico para o virtual é mais alinhada, os resultados positivos pretendidos ainda não foram identificados.

7. CUSTO DE TRAMITAÇÃO: DADOS E DISCUSSÃO DOS RESULTADOS

Dentre os fatores observados pelo CNJ na Resolução nº 185, de 18 de dezembro de 2013, para determinar a adoção do PJe como Sistema único de tramitação eletrônica processual, ganhou relevo a “necessidade de racionalização da utilização dos recursos orçamentários pelos órgãos do Poder Judiciário”. Nesse sentido, o anuário *Justiça em Números* tem como indicador a “eficiência operacional”, “que visa medir a despesa média por processo baixado, no período”.²⁶

Ainda, “é fundamental a distinção do conceito em relação ao de eficácia. Um modelo é eficaz se alcança os objetivos propostos, porém é eficiente se o faz com uma relação adequada entre os meios e suas finalidades. Um modelo pode ser eficaz sem ser eficiente e, ao que parece, essa é a busca que atualmente se empreende jurídica e politicamente no Brasil” (SILVEIRA, 2018). Assevera o autor:

Poderemos ter, doravante, após a edição do novo Código de Processo, um modelo eventualmente efetivo, porém não é disso que se trata. Na concepção apresentada ao longo de todo o estudo, *o grande mal do sistema processual brasileiro não está na morosidade, nem na ineficácia das decisões, mas na sua ineficiência econômico-financeira.* (SILVEIRA, 2018). (Grifo nosso).

A análise do custo de tramitação auxilia no suporte à decisão que justifica o investimento na transformação digital do Judiciário. Os dados foram extraídos do *Relatório Justiça em números* (CNJ, 2018), exceto quanto ao “custo do Judiciário para cada processo físico e cada processo eletrônico baixado”, dado levantado por Silveira (2018), na tese de doutorado “Acesso à Justiça: O direito fundamental em um ambiente de recursos escassos”:

Gráfico 13 - Série Histórica de Despesas por Habitante



Fonte: *Justiça em Números* (CNJ, 2018)

²⁶ Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/gestao-e-planejamento-do-judiciario/indicadores/486-gestao-planejamento-e-pesquisa/indicadores/13676-11-eficiencia-operacional>. Acesso em: 5 fev. 2019.

A série histórica de despesas por habitante (com e sem inativos - gráfico 13) aponta para o aumento do custo do processo a cada ano. Embora nos dados de despesas por habitante (total) contenha linha de crescimento mais tênue, é perceptível o viés de alta (constante em ambos indicadores), mesmo após a publicação da Resolução CNJ nº 185, de 18 de dezembro de 2013.

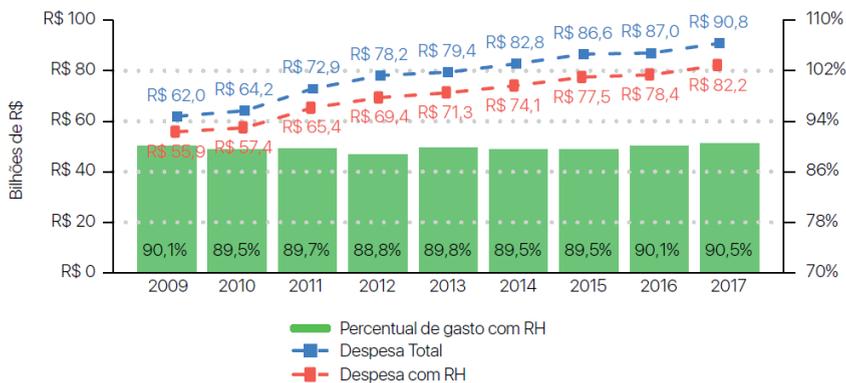
Gráfico 14 - Série Histórica de Despesas com Informática



Fonte: *Justiça em Números* (CNJ, 2018)

Do mesmo modo, a série histórica de despesas com informática apresenta crescimento ano a ano, especialmente a partir de 2011 (lançamento oficial do PJe).

Gráfico 15 - Série Histórica de Despesas com RH e Infraestrutura



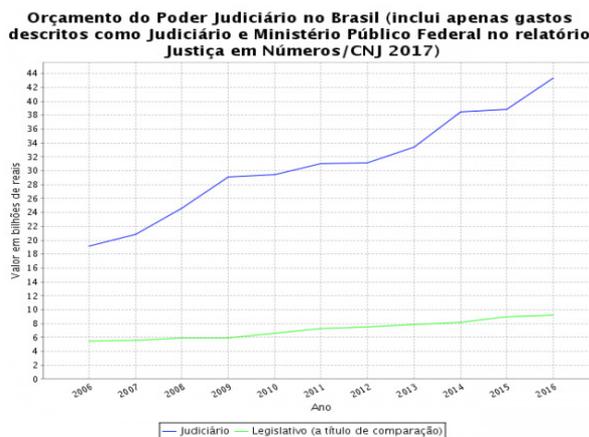
Fonte: *Justiça em Números* (CNJ, 2018)

A observação desta série histórica sinaliza tanto o aumento da despesa com infraestrutura e RH, como a estabilização do percentual de gasto com RH,²⁷ ressaltando que em entrevista com Luis Felipe Salin Monteiro assinalou-se que a curva de investimentos em informática, em contraponto à curva de despesas com pessoal e infraestrutura,

²⁷ Em função da Lei de Responsabilidade Fiscal, art. 22, parágrafo único, estabelecendo uma série de vedações para o órgão público que exceder o percentual de despesa com pessoal a 95%.

“convergir a viés de baixa a partir das últimas fases da transformação digital do Judiciário, talvez após a segunda década deste milênio”.

Gráfico 16 - Série histórica do Orçamento do Judiciário



Fonte: *Justiça em Números* (CNJ, 2017)

Quadro 5 - Proposta orçamentária do Judiciário em 2019

Despesas	Limite autorizado PLOA 2019	LOA 2018	Variação %
Pessoal	34.204.721.588	31.585.674.238	8,29%
Pessoal Reserva	1.052.506.861		
Benefícios	2.340.162.142	2.285.059.341	2,41%
Outras Obrigatórias	389.321.372	323.764.868	20,25%
Outras Obrigatórias	37.986.711.963	34.194.498.447	11,09%
Discrecionárias	5.532.097.450	6.436.806.733	-14,06%
Fundo Partidário	927.750.560	888.735.090	4,39%
Total das despesas primárias	44.446.559.973	41.520.040.270	7,05%
Despesas Financeiras	5.139.517.342	4.781.272.059	7,49%
Pleitos Eleitorais	343.919.702	1.331.737.155	-74,18%
Total	49.929.997.017	47.633.049.484	4,82%

Total das despesas primárias	
Limite apurado EC 95	Compensação pelo Poder Executivo
41.517.424.053	2.929.135.920

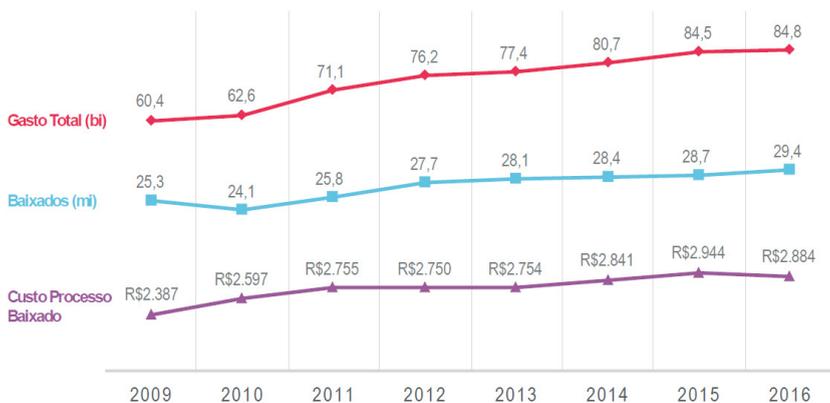
Fonte: Conselho Nacional de Justiça

Fonte: CNJ

Em contrapartida, a série histórica do orçamento do Judiciário (Gráfico 16 e Quadro 5) evidencia crescimento contínuo desde 2006, alcançando - na proposta orçamentária do

Judiciário para o ano de 2019 - quase 50 bilhões de reais quando somadas as despesas primárias com as despesas financeiras e pleitos eleitorais.

Gráfico 17 - Série Histórica de Custo por Processo



Fonte: Silveira (2018)

Por fim, a série histórica de custo por processo também aponta para aumento - ainda que discreto ano a ano (possivelmente atrelado à correção monetária incidente à espécie) - do custo do processo baixado.

Nesse sentido, as evidências demonstradas por meio dos dados coletados denotam aparente impacto negativo da transformação digital do Judiciário em relação ao custo de tramitação.

8. EXPERIÊNCIA DO USUÁRIO: DADOS E DISCUSSÃO DOS RESULTADOS

Inicialmente, importa esclarecer os conceitos de “experiência do usuário” (*user experience* - “UX”); e “interface do usuário” (*user interface* - “UI”). De um lado, a UX se relaciona com os fatores que influenciam a usabilidade de um sistema. De outro, a UI remonta ao meio (ao “instrumento” ou “partes físicas”) pelo qual o consumidor interage com o produto ou serviço adquirido, daí a importância de “fazer com que a interface seja consistente com outras que o usuário esteja familiarizado e, mais, de garantir que a interface mantenha coerência consigo mesma, ou seja, adequação aos modelos conceituais das características do produto ou serviço oferecidos” (GARRET, 2003).

Na esfera nacional, ficou evidenciado o câmbio de paradigma da prestação de serviços públicos focado estritamente na “migração do meio físico para o eletrônico” para a primazia do atendimento do usuário. Nesse sentido, o Conselho Superior da Justiça do Trabalho (CSJT), assim como o Conselho da Justiça Federal (CJF), ambos órgãos de controle administrativo, financeiro e orçamentário de tais ramos de Justiça, além da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), produziram relatórios no ano de 2018 acerca da qualidade do sistema PJe na percepção do usuário.

Enquanto, o relatório *Quem somos: a magistratura que queremos*²⁸ considerou a visão do usuário interno “magistrado”, as pesquisas do CSJT²⁹ e CJF³⁰ foram mais abrangentes, abarcando usuários externos (partes; advogados privados e públicos; e Ministério Público) e internos (servidores e magistrados). A análise de tais dados contribui para a resposta ao problema proposto, já que a transformação digital do Judiciário, no contexto do Governo eletrônico, é pautada, notadamente, pelo foco na *U.X.* (suas percepções e expectativas subjetivas).

Quanto ao universo pesquisado, o estudo considerou inicialmente todo o Poder Judiciário, trazendo em sequência dois recortes, o primeiro deles no que diz respeito à Justiça Federal comum, e o segundo no tocante à Justiça do Trabalho.

Conquanto boa parte dos questionamentos envolvam *U.I.* em si (opinião do usuário quanto ao meio - Sistema PJe - pelo qual interage com o serviço consumido), o estudo é voltado à *U.X.* como um todo, especialmente no que diz respeito às expectativas e sensações subjetivas do cidadão, e.g., a preferência sobre a adoção de sistema único (Gráfico 18); e a opinião quanto a redução de despesas, impacto ambiental, uso de teletrabalho, dentre outros (Quadro 9):

Quadro 6 - Importância do PJe na modernização tecnológica do Judiciário (1 mais importante e 5 menos importante) - Juizes de primeiro grau

Processo judicial eletrônico	Ramo da Justiça				Total
	Justiça Estadual	Justiça Federal	Justiça Trabalhista	Justiça Militar	
1	1558 70,5%	131 75,7%	92 76,7%	9 60,0%	1790 71,1%
2	196 8,9%	13 7,5%	11 9,2%	2 13,3%	222 8,8%
3	147 6,6%	6 3,5%	5 4,2%	2 13,3%	160 6,4%
4	111 5,0%	7 4,0%	4 3,3%	1 6,7%	123 4,9%
5	199 9,0%	16 9,2%	8 6,7%	1 6,7%	224 8,9%
Total	2211 100,0%	173 100,0%	120 100,0%	15 100,0%	2519 100,0%

Fonte: Vianna *et al.* (2018)

O quadro 6 aponta que em todos os ramos de Justiça a adoção do Processo Judicial eletrônico (PJe) é de extrema importância para a maioria absoluta dos Juizes de primeiro grau. Mesmo na Justiça Militar, na qual o índice é menor, o percentual atingido é de 60%.

²⁸ Disponível em: <http://www.amb.com.br/pesquisa/2019/publicacoes.php>. Acesso em: 21 jan. 2019.

²⁹ Disponível em: <https://bit.ly/2LQFWjn>. Acesso em: 21 jan. 2019.

³⁰ Disponível em: https://www.cjf.jus.br/observatorio/pesquisa_sistemas_eletronicos.php. Acesso em: 21 jan. 2019.

Somando-se a primeira e segunda ordens de importância (1 e 2, respectivamente), os percentuais superam 73,3%, chegando a 85,9% na Justiça Trabalhista.

Quadro 7 - Importância do PJe na modernização tecnológica do Judiciário (1 mais importante e 5 menos importante) - Juizes de segundo grau

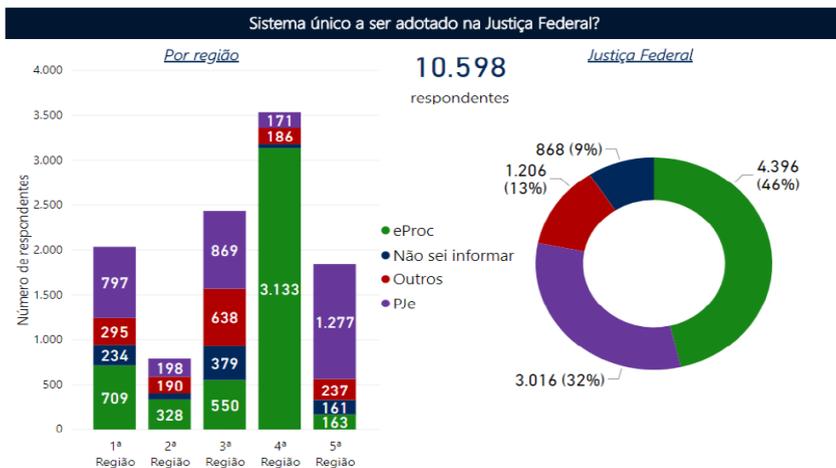
Processo judicial eletrônico	Ramo da Justiça				Total
	Justiça Estadual	Justiça Federal	Justiça Trabalhista	Justiça Militar	
1	175 66,8%	12 85,7%	21 67,7%	6 100,0%	214 68,4%
2	39 14,9%	2 14,3%	6 19,4%	0 0,0%	47 15,0%
3	22 8,4%	0 0,0%	3 9,7%	0 0,0%	25 8,0%
4	13 5,0%	0 0,0%	0 0,0%	0 0,0%	13 4,2%
5	13 5,0%	0 0,0%	1 3,2%	0 0,0%	14 4,5%
Total	262 100,0%	14 100,0%	31 100,0%	6 100,0%	313 100,0%

Fonte: Vianna *et al.* (2018)

Também na ótica dos desembargadores (Juizes de segundo grau), a importância dada a adoção do PJe é alta. Interessante que na Justiça Militar, em que o índice é mais baixo entre outros ramos de Justiça na opinião de Juizes de primeiro grau, inverte-se a lógica no segundo grau de jurisdição; 100% dos desembargadores militares compreendem a importância da adoção do PJe para a transformação digital do Judiciário. Somando-se os dois índices de maior grandeza (1 e 2, respectivamente), o percentual mais baixo é o da Justiça Estadual, com 81,7%.

Gráfico 18 - Preferência sobre a Adoção de Sistema Processual Único na Justiça Federal

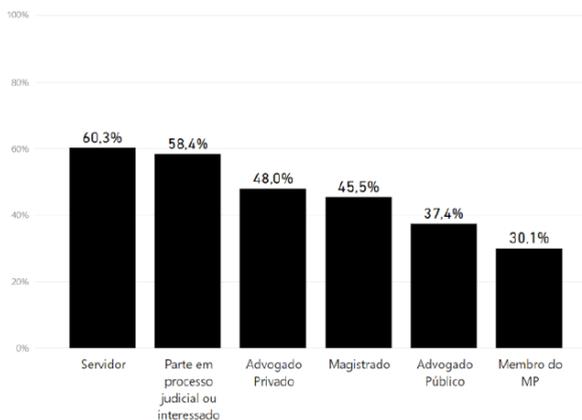
9.486 respondentes acreditam que o processo eletrônico deve ser único na Justiça Federal, o que representa **90%** do total.



Fonte: CGJF (2018)

Já na consulta sobre a adoção de um sistema único (em contraposição aos mais de 40 sistemas hoje adotados entre os 91 Tribunais do país), 90% de um total de 10.598 respondentes acreditam na importância de haver apenas um sistema para tramitação de autos eletrônicos.

Gráfico 19 - Qualidade em Uso do PJe (Usuários - Justiça Federal)



Fonte: CGJF (2018)

O gráfico 19 mostra que, entre servidores, partes em processo judicial, advogados privados e magistrados, a média ponderada supera 50% de índice de satisfação.

Quadro 8 - Índice de Qualidade em Uso do PJe na Justiça Federal para Cada Categoria (1)

Item	CATEGORIA						Média ponderada ¹
	Magistrado	Servidor	Membro do MP	Adv. Público	Adv. Privado	Cidadão	
Reduz despesas com infraestrutura predial	78,2%	84,1%	*	*	*	*	83,3%
Reduz gastos com: material, pessoal, deslocamentos etc.	76,2%	82,7%	56,5%	63,3%	70,8%	80,5%	74,2%
Permite o trabalho remoto	70,8%	82,3%	55,9%	63,3%	72,2%	*	74,0%
Elimina procedimentos no cartório, especialmente as atividades repetitivas	64,7%	69,3%	*	*	*	*	68,7%

* Item não avaliado para o público correspondente.

¹ IQu calculado levando-se em consideração a ponderação pela participação na amostra.

Fonte: CGJF - adaptado (2018)

Dado de relevante importância é o que reporta a percepção dos usuários quanto a diversos itens de gestão pública, todos focos da estratégia de Governo eletrônico. Nas médias ponderadas, cerca de 83,3% dos usuários compreende que o PJe reduz despesas com infraestrutura predial; e 74,2% acredita na redução de gastos com material, pessoal, deslocamento etc.

Quadro 9 - Índice de Qualidade em Uso do PJe na Justiça Federal para Cada Categoria (2)

Item	CATEGORIA						Média ponderada ¹
	Magistrado	Servidor	Membro do MP	Adv. Público	Adv. Privado	Cidadão	
Melhora a qualidade da atividade judicial	50,3%	67,7%	31,4%	38,2%	48,5%	65,2%	54,2%
É fácil realizar a movimentação de processos	35,6%	55,5%	*	*	*	*	52,9%
Permite o adequado cumprimento de prazos	*	*	35,8%	38,7%	54,7%	*	51,5%
É fácil consultar o andamento dos processos	34,3%	57,6%	25,5%	28,6%	44,2%	56,6%	46,9%
Possui alertas para impedir uso indevido das funcionalidades do sistema	32,7%	45,5%	*	*	*	*	43,8%

* Item não avaliado para o público correspondente.

¹ IQu calculado levando-se em consideração a ponderação pela participação na amostra.

Fonte: CGJF - adaptado (2018)

Ainda no que atine à percepção dos usuários quanto a diversos itens de gestão pública, todos focos da estratégia de Governo eletrônico, a média ponderada geral acredita

que o uso do PJe melhora a qualidade da atividade judicial (54,2%) e permite o adequado cumprimento de prazos (51,5%).

Gráfico 21 - Qualidade do PJe (índice geral correspondente às respostas “excelente” e “bom”) - Justiça do Trabalho (agregado)



Fonte: CSJT (2018)

Já no recorte referente à Justiça do Trabalho, os índices gerais de qualidade do PJe quanto às respostas “excelente” e “bom” (resultado agregado) superaram o esperado, suspeitando-se que a adoção do PJe em 100% das unidades jurisdicionais em 2017, bem como a migração para a versão 2.x do Sistema impulsionou os percentuais apurados, de 80,06% para o público interno (servidores e magistrados); e de 68,66% para o público externo (advogados e Ministério Público).

Assim, as evidências demonstradas por meio dos quadros e gráficos colacionados denotam impacto positivo da transformação digital do Judiciário em relação ao fator *U.X.*

CONSIDERAÇÕES FINAIS E CONCLUSÕES

De modo geral, o que se percebe da análise quantitativa é que dois fatores apresentam resultados positivos quando comparados os modelos de gestão do serviço “entrega da prestação jurisdicional” no meio físico e em ambiente eletrônico. A duração razoável do processo, preconizada constitucionalmente, ganha novos contornos quando a transformação digital do Judiciário toma forma. Do mesmo modo, no aspecto da experiência do usuário, por mais que possam existir críticas no que diz respeito ao modelo (ainda) multissistêmico, bem como na escolha do sistema de processo judicial eletrônico mais adequado ao Judiciário brasileiro, observa-se que os usuários - tanto internos quanto externos - têm experiências (expectativas e sensações; subjetivas, portanto) positivas com a virtualização do Poder Judiciário.

Por outro lado, não foram constatados resultados positivos quanto aos fatores “eficácia das decisões judiciais” e “orçamento - custo de tramitação”, identificando-se certa estagnação nos índices apurados, inclusive com certo viés de alta no aspecto orçamentário, embora exista a sensação de que tais medidas tenderão a se converter em resultados positivos no prazo mais longo, conforme apurado durante entrevista semiestruturada em

profundidade com o Secretário de Governo Digital da Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital do Ministério da Economia, Luis Felipe Salin Monteiro.

Consigna-se a sugestão, quanto ao custo de tramitação, de estudo futuro com análise específica considerando outros parâmetros de investigação, dentre os quais o impacto da celeridade sobre a produtividade e o efeito deste resultado no orçamento. Ou, ainda, as relações de economia de papel ou deslocamento sobre o custo, assim como o melhor aproveitamento de servidores públicos no apoio à prática de atos processuais a partir do rearranjo de rotinas internas das unidades judiciárias.

Já quanto ao levantamento qualitativo, notadamente o apurado nas entrevistas realizadas, denotou-se a tímida interlocução entre Poder Judiciário e Governo eletrônico. O que parece ter ficado claro é a carência de estrato normativo prevendo alinhamento entre Poderes, determinando ao Judiciário que participe da Política e da Estratégia nacionais de Governança Digital, havendo oportunidade para que o CNJ vá “de reativo a proativo” (segunda dimensão do Governo digital), editando norma que - independente da participação direta do Judiciário na EGD - alinhe a transformação digital deste Poder aos projetos voltados à prestação de serviços públicos com uso de novas tecnologias.

Nesse passo, as análises qualitativa e quantitativa orientam no sentido de que a transformação digital do serviço público “entrega da prestação jurisdicional”, nos últimos cinco anos, alcançou resultados positivos de celeridade e de experiência do usuário, não refletindo da mesma forma quanto aos fatores de eficácia e orçamentário. No contexto do Governo eletrônico, não foi possível associar positivamente a criação de redes multitarefas e integração entre órgãos da Administração (Judiciário - eGov) aos resultados observados.

Espera-se, portanto, haver contribuído para a gestão do Judiciário, auxiliando em novas tomadas de decisão que envolvam o tema, notadamente naquilo que diz respeito ao uso de evidência científica para o direcionamento das políticas públicas de migração dos serviços da Justiça para o meio eletrônico.

REFERÊNCIAS

CARDOSO, Regina Luna Santos; SANTOS, Luiz Alberto. *Governo eletrônico no Brasil: modernização do Estado e políticas para inclusão digital no contexto do ajuste fiscal*. UFSC, 2011. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/governo-eletronico-no-brasil-modernizacao-do-estado-e-politicas-para-inclusao-digital-no-co>.

CARVALHO, Maximiliano Pereira *et al.* *Princípios do processo em meio reticular-eletrônico*. São Paulo: LTr, 2017.

CASTRO, Bruna A. *Digitalização, digitização ou transformação digital?* SML Brasil, 2017. Disponível em: <https://blog.smlbrasil.com.br/digitalizacao-digitizacao-ou-transformacao-digital/>. Acesso em: 12 mar. 2019.

COELHO, Espártaco Madureira. Governo eletrônico e seus impactos na estrutura e na força de trabalho das organizações públicas. *Revista do Serviço Público*, ano 52, n. 2, abr./jun. 2001. p. 111-136.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

GARRETT, Jesse James. *The elements of user experience: user-centered design for the web*. Nova Iorque: AIGA, 2003.

MAKOWIECKY SALLES, Bruno. Acesso à Justiça na era da Judicialização. *Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional*, Santa Catarina, v. 4, n. 1, 2016.

MARTINS, Humberto Falcão; MARINI, Caio. *Um guia de governança para resultados na Administração Pública*. Brasília: Publix, 2010.

SILVEIRA, Ricardo Geraldo Rezende. *Acesso à Justiça: o direito fundamental em um ambiente de recursos escassos*. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2018.

SCHWAB, Klaus. *A Quarta Revolução Industrial*. São Paulo: Edipro, 2016.

VIANNA, Luiz Werneck; CARVALHO, Maria Alice Rezende; BURGOS, Marcelo Baumann. *Quem somos: a magistratura que queremos*. Rio de Janeiro: AMB, 2018.

YIN, R. K. *Estudo de caso: planejamento e métodos*. Porto Alegre: Bookman, 2001.

**JUÍZES CONSTITUCIONAIS E PARLAMENTOS
A EXPERIÊNCIA DE PORTUGAL ***

**CONSTITUTIONAL JUDGES AND PARLIAMENTS
THE PORTUGAL EXPERIENCE**

JORGE MIRANDA

Professor Doutor da Universidade de Lisboa
e da Universidade Católica Portuguesa.

SUMÁRIO: I. Democracia e estado de direito: 1. Princípio democrático e Estado de Direito; 2. Justiça constitucional e princípio democrático; 3. Os juízes constitucionais em Portugal - II. Quadro institucional das relações entre os Parlamentos e os Tribunais Constitucionais - III. Quadro substancial das relações entre os Parlamentos e os Tribunais Constitucionais - IV. As relações entre os actores: testemunhos e debates.

Parlamento e justiça constitucional. Parlamento, órgão baseado no sufrágio universal e directo. Justiça constitucional, função a cargo de um Tribunal Constitucional ou de órgão homólogo ou, em sistema difuso, de uma pluralidade de tribunais. Parlamento, expressão de democracia. Justiça Constitucional, expressão de Estado de Direito. Parlamento e Tribunal Constitucional, Estado de Direito democrático.

É a partir das relações necessárias assim estabelecidas que se vai examinar as relações entre Parlamento e Justiça Constitucional. Numa primeira fase, são feitas considerações gerais. Na segunda, na terceira e na quarta parte responder-se-á às perguntas formuladas na grelha de orientação enviada de Aix-en-Provence.

* Artigo de autor convidado.

Data de recebimento do artigo: 12.02.2020.

Data de aprovação pelo Conselho Editorial: 12.03.2020.

I. DEMOCRACIA E ESTADO DE DIREITO

1. Princípio democrático e Estado de Direito

1. Democracia e Estado de Direito não se confundem. Houve democracia sem Estado de Direito (a democracia jacobina, a cesarista, a soviética e, mais remotamente, a ateniense). E houve Estado de Direito sem democracia (de certo modo, na Alemanha do século XIX).

Mas a democracia representativa postula Estado de Direito. Postula-o pela sua complexidade organizatória e procedimental, traduzido na separação de poderes e no respeito da lei (Estado de Direito formal). E postula-o pela exigência de garantia dos direitos fundamentais: o direito de sufrágio e os demais direitos políticos se valem em si mesmos pelo valor da participação, valem, sobretudo, enquanto postos ao serviço da autonomia e da realização das pessoas (Estado de Direito material).

Não basta proclamar o princípio democrático e procurar a coincidência entre a vontade política manifestada pelos órgãos de soberania e a vontade popular manifestada por eleições. É necessário estabelecer um quadro institucional em que esta vontade se forme em liberdade e em que cada pessoa tenha a segurança da previsibilidade do futuro. É necessário que não sejam incompatíveis o elemento objectivo e o elemento subjectivo da Constituição e que, pelo contrário, eles se desenvolvam simultaneamente.

Há uma interacção de dois princípios substantivos - o da soberania do povo e o dos direitos fundamentais - e a mediatização dos princípios adjectivos da constitucionalidade e da legalidade. Numa postura extrema de irrestrito domínio da maioria, o princípio democrático poderia acarretar a violação do conteúdo essencial de direitos fundamentais; assim como, levado aos últimos corolários, o princípio da liberdade poderia recusar qualquer decisão política sobre a sua modelação; o equilíbrio obtém-se pelo esforço de conjugação, constantemente renovado e actualizado, de princípios, valores e interesses, bem como por meio de uma complexa articulação de órgãos políticos e jurisdicionais, com gradações conhecidas.

À luz desta concepção, justifica-se definir o constitucionalismo como a teoria segundo a qual a maioria deve ser restringida para protecção dos direitos individuais.¹ Já não configurar os direitos como triunfos contra a maioria.² Nem os direitos fundamentais podem ser assegurados e efectivados plenamente fora da democracia representativa, nem esta se realiza senão pelo exercício de direitos fundamentais. E, se ocorrem desvios ou violações,

¹ DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. 1977, 5. reimpressão, Londres, 1987. p. 132 e segs., *maxime* 142.

² NOVAIS, Jorge Reis. *Os direitos fundamentais triunfo contra a maioria*. Coimbra, 2006. p. 17 e segs. Na mesma linha, DIMOULIS, Dimitri. Direitos fundamentais e democracia. Da tese da complementaridade à tese do conflito. In: *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, n. 1, jan./mar. 2007. p. 200 e segs., *maxime* 207.

o Estado de Direito democrático dispõe de mecanismos de resposta adequados - os de fiscalização da constitucionalidade e da legalidade.

Como salienta Jürgen Habermas, princípio democrático e princípio do Estado de Direito são princípios co-originários. Um não é possível sem o outro, sem que, por isso, se imponham restrições ao outro. E pode-se exprimir esta intuição de “co-originariedade”, dizendo que a autonomia privada e a autonomia pública se postulam uma à outra. São conceitos interdependentes e de implicação material. Para fazer um uso apropriado da sua autonomia pública, garantida por direito político, é preciso que os cidadãos sejam suficientemente independentes, graças a uma autonomia privada igualmente assegurada a todos.

Neste sentido, os membros da sociedade não desfrutarão igualmente de igual autonomia privada - as liberdades de acção subjectiva não terão para eles o “mesmo valor” - senão, na medida em que, como cidadãos, fazem um uso apropriado da sua autonomia pública.³

2. É como Estado de Direito democrático⁴ que a Constituição define a República Portuguesa (preâmbulo e arts. 2º e 9º, alínea b); e tal é o regime político (conceito que está para além de forma de governo) vigente desde 1976.

O poder político pertence ao povo e é exercido de acordo com o princípio da maioria (arts. 2º, 3º, nº 1, 10º, nº 1, 108º, 114º, nº 1, 187º, etc.), mas está subordinado - material e formalmente - à Constituição (arts. 3º, nº 2, 108º, 110º, nº 2, 225º, nº 3, 266º, 288º, etc.), com a conseqüente fiscalização jurídica dos actos do poder (arts. 3º, nº 3, 204º, 268º, nº 4, 278º e segs.). Subordinado e, portanto, limitado.

Os princípios do Estado de Direito encontram-se depois implícita ou explicitamente ínsitos no texto constitucional: princípio da proporcionalidade (artigos 18º, nº 2, 19º, nº 4, etc.), princípio da segurança jurídica (artigos 18º, nº 3, 32º, nº 9, 102º, nº 3, 266º, nº 2, 280º, nº 3, 282º, nº 4), tutela jurisdicional da constitucionalidade (artigos 204º e 27º e segs.); tutela jurisdicional da legalidade administrativa (artigos 266º, nº 2 e 268º, nºs 4 e 5) e responsabilidade civil das entidades públicas por acções ou omissões lesivas dos direitos dos particulares (artigos 22º, 27º, nº 5, 29º, nº 6 e 271, nº 1).

2. Justiça constitucional e princípio democrático

1. Em estritos termos jurídicos, a legitimidade do tribunal constitucional não é maior, nem menor do que a dos órgãos políticos: advém da Constituição. E, se esta Constituição deriva de um poder constituinte democrático, então ela há de ser, natural e forçosamente, uma legitimidade democrática.

³ *Le paradoxe de l'État de droit démocratique*, trad. In: *Les Temps Modernes*, set./out. 2000. p. 78.

⁴ Cfr. MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. IV, 4. ed. Coimbra, 2008. p. 209 e segs.; GOMES CANOTILHO, J. J. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra, 2004. p. 243 e segs.; NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra, 2004. p. 49 e segs.; AMARAL, Maria Lúcia. *A forma da República*. Coimbra, 2005.

Perspectiva diferente abarca o plano substantivo das relações interorgânicas, da aceitação pela colectividade, da legitimação pelo consentimento. Como justificar o poder de um tribunal constitucional (ou de órgão homólogo) de declarar a inconstitucionalidade de uma lei votada pelo Parlamento ou pelo próprio povo? Como compreender que ele acabe por conformar não só negativamente (pelas decisões de inconstitucionalidade), mas também positivamente (pelos outros tipos de decisões) o ordenamento jurídico? Como conciliar, na prática, a fiscalização jurisdiccional concentrada e o princípio da constitucionalidade com o princípio de soberania do povo?⁵

⁵ Cfr., entre tantos, ALDO SANDULLI, Sulla "posizione" della Corte Costituzionale nel sistema degli organi supremi dello Stato. In: *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1960. p. 705 e segs.; PAOLO BARILE, La Corte Costituzionale organo sovrano. In: *Studi in onore di Emilio Crosa*, obra colectiva, I, Milão, 1960. p. 527 e segs.; GEHRARDT LEIBHOLZ, El Tribunal Constitucional de la República Federal de Alemania y el problema de la apreciación judicial de la política. In: *Problemas fundamentales de la democracia moderna*, trad., Madrid, 1971. p. 147 e segs.; OTTO BACHOF, *Estado de Derecho e Poder Político*: os Tribunais Constitucionais entre o Direito e a Política. Trad., Coimbra, 1980; GARCIA DE ENTERRIA, La posición jurídica del Tribunal Constitucional en el sistema español; posibilidad y perspectivas. In: *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1981. p. 35 e segs.; GARCIA Pelayo, *El "status" de Constitucional*, ibidem, 1981. p. 11 e segs.; JAVIER SALAS, *El Tribunal Constitucional Español y su competencia desde la perspectiva de la forma de gobierno*, ibidem, 1982. p. 141 e segs.; PAOLO CARETTI e ENZO CHELI, Influenza dei valori costituzionali sulla forma di governo: il ruolo della giustizia costituzionale. In: *Quaderni Costituzionali*, 1984. p. 24-25-36; ALESSANDRO PACE, Corte Costituzionale e "altri" giudici, tra "garantismo" e "sensibilità politica". In: *Scritti in onore di Vezio Crisafulli*, obra colectiva, I, p. 587 e segs.; GOMES CANOTILHO, Para uma teoria pluralista da jurisdição constitucional. In: *Revista do Ministério Público*, 1988. p. 9 e segs.; *Jurisdição constitucional e intranquilidade discursiva*, cit., loc. cit.; CARLOS S. NINO, La filosofía del control judicial de constitucionalidad. In: *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n. 4, set./dez. 1989. p. 79 e segs.; OTTO KIMMINICH, A jurisdição constitucional e o princípio da divisão de poderes. In: *Revista de Informação Legislativa*, n. 105, jan./mar. 1989. p. 283 e segs.; RONALD DWORKIN, Equality, democracy and Constitution: We the People in Court. In: *Alberta Law Review*, XXVIII, n. 2, 1990. p. 324 e segs.; MAURO CAPPELLETTI, *Le Pouvoir des Juges*, cit., p. 249 e segs.; JÜRGEN HABERMAS, *Faktizität und Geltung Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des Demokratischen Rechtsstaats*, 1992, trad. Droit et démocratie, Paris, 1997. p. 261 e segs.; YOICHI HIGUCHI, La légitimité du juge constitutionnel et la théorie de l'interprétation. In: *Rapports Généraux - XIVème Congrès International - Académie Internationale de Droit Comparé*, Atenas, 1994. p. 597 e segs.; *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*, obra colectiva, Coimbra, 1995; PAULO CASTRO RANGEL, O legislador e o Tribunal Constitucional. In: *Direito e Justiça*, 2, 1997. p. 195 e segs.; LOUIS FAVOREU, La notion de Cour Constitutionnelle. In: *Perspectivas Constitucionais*, obra colectiva, III, Coimbra, 1998. p. 1067 e segs.; GUY SCOFFONI, La légitimité du juge constitutionnel en droit comparé: les enseignements de l'expérience américaine. In: *Revue internationale de droit comparé*, 1999. p. 243 e segs.; CRISTINA QUEIROZ, *Interpretação constitucional e poder judicial*, Coimbra, 2000. p. 313 e segs.; CARDOSO DA COSTA, Algumas reflexões em torno da justiça constitucional. In: *Perspectiva do Direito no início do século XXI*, obra colectiva, Coimbra, 2000. p. 113 e segs.; ANTÔNIO DE ARAÚJO e PEDRO COUTINHO MAGALHÃES, A Justiça constitucional: uma instituição contra as maiorias? In: *Análise Social*, n. 154, 155, Verão de 2000. p. 207 e segs.; JOSÉ ADÉRCIO LEITE SAMPAIO, *A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional*, Belo Horizonte, 2002. p. 60 e segs.; CÉSAR SALDANHA SOUZA JÚNIOR, *O Tribunal Constitucional como poder*, São Paulo, 2002; LUIS ROBERTO BARROSO, op. cit., p. 501 e segs.; ANDRÉ RAMOS TAVARES, *Teoria da Justiça Constitucional*, São Paulo, 2005. p. 491 e segs.; OMAR CHIESSA, Corte Costituzionale e trasformazione della democrazia pluralistica. In: *Corte Costituzionale e processi di decisione politici*, obra colectiva, Turim, 2005. p. 17 e segs., maxime 46 e segs.; WALBER DE MOURAAGRA, *A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal*, Rio de Janeiro, 2005, maxime p. 107 e segs.; MARC VERDUSSEN, Un procès constitutionnel légitime. In: *Renouveau... Mélénges in honneur de Louis Favreau*, obra colectiva, Paris, 2004. p. 473 e segs.

Ora, se democracia postula maioria - com as múltiplas interpretações e reelabora-ções filosóficas e teóricas de que tem sido alvo⁶ - não menos, naturalmente, ela postula o respeito das minorias e, por meio ou para além dele, o respeito dos direitos fundamentais. Critério de decisão, a regra da maioria não se reconduz a simples convenção, instrumento técnico ou presunção puramente negativa de que ninguém conta mais do que outrem; reconduz-se à afirmação positiva da igual dignidade de todos os cidadãos, e reconduz-se ao reconhecimento de que a vontade soberana se forma no contraditório e na alternância.⁷

Assim sendo, a fiscalização, mesmo quando de carácter objectivista, em último termo visa à salvaguarda dos valores de igualdade e liberdade. Toma-os como pontos de referência básicos quando dirigida ao conteúdo dos actos, à inconstitucionalidade material. E tão pouco deixa de se lhes reportar, quando voltada para a inconstitucionalidade orgânica e formal, na medida em que não se concebe maioria sem observância dos procedimentos constitucionalmente estabelecidos. Ela só é contramajoritária ao inviabilizar ou infringir esta ou aquela pretensão de maioria, não considerada no contexto global do sistema.⁸

2. Os tribunais constitucionais aparecem, na generalidade dos países, com estrutura arredada da estrutura dos demais tribunais, com juízes escolhidos pelos Parlamentos e (ou) pelos Presidentes da República sem atinência (ou atinência necessária) às carreiras judiciárias (e algo de semelhante sucede, como se sabe, com os tribunais supremos no modelo judicialista norte-americano).

No entanto, pergunta-se como pode um tribunal com juízes designados desta maneira vir a sindicar os actos daqueles órgãos; como pode a criatura fiscalizar o criador; como pode um tribunal assim composto não reproduzir a composição do Parlamento ou a orientação do Presidente. Essa a aporia do tribunal constitucional: se lhe falta a fonte de designação por órgãos representativos carece de legitimidade; se a recebe, dir-se-ia ficar desprovido de eficácia ou utilidade o exercício da sua competência.

Mas não. É, justamente, por os juízes constitucionais serem escolhidos por órgãos democraticamente legitimados - em coerência, por todos quantos a Constituição preveja, correspondentes ao sistema de governo consagrado - que eles podem invalidar actos com a força de lei. É por eles, embora por via indirecta, provirem da mesma origem dos titulares de órgãos políticos que por estes conseguem fazer-se acatar.

Os membros do Tribunal Constitucional não se tornam representantes dos órgãos que os elegem ou nomeiam, não estão sujeitos a nenhum vínculo representativo. Muito pelo contrário, uma vez designados, são completamente independentes e beneficiam de garantias e incompatibilidades idênticas às dos demais juízes; para garantia dessa independência, os seus mandatos não coincidem com os dos titulares do órgão de

⁶ V. um resumo em *Manual...*, VII, Coimbra, 2007. p. 92 e segs.

⁷ *Manual...*, VII, p. 85 e segs.

⁸ Cfr. ARAÚJO, António de; MAGALHÃES, Pedro Coutinho. A Justiça Constitucional: uma instituição contra a maioria? In: *Análise Social*, n. 154-155, Verão de 2004. p. 207 e segs.

designação, são mais longos e, por princípio, insusceptíveis de renovação; e, quando de eleição parlamentar, de ordinário requer-se maioria qualificada.

Num tribunal constitucional ou em órgão homólogo podem e devem coexistir diversas correntes jurídicas e jurídico-políticas; e, mesmo se, em órgão parlamentar, se dá a interferência dos partidos nas candidaturas (porque, quer se queira quer não, a democracia actual é uma democracia de partidos ou com partidos), essas correntes atenuam-se e, aparentemente, diluem-se, em virtude dos factores objectivos da interpretação jurídica e, sobretudo, do fenómeno de institucionalização que cria uma dinâmica e uma autonomia do órgão.⁹

Nisto tudo (insista-se) reside a especificidade da figura (ou, se se preferir, a sua ambivalência): uma legitimidade de título assimilável a dos titulares dos órgãos de função política do Estado, uma legitimidade de exercício equiparável a dos juízes dos tribunais comuns.

3. Os juízes constitucionais em Portugal

1. Portugal foi o primeiro país europeu a consagrar expressamente, na sua Constituição, o princípio da não aplicação de normas inconstitucionais pelos tribunais: foi o art. 63º da Constituição de 1911, antecedente do actual art. 204º da Constituição de 1976.

Há cem anos, precisamente, existe, pois, em Portugal um sistema de fiscalização judicial difusa, concreta e incidental, embora na prática, só nos últimos trinta e cinco anos tenha funcionado plenamente, por só a Constituição de 1976 ser uma verdadeira Constituição normativa (no sentido de Karl Loewenstein). Como as normas sobre direitos e liberdades são directamente aplicáveis (art. 18º, nº 1), a par disso, tem aumentado a consciência jurídico-constitucional geral.

A Constituição de 1976 criou também fiscalização abstracta, com três modalidades: fiscalização preventiva, sucessiva de inconstitucionalidade por acção e de inconstitucionalidade por omissão. E essa cabe, desde 1982, a um Tribunal Constitucional, que, de resto, não é apenas um tribunal de constitucionalidade, mas também um tribunal de contencioso eleitoral, referendário, partidário e, até, em certos casos, parlamentar.¹⁰

2. Entretanto, entre os tribunais em geral e o Tribunal Constitucional não existe separação, visto o Tribunal Constitucional interferir na fiscalização concreta, embora em moldes diferentes dos adoptados na maior parte dos outros Estados e, por outro lado, prevê-se a passagem da fiscalização concreta à abstracta.

Com efeito, ao contrário do que sucede na generalidade dos países com Tribunal Constitucional ou órgão homólogo (em que, suscitada a questão de inconstitucionalidade em qualquer tribunal e verificada por ele a sua pertinência, esta questão sobe em separado

⁹ Cfr. CHEVALIER, Jacques. Le juge constitutionnel et l'effet Becket. In: *Renouveau...*, obra colectiva, p. 83 e segs.

¹⁰ V. uma resenha histórica, em JORGE MIRANDA, *Manual...*, VI, 3. ed., Coimbra, 2008. p. 137 e segs.

ao tribunal constitucional para decidir), em Portugal qualquer tribunal, incluindo qualquer juiz de paz e qualquer tribunal arbitral, conhece e decide da questão de inconstitucionalidade.

Em vez de reenvio prejudicial, o que depois se prevê é a possibilidade ou a necessidade de recurso para o Tribunal Constitucional, em três hipóteses: 1ª) quando o tribunal da causa não aplica uma norma com fundamento em inconstitucionalidade; 2ª) quando, pelo contrário, tendo sido suscitada a questão de inconstitucionalidade, o tribunal não a acolha e aplique a norma; 3ª) quando um tribunal aplique uma norma julgada anteriormente inconstitucional pelo Tribunal Constitucional.

Ainda ao contrário do que sucede em muitos países, na fiscalização concreta, o Tribunal Constitucional apenas decide a questão para o caso concreto, não *erga omnes*; mas, se, no mínimo, três vezes julgar inconstitucional certa norma, poderá, por iniciativa de um dos seus juizes ou do Ministério Público, desencadear-se um processo de fiscalização abstracta tendente à declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral (art. 281º, nº 3).¹¹

3. Segundo os arts. 204º e 277º e seguintes da Constituição, o juízo de inconstitucionalidade é um juízo sobre normas - tanto normas legislativas como quaisquer outras contidas em quaisquer actos jurídico-públicos (actos emanados do Estado, das regiões autónomas e de outras entidades públicas).¹²

¹¹ Para uma visão geral do regime português de fiscalização, v. JORGE MIRANDA, *Die Verfassungsgerichtliche Kontrolle in Portugal*. In: *Richterliche Verfassungskontrolle in Lateinamerika, Spanien und Portugal*, obra colectiva, Baden-Baden, 1989. p. 81 e segs. e *Manual de Direito Constitucional*. VI, 3. ed. Coimbra, 2008; *La Justice Constitutionnelle au Portugal*, obra colectiva, Paris, 1989 (mormente a 1ª parte, de PIERRE BON, p. 21 e segs.); CARDOSO DA COSTA, *A jurisdição constitucional em Portugal*. 3. ed. Coimbra, 2007; VITALINO CANAS, *Introdução às decisões de provimento do Tribunal Constitucional*. 2. ed. Coimbra, 1994; ARISTIDE CANEPA, *Modalità strutturali ed organizzative dell'organo di giurisdizione costituzionale come elementi di tutela della sua indipendenza: osservazioni sul caso portoghese*. In: *L'organizzazione e il funzionamento della Corte Costituzionale*, obra colectiva, Turim, 1996. p. 540 e segs.; RUI MEDEIROS, *A decisão de inconstitucionalidade*, Lisboa, 1998. p. 17 e segs. e 90 e segs.; ANTÓNIO DE ARAÚJO e JOAQUIM CARDOSO DA COSTA, *Relatório português à III Conferência de Justiça Constitucional da Ibero América*. Portugal e Espanha, Lisboa, 2000; GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. cit., p. 887 e segs.; ANTÓNIO DE ARAÚJO e TELES PEREIRA, *A justiça constitucional nos 30 anos da Constituição portuguesa: nota para uma aproximação ibérica*. In: *Jurisprudência Constitucional*, n. 6, abr./jun. 2005. p. 15 e segs.; BLANCO DE MORAIS, *A justiça constitucional*. 2 volumes, Coimbra, 2005 e 2006; ROMANO ORRÚ, *La giustizia costituzionale*. In: *Azione e il paradigma comparato: l'esperienza portoghese*, in: *Costituzionali e comparazione giuridica*, obra colectiva, Nápoles, 2006. p. 1 e segs.; ALESSANDRO PIZZORUSSO, "Concretezza" e "Astrattezza" nel sistema italiano e nel sistema portoghese di controllo de costituzionalità delle leggi. In: *Themis*, 2006 - 30 anos da Constituição, p. 171 e segs.; JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, III, Coimbra, 2007. p. 247 e 701 e segs.; GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, II, 4. ed., Coimbra, 2010. p. 613 e segs. e 895 e segs.

¹² Questão que não cabe aqui apreciar vem a ser determinar o que seja norma para efeito de fiscalização. Cfr. *Manual...*, V, 4. ed., Coimbra, 2010. p. 150 e segs.

As normas do Regimento da Assembleia da República encontram-se, naturalmente, sujeitas a fiscalização da constitucionalidade. O Tribunal Constitucional assim o reconheceu, afirmando que no Regimento se contém variadíssimas normas que implicam directamente com os poderes e direitos dos deputados, grupos parlamentares e partidos, poderes e direitos esses expressamente consagrados na Constituição; e, por isso, seria absurdo que eventuais normas que contundessem com aqueles poderes e direitos não fossem passíveis de sindicabilidade.¹³

4. Juizes constitucionais, à face do Direito português, tanto são quaisquer juizes de quaisquer tribunais, corresponsabilizados pela guarda da Constituição, como os juizes do Tribunal Constitucional. Aqueles, por meio da fiscalização concreta, têm a primeira palavra, mas a última palavra e decisiva pertence ao Tribunal Constitucional - um tribunal, portanto, superior a todos os supremos tribunais.

No presente relatório, só serão, por isso, considerados os juizes do Tribunal Constitucional.

II. QUADRO INSTITUCIONAL DAS RELAÇÕES ENTRE OS PARLAMENTOS E OS TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS

1. a) Portugal é um Estado unitário, com duas regiões autónomas - os arquipélagos dos Açores e da Madeira; é um Estado unitário regional parcial.

Não existe nenhuma influência desta forma de Estado sobre as relações entre o Parlamento e o Tribunal Constitucional. Os cidadãos dos Açores e da Madeira participam, em pé de igualdade, com os do resto do país na eleição do Parlamento. As normas dimanadas dos órgãos das regiões estão sujeitas a fiscalização da constitucionalidade nos mesmos termos de quaisquer outras normas vigentes no ordenamento jurídico português (arts. 204º, 280º e 281º, nº 1, alínea a).

Em plano diferente fica o controlo da conformidade com os estatutos das regiões (que são propostos pela Assembleia Legislativa Regional e aprovados pelo Parlamento nacional) de quaisquer normas dimanadas dos órgãos regionais ou nacionais (art. 281º, nº 1, alíneas c e d, da Constituição) e os poderes de iniciativa de fiscalização de inconstitucionalidade de órgãos regionais por violação dos direitos das regiões autónomas (arts. 281º, nº 2, alínea g e 283º, nº 1).

b) O Parlamento Português, chamado Assembleia da República, é unicameral e eleito segundo o princípio da representação proporcional.

Esta estrutura não tem nenhuma influência sobre as relações com o Tribunal Constitucional.

2. a) O Tribunal Constitucional é composto por 13 juizes, dos quais 10 eleitos pelo Parlamento por maioria de dois terços dos Deputados presentes, desde que superior

¹³ Acórdão nº 63/93, de 19 de março de 1991, in: *Diário da República*, 2ª série, de 3 de julho de 1991.

à maioria absoluta dos Deputados em efectividade de funções e 3 cooptados pelos 10 primeiros (arts. 222º, nº 1 e 263º, alínea *h*, da Constituição).

Seis de entre os juízes designados pela Assembleia da República ou cooptados são obrigatoriamente escolhidos entre juízes dos restantes tribunais e os restantes de entre juristas (art. 222º, nº 2); juízes dos restantes tribunais, e não necessariamente dos tribunais superiores das duas ordens de jurisdição (civil e penal e administrativa e tributária).

O mandato dos juízes tem a duração de nove anos e não é renovável (art. 222º, nº 3). O presidente é por eles eleito (art. 222º, nº 4).

Com vista a assegurar a continuidade do Tribunal, a partir da revisão constitucional de 1997, há renovação de metade dos juízes de quatro anos e meio em quatro anos e meio.

Na prática, por acordo não escrito entre os dois principais partidos políticos (o Partido Social-Democrata e o Partido Socialista), cada um destes partidos propõe cinco candidatos a juízes a eleger pelo Parlamento, mas o outro tem o direito de não os aceitar, o que obriga a uma negociação complexa até se chegar a acordo.¹⁴ E também se dá alternância de presidente entre juízes propostos por um ou por outro partido ao fim de cada quatro anos e meio.

2.2. A eleição parlamentar decorre do que acima se referiu acerca da legitimação democrática do Tribunal. E a maioria qualificada para a eleição, como sucede em quase todos os países como órgão homólogo, propicia um consenso alargado e a escolha de pessoas mais sintonizadas com ideias de Direito situadas no “arco constitucional” ou, dito de outro modo, no centro político. Tal como se compreendem, para defesa da independência do Tribunal, o mandato longo (mais do dobro da duração da legislatura) e a não renovação em caso algum.

Menos congruente é que, havendo em Portugal dois órgãos políticos de soberania baseados no sufrágio universal e directo - o Presidente da República e o Parlamento - apenas um deles interfira na designação dos juízes constitucionais e que o Presidente da República apenas fique com o ónus, segundo a lei, de conferir posse aos juízes (art. 20º). Tornam-se manifestos tanto a quebra do princípio democrático como o desvio ao sistema de governo semipresidencial constitucionalmente consagrado. Nem as correntes jurídico-políticas presentes na sociedade se esgotam nos dois grandes partidos.

Criticável é ainda a eleição fazer-se por lista completa correspondente ao número total de juízes a eleger, e não relativamente a cada juiz - o que dilui a liberdade de escolha dos Deputados em favor dos directórios partidários.

Também deficiência grave consiste em, pelo menos, três dos juízes de carreira (ditos juízes dos restantes tribunais) serem submetidos a sufrágio do Parlamento. Por esta

¹⁴ Cfr. PEDRO COUTINHO MAGALHÃES e ANTÓNIO DE ARAÚJO, A justiça constitucional entre o direito e a política: o comportamento judicial do Tribunal Constitucional português. In: *Análise Social*, n. 145, I, 1998. p. 18 e segs.

via, abre-se uma brecha no princípio da isenção político-partidária da magistratura, pois, se um juiz aceita ser proposto pelo partido A e outro pelo partido B, isso significa que se declaram, explícita ou implicitamente, próximos desses partidos.¹⁵

2.3. Não se veja nestes reparos uma visão negativa do lugar que, efectivamente, o Tribunal Constitucional, tem ocupado na vida portuguesa desde 1983. A minha visão é largamente positiva sem prejuízo de discordâncias quanto a muitas das decisões.

Até na fiscalização preventiva (pela natureza das coisas, poderia acrescentar-se), se em alguns acórdãos se terão vislumbrado conotações político-partidárias, na maior parte das vezes as maiorias quanto à pronúncia no sentido da inconstitucionalidade ou da não inconstitucionalidade têm sido mais amplas do que as que traduziriam as originárias designações parlamentares. A função institucional do juiz tem prevalecido.

2. b) A organização, o funcionamento e o processo do Tribunal Constitucional entram nas matérias de reserva absoluta de competência legislativa da Assembleia da República (art. 164º, alínea c da Constituição), não se admitindo, portanto, qualquer possibilidade de delegação ao Governo.

A respectiva lei tem a categoria de lei orgânica (expressão vinda do Direito francês para abranger leis consideradas de execução imediata da Constituição ou politicamente mais importantes). E estas leis (art. 166º, nº 2) têm um regime específico, caracterizado por: aprovação, na votação final global, por maioria absoluta dos Deputados em efectividade de funções (art. 168º, nº 5); em caso de veto do Presidente da República, pela exigência, para confirmação parlamentar, de dois terços dos Deputados presentes, desde que superior à maioria absoluta dos Deputados em efectividade de funções (art. 136º, nº 3); e pela sujeição a fiscalização preventiva pelo Tribunal Constitucional por iniciativa não só do Presidente da República mas também do Primeiro-Ministro ou de um quinto dos Deputados em efectividade de funções (art. 278º, nº 4).¹⁶

2. c) Além da possibilidade de iniciativa acabada de referir, na fiscalização sucessiva abstracta de inconstitucionalidade por acção, um décimo dos Deputados à Assembleia da República pode requerer a apreciação e a declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral de qualquer norma jurídica.

Na prática, têm sido em pequeno número os pedidos de fiscalização vindos do interior do Parlamento e têm-se confinado a algumas leis mais controversas.

¹⁵ Com isto não defendo que juizes de carreira não devam fazer parte do Tribunal Constitucional. Pelo contrário, acho que é muito conveniente que façam parte, pela convivência que desenvolvem com juristas académicos, pela troca de experiências que isso permite e pela reciproca abertura a diversos modelos de encarar as questões, pelo pluralismo, em suma, que, sob este aspecto, o Tribunal adquire.

O que venho preconizando há muito é um sistema misto, com os juizes a eleger pela Assembleia da República não podendo ser juizes de carreira e com os juizes a designar pelo Presidente da República e os juizes a cooptar tendo de ser juizes de carreira.

¹⁶ Do Primeiro-Ministro para hipótese de Governo minoritário; de um quinto dos Deputados, para garantia das minorias.

3. a) A Constituição não autonomiza propriamente uma função de controlo da repartição de poderes entre o Estado e as regiões autónomas. Mas a já mencionada (em 1. a) fiscalização da constitucionalidade e da legalidade tanto de normas dimanadas de órgãos do Estado, de órgãos de soberania, como de normas dimanadas de órgãos das regiões, de órgãos de autonomia, desempenha esse papel. É relativamente abundante a jurisprudência sobre a questão.¹⁷

b) Além da já referida sindicabilidade das normas do Regimento da Assembleia da República, a Constituição confere competência ao Tribunal Constitucional para julgar, a requerimento de Deputados, os recursos relativos à perda de mandato e às eleições realizadas na Assembleia da República, bem como nas assembleias legislativas regionais (art. 223º, nº 2, alínea g). É um progresso no sentido do reforço do Estado de Direito, pelo que significa de subordinação a controlo judicial de actos políticos que podem afectar as garantias democráticas do Parlamento. O processo está regulado na lei orgânica do Tribunal (arts. 91º-A e 102º-D).

A doutrina dos vícios *interna corporis acta* está em crise perante as exigências do Estado de Direito.

III. QUADRO SUBSTANCIAL DAS RELAÇÕES ENTRE OS PARLAMENTOS E OS TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS

1.1. O legislador - quer dizer, a lei - ocupa, naturalmente, o lugar primacial na produção normativa. Os regulamentos (do Estado, das regiões autónomas, dos municípios e das outras entidades públicas) situam-se em plano secundário e só estão sujeitos a fiscalização de constitucionalidade quando infringjam directamente a Constituição.¹⁸

Mas esse lugar não é determinante hoje como era noutros tempos, devido à vigência automática na ordem interna das normas de Direito internacional convencional e de Direito da União Europeia (art. 8º da Constituição), sobretudo normas da União Europeia, que vão ocupando crescentemente os sectores do Direito económico, do Direito do ambiente, do Direito do consumidor, etc.

1.2.1. O juiz constitucional não emite normas, não é um dos “actores” da produção normativa. No entanto, indirectamente pode contribuir para tal, pelo impacto que as suas decisões adquirem sobre o legislador, levando-o a fazer novas normas em vez das que tenham sido declaradas inconstitucionais ou das que tenham sido objecto de decisões interpretativas, limitativas e aditivas.

1.2.2. Em primeiro lugar, as declarações de inconstitucionalidade com força obrigatória geral (art. 282º) implicam que:

¹⁷ Cfr., por exemplo, recentemente, acórdão nº 258/2007, de 17 de abril, *in: Diário da República*, 2ª série, de 25 de maio de 2007; ou acórdão nº 402/2008, de 29 de julho, *ibidem*, 1ª série, de 18 de agosto de 2008.

¹⁸ O controlo de legalidade dos regulamentos incumbe aos tribunais administrativos.

a) Os órgãos administrativos,¹⁹ os tribunais em geral e o próprio Tribunal Constitucional não mais podem aplicar a norma em causa;²⁰

b) Os particulares não mais podem invocar essa norma nas relações entre eles ou perante os poderes públicos;²¹

c) Quando a inconstitucionalidade seja material, o órgão autor do acto ou da norma não pode voltar a emití-la sem que sofra mutação a norma constitucional parâmetro;

d) Quando a inconstitucionalidade seja orgânica ou formal,²² o órgão autor da norma não pode voltar a emitir a norma sem que afaste os vícios que inquinam o acto que a gerou;

e) Em especial, o legislador não pode convalidar, por via legislativa, actos praticados à sombra de lei inconstitucional;

f) O legislador pode, depois de revisão constitucional, emitir lei igual à que foi declarada inconstitucional; mas não pode conferir-lhe eficácia retroactiva, pelo mesmo motivo - o valor ou primado da Constituição - visto que, por revisão constitucional, não se convalida lei contrária à norma por ela revogada.²³

1.2.3. De qualquer forma, a força obrigatória geral não colide com a natureza jurisdicional da decisão. É algo inerente à decisão, não algo que acresça, enxertado ou acessório.

O Tribunal, como qualquer tribunal, decide uma questão jurídica - a da constitucionalidade ou da legalidade de uma norma - à luz da norma aplicável - que é a norma constitucional ou legal. A despeito de repercussões ou conexões políticas, ele não define ou prossegue o interesse público (ou um interesse público primário) como os órgãos de função política, nem sequer faz interpretação autêntica da Constituição.

Por isso, se escreve que a anulação de uma norma com fundamento na violação de outra é diferente da revogação: esta é um acto de decisão - opção desvinculada (é acto de oportunidade); e a anulação é, em princípio, acto vinculado normativamente, é juízo normativo estrito.²⁴ Ou que o acórdão com força obrigatória geral surge no exercício da jurisdição, entendida no seu sentido próprio e substancial.²⁵ Ou que o Tribunal Constitucional é controlador de normas, não co-produtor de normas jurídicas.²⁶

¹⁹ Cfr. o acórdão do Supremo Tribunal Administrativo de 28 de janeiro de 1988, in: *Acórdãos Doutriniais*, n. 325, 1989, p. 34: tendo o Tribunal Constitucional declarado a inconstitucionalidade com força obrigatória geral de uma norma, é nula por usurpação de poder a decisão da Administração que aplica uma medida por ela autorizada.

²⁰ Cfr. acórdão n.º 78/85, de 7 de maio, in: *Diário da República*, 2. série, n. 170, de 26 de julho de 1985.

²¹ Cfr. acórdão n.º 119/90, de 18 de abril, in: *Diário da República*, 2. série, n. 204, de 4 de setembro de 1990, ou acórdão n.º 385/98, de 19 de maio, ibidem, n. 277, de 30 de novembro de 1998.

²² Cfr. o acórdão n.º 92/84, de 31 de agosto, in: *Diário da República*, 1. série, n. 258, de 7 de novembro de 1984.

²³ Cfr. MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. II, 6. ed. Coimbra, 2007. p. 328 e 329.

²⁴ CASTANHEIRA NEVES. *O instituto dos "assentos" e a função jurídica dos Supremos Tribunais*. Coimbra, 1983. p. 612-613.

²⁵ OLIVEIRA ASCENSÃO. Os Acórdãos com Força Obrigatória Geral do Tribunal Constitucional como fonte de Direito. In: *Nos dez anos da Constituição*, obra colectiva, Lisboa, 1987. p. 261. Cfr., também, AFONSO QUEIRÓ. A função administrativa. In: *Revista de Direito e Estudos Sociais*, 1977. p. 29-30.

²⁶ GOMES CANOTILHO, J. J. A Concretização da Constituição pelo Legislador e pelo Tribunal Constitucional. In: *Nos dez anos da Constituição*, obra colectiva, Lisboa, 1987. p. 353.

Precisando, ou explicitando melhor:

a) O Tribunal Constitucional nunca tem a iniciativa da declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade, está sempre adstrito a uma iniciativa externa, ao princípio do pedido;

b) Requerida a apreciação do acto ou da norma, o Tribunal fica obrigado a decidir;

c) O Tribunal não pode interpretar, modificar, suspender ou revogar a decisão que venha a tomar;²⁷

d) Cabendo ao Tribunal Constitucional também conhecer de recursos em fiscalização concreta, deve decidir todos os recursos pendentes sobre a mesma questão de inconstitucionalidade de acordo com essa declaração;²⁸

e) Se, porventura, qualquer tribunal aplicar a norma declarada inconstitucional e sendo chamado o Tribunal Constitucional a intervir, ele não poderá reapreciar a sua decisão, apenas poderá determinar que ela seja cumprida;

1.2.4. Em segundo lugar, em fiscalização concreta podem ser proferidas por Tribunal Constitucional decisões interpretativas com três conteúdos possíveis:

- Interpretação concordante com a que o tribunal *a quo* tenha proferido de modo a não recusar a aplicação da norma impugnada (art. 280º, nº 1, alínea *b*, da Constituição);

- Interpretação discordante da que o tribunal *a quo* tenha adoptado e, igualmente, sem conduzir à recusa de aplicação da norma;

- Interpretação em contraste com a do tribunal *a quo*, o qual agora havia concluído pela inconstitucionalidade.

No caso de o juízo de constitucionalidade ou de legalidade sobre a norma que a decisão recorrida tiver aplicado, ou a que tiver recusado aplicação, se fundar em determinada interpretação da mesma norma, esta deverá ser aplicada com tal interpretação no processo em causa (art. 80º, nº 3 da lei orgânica).

E o próprio Tribunal sustenta, num dos seus acórdãos, que, funcionando como última instância de recurso de constitucionalidade das leis, não pode ser cerceado nos seus poderes cognitivos por decisão anterior não transitada em julgado, proferida no processo a que o recurso respeita. Isso equivaleria a negar-lhe a sua finalidade de garante da Constituição em sede de fiscalização concreta, que, precisamente, se traduz em decidir da constitucionalidade ou inconstitucionalidade das normas cuja aplicação ou recusa de aplicação ocorrer em qualquer outro tribunal. Os poderes cognitivos têm de assumir a máxima amplitude.²⁹

1.2.5. A limitação dos efeitos da inconstitucionalidade ou, mais do que dos efeitos, da própria inconstitucionalidade resulta da conveniência de temperar o rigor das decisões,

²⁷ Nem sequer se, por revisão constitucional, for suprimida ou modificada a norma que serviu de fundamento à decisão. Simplesmente, a força formal passiva desta - reagindo contra lei oposta àquela norma - cessará.

²⁸ GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional...* op. cit., p. 1012.

²⁹ Acórdão nº 2/84, de 11 de janeiro, in: *Diário da República*, 2. série, n. 97, de 26 de abril de 1984, n. 4.2.4.

adequando-as às situações da vida, em nome de outros princípios e interesses constitucionalmente protegidos.³⁰

Envolve, pois, uma tarefa de harmonização e concordância prática. E acaba (por paradoxal que pareça *prima facie*) por servir de instrumento de garantia, porque se ela se não operasse, poderiam os órgãos de fiscalização, para evitar consequências demasiado gravosas, vir a não decidir pela inconstitucionalidade.

Como escreve Bachof, os tribunais constitucionais consideram-se não só autorizados mas inclusivamente obrigados a ponderar as suas decisões, a tomar em consideração as possíveis consequências destas. É assim que eles verificam se um possível resultado da decisão não seria manifestamente injusto, ou não acarretaria um dano para o bem público, ou não iria lesar interesses dignos de protecção de cidadãos singulares. Não pode entender-se isto, naturalmente, como se os tribunais tomassem como ponto de partida o presumível resultado da sua decisão e passassem por cima da Constituição e da lei em atenção a um resultado desejado. Mas a verdade é que um resultado injusto, ou por qualquer outra razão duvidosa, é também em regra - embora nem sempre - um resultado juridicamente errado.³¹

No Direito português, o art. 282º, nº 4, dispõe que, quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito do que os estabelecidos em geral.

1.2.6. Nas decisões aditivas (também ditas modificativas ou manipulativas) a inconstitucionalidade detectada não reside tanto naquilo que a norma preceitua quanto naquilo que ela não preceitua; ou, por outras palavras, a inconstitucionalidade acha-se na norma na medida em que não contém tudo aquilo que deveria conter para responder aos imperativos da Constituição. E então, o órgão de fiscalização acrescenta (e, acrescentando, modifica) esse elemento que falta.

Uma lei, ao atribuir um direito ou uma vantagem (*v. g.*, uma pensão) ou ao adstringir a um dever ou ónus (*v. g.*, uma incompatibilidade), contempla certa categoria de pessoas e não prevê todas as que se encontrem na mesma situação, ou acolhe diferenciações infundadas. Que fazer: eliminar os preceitos que, qualitativa ou quantitativamente, violem o princípio de igualdade? Ou, pelo contrário, invocando os valores e interesses constitucionais que se projectam nessas situações, restabelecer a igualdade? Decisões aditivas são, em especial, as que adoptam o segundo termo da alternativa.

Nas decisões redutivas ou de inconstitucionalidade parcial há um segmento de norma que cai para ela ser salva. Nas decisões aditivas há um segmento ou uma norma

³⁰ Cfr. a noção de “situações constitucionais imperfeitas” em GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, cit., p. 955.

³¹ Estado de Direito e poder político. In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 1980, p. 15.

que se acrescenta com idêntico fim. E nisto, por seu turno, se denota algo de comum às decisões limitativas e, dalguma sorte, mesmo às decisões interpretativas: todas elas pressupõem um sistema de fiscalização que, longe de se fechar sobre si, aparece inserido no contexto global de Constituição e que, portanto, reconhece aos respectivos órgãos um papel activo de realização dos princípios constitucionais.

Das decisões aditivas distinguem-se as decisões integrativas, por meio das quais se interpreta certa lei (com preceitos insuficientes e, nessa medida, eventualmente inconstitucionais) completando-a com preceitos da Constituição sobre esse objecto que lhe são aplicáveis e porque directamente aplicáveis.

A diferença está em que nas decisões aditivas o órgão de fiscalização formula, implícita ou indirectamente, uma regra, ao passo que nas decisões integrativas ele vai apoiar-se directamente numa regra constitucional.

À semelhança do que vêm sucedendo noutros países (com modulações diversas) o Tribunal Constitucional português tem proferido também decisões aditivas de relevante interesse, nascidas da própria dinâmica da sua actividade.³² Nem por isso elas têm deixado de ser consideradas problemáticas por certos Autores.³³

1.2.7. Finalmente, compete ao Tribunal Constitucional - a requerimento do Presidente da República, do Provedor de Justiça (*Ombudsman*) e, com fundamento em violação de direitos das regiões autónomas, dos presidentes das Assembleias Legislativas Regionais - apreciar e verificar o não cumprimento da Constituição por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais (art. 283º, nº 1).

Eis o instituto da fiscalização de inconstitucionalidade por omissão, uma das singularidades da Constituição portuguesa quando aprovada em 1976 e que depois passaria para outros países.³⁴ E normas constitucionais não exequíveis por si mesmas são as que carecem de complementação legislativa para conformarem as situações de vida, como são, em geral, as normas sobre direitos sociais e sobre organização económica e algumas sobre organização política.

Mas o Tribunal tão pouco aqui faz lei, porque não tem legitimidade democrática para tanto. Limita-se a verificar a existência ou não de omissão e, quando for caso disso, a dar conhecimento ao órgão legislativo.

³² Exemplos: acórdão nº 143/85, de 30 de julho (sobre actividades docentes e advocacia), in: *Diário da República*, 1. série, n. 202, de 3 de setembro de 1985; acórdão n. 191/88, de 20 de setembro (sobre pensões por morte em caso de acidentes de trabalho), ibidem, 1. série, n. 231, de 6 de outubro de 1988; acórdão n. 359/91, de 9 de julho, ibidem, 1. série A, n. 237, de 15 de outubro de 1991 (sobre arrendamento para habitação e união de facto); acórdão n. 231/94, de 9 de março (sobre pensões de sobrevivência), ibidem, 1. série A, n. 98, de 28 de abril de 1994; acórdão n. 545/99, de 13 de outubro (sobre subvenção mensal vitalícia a ex-titulares de cargos políticos), ibidem, 2. série, n. 272, de 22 de novembro de 1999. Mas o primeiro caso terá sido o tratado no acórdão n. 95 da Comissão Constitucional, de 6 de abril de 1978 (julgando inconstitucional a fixação de idade núbil para os indivíduos do sexo feminino inferior à fixada para os indivíduos do sexo masculino), in: *Apêndice ao Diário da República* de 3 de maio de 1978.

³³ Cfr. *Manual...*, VI, p. 90 e segs. e autores citados.

³⁴ Como o Brasil e Angola.

Até agora foram poucos os pedidos de fiscalização (menos de dez), mas em todos eles o Parlamento veio a legislar, corrigindo a sua inércia.³⁵

2. a) A resposta está dada em II, 2. Para além disso, vale o princípio de separação dos poderes do Estado (arts. 2º e 111º da Constituição).

b) As decisões do Tribunal Constitucional são geralmente acatadas nos meios parlamentares e pela opinião pública. Apenas ocupam algum relevo nos debates políticos, quando versam sobre leis que mais fortemente dividiram uns e outros.

c) A jurisprudência do Tribunal é, quase sempre, tida em conta quando o Parlamento volte a discutir matérias sobre as quais tenha havido decisões de inconstitucionalidade.

De todo o modo, quando uma iniciativa legislativa é apresentada, o Presidente pode, nos termos do regimento da Assembleia, recusá-la com fundamento em inconstitucionalidade, conquanto haja sempre a possibilidade de recusa da sua decisão para o plenário (o que significa que prevalecerá aí a maioria).

d) Num Estado de Direito democrático não pode falar-se verdadeiramente em conflito entre o Parlamento e o Tribunal Constitucional.

Há apenas uma hipótese próxima, que é de, em fiscalização preventiva de constitucionalidade, o Parlamento, em face da pronúncia do Tribunal Constitucional, não expurgar a norma ou normas inconstitucionais, nem reformular o diploma, mas sim confirmá-lo por maioria de dois terços dos Deputados presentes, desde que superior à maioria absoluta dos Deputados em efectividade de funções; e, neste caso, o Presidente pode, não é obrigado (como após veto político) a promulgar o diploma (art. 279º, nº 2). Se, porém, promulgar - coisa que nunca aconteceu até hoje - nada impede qualquer tribunal, em fiscalização concreta, não aplicar a norma ou normas ou o Tribunal Constitucional declará-las inconstitucionais com força obrigatória geral.³⁶

Quer dizer, ainda aqui, a palavra definitiva, salvo revisão constitucional, é do Tribunal.

IV. AS RELAÇÕES ENTRE OS ACTORES: TESTEMUNHOS E DEBATES

1. a) i) Juridicamente, o Parlamento é um órgão soberano, livre de decidir opções políticas e de exprimi-las por meio de textos legislativos. E a Constituição diz que os Deputados exercem livremente o seu mandato.

Politicamente, com as democracias modernas transformadas em democracias representativas de partidos (ou em Estados de partidos), o voto dos parlamentares está condicionado pelos dirigentes partidários. Compreende-se a disciplina de voto nas questões de que depende a subsistência do Governo e nas questões políticas mais importantes; no resto, deveria preservar-se a liberdade dos Deputados ou, pelo menos, a orientação de voto só vir de deliberação dos grupos parlamentares, e não de fora do Parlamento.

³⁵ Cfr. *Manual...*, VI, cit., p. 305 e segs.

³⁶ Sobre o art. 279º, nº 2, da Constituição portuguesa, v. *Manual...*, VI, cit., p. 269 e segs.

ii) Não, não é um órgão técnico, o que não impede que as suas comissões sejam assessoradas por técnicos e especialistas (cfr. art. 181º da Constituição).

iii) Não é um órgão misto. É um órgão político, mesmo se deve procurar elaborar leis com boa técnica legislativa. Mas a Legística ou Ciência da Legislação não pode deixar indiferentes os parlamentares e, em cada Parlamento, deveria haver um centro de estudos sobre essa matéria.

b) i) O juiz constitucional é um guardião do respeito da Constituição pelo legislador. Não o único: também o Presidente da República, que pode requerer a fiscalização preventiva da constitucionalidade ao Tribunal Constitucional (art. 278º); e, a fiscalização sucessiva pode ser requerida também pelo Presidente do Parlamento, pelo Primeiro-Ministro, pelo Provedor de Justiça, pelo Procurador-Geral da República e por um décimo dos Deputados (art. 281º, nº 2).

Por outro lado, os cidadãos gozam de direito de petição para defesa da Constituição (art. 52º, nº 1) e de direito de resistência contra ordens contrárias a direitos, liberdades e garantias (art. 21º) e contra impostos inconstitucionais (art. 103º, nº 3).

ii) Tudo está em as reformas legislativas a empreender, em cada momento respeitarem as normas constitucionais, embora estas, nos domínios económicos e sociais, devam ser, sem perda do seu conteúdo essencial, relativamente abertas para permitirem a alternância democrática.

As decisões do Tribunal Constitucional são fundamentadas juridicamente. Os aspectos políticos ou sociológicos e económicos de questões a tratar apenas podem ser considerados na interpretação constitucional (que não é exactamente o mesmo que a interpretação do Código Civil).

iii) Embora não seja essa a sua função, a jurisprudência constitucional tem contribuído para a melhoria da qualidade de muitas leis.

2. Eu fui Deputado à Assembleia Constituinte portuguesa em 1975-1976 e, por duas vezes, em períodos curtos Deputado à Assembleia da República, em 1976 e em 1980-1982 (quando se fez a primeira revisão da Constituição). E entre 1976 e 1980 fui membro da Comissão Constitucional, o órgão que antecedeu o Tribunal Constitucional. Tive, pois, ainda bastante jovem, a dupla experiência de legislador e de juiz constitucional.

a) Sim, há uma diferença de percepção das leis pelo juiz constitucional consoante tenha sido ou não parlamentar.

b) E isso, naturalmente, leva a alguma diferença de entendimento acerca dos efeitos concretos das decisões.

De todo o modo, a Constituição portuguesa tem uma cláusula de salvaguarda a respeito das declarações de inconstitucionalidade: é o art. 282º, nº 4, já citado.

c) Os constrangimentos parlamentares têm de ser sempre estranhos às decisões.

3. a) Um parlamentar pode, porventura, considerar que a impugnação de uma norma que votou é uma questão política. Um juiz constitucional não pode deixar de vê-la como questão jurídica.

b) O controlo de constitucionalidade não se destina, nem deixa de se destinar a afastar esta ou aquela possibilidade legislativa que a maioria parlamentar tenha em vista. Destina-se apenas a apurar a eventual contradição com a Lei Fundamental de certa norma ou de certa interpretação de um preceito. O resto fica em aberto para o legislador.

c) A decisão de inconstitucionalidade impõe-se ao Parlamento, mas pode ser uma oportunidade para ele melhorar o seu trabalho à luz da Constituição.

4. a) Como já se disse (III, 1.2.2.), a declaração de inconstitucionalidade com força obrigatória geral vincula o legislador.

b) O Parlamento não pode voltar a aprovar a norma, declarada inconstitucional, porque uma norma inconstitucional é inválida, nula (art. 3º, nº 3 da Constituição).

c) O Parlamento goza sempre, naturalmente, de toda a liberdade para discutir todos os problemas políticos, económicos, sociais e culturais ligados a uma norma declarada inconstitucional, de modo a editar outra que seja susceptível de não sofrer o destino da primeira. O que não pode nunca, é fazer uma reformulação que não afaste a solução de fundo alvo de censura do Tribunal Constitucional.

ACÓRDÃOS

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

AG. REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 1.223.975/SP

RELATOR: MIN. ROBERTO BARROSO

DJe: 13.04.2020

DIREITO CONSTITUCIONAL. AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPRESENTAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. RODEIO. UTILIZAÇÃO DE ARTEFATOS QUE CAUSAM SOFRIMENTO AOS ANIMAIS. SÚMULA 279/STF.

1. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADI 4.983, Rel. Min. Marco Aurélio, assentou: “A obrigação de o Estado garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais, incentivando a valorização e a difusão das manifestações, não prescinde da observância do disposto no inciso VII do artigo 225 da Carta Federal, o qual veda prática que acabe por submeter os animais à crueldade”.

2. O acórdão recorrido entendeu que condutores elétricos e/ou outros artefatos utilizados nos rodeios causam sofrimento aos animais. Para dissentir desse entendimento, seria necessária a análise do material fático e probatório dos autos, procedimento inviável nesse momento processual. Incidência da Súmula 279/STF.

3. Inaplicável o art. 85, § 11, do CPC/2015, uma vez que não é cabível, na hipótese, condenação em honorários advocatícios.

4. Agravo interno a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Virtual, por unanimidade de votos, em negar provimento ao agravo interno, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 20 a 26 de março de 2020.

MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - RELATOR

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (Relator):

1. Trata-se de agravo interno interposto em 29.08.2019 cujo objeto é decisão que negou provimento ao recurso extraordinário, pelos seguintes fundamentos:

Trata-se de recurso extraordinário interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado:

“DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei nº 8.104, de 16 de junho de 2017, de Marília, que ‘Dispõe sobre as normas para a realização equestres e rodeios no âmbito do Município de Marília e dá outras providências’. Preliminar de inépcia. Afirmção de ausência de lei complementar. Imperioso afastamento. Lei existente. Expressão que, ademais, enfeixa sentido de ciência geral e que abrange todos os atos que possam causar maus-tratos aos animais. Irrelevância da eficácia da norma complementar ante a manifesta proteção da Lei Maior Bandeirante. Necessidade de se separar a tradição

e as manifestações culturais das práticas desportivas que provoquem qualquer tipo de dano. Montaria. Sentido geral. Viabilidade dêz que livre do uso de qualquer petrecho que provoque sofrimento ao animal. Impossibilidade de sobrevida do diploma com relação às provas arroladas no art. 1º, nominadas de ‘Rodeio’ (inc. I), ‘Team Roping’ (inc. IV) e ‘Paleteada’ (inc. V), bem como da utilização de condutor elétrico (art. 4º, inc. IX) e dos demais dispositivos cuidados nos §§ 1º e 4º do art. 5º. Evidente ofensa ao escudo constitucional previsto na Carta Política Paulista (artigos 144 e 193, inc. X). Precedentes. AÇÃO PROCEDENTE.”

O recurso extraordinário busca fundamento no art. 102, III, a, da Constituição Federal. A parte recorrente alega violação aos arts. 215, *caput*, § 1º e § 7º; e 225 da CF. Sustenta que “o objeto de análise da presente ação deveria ser a compatibilidade da norma com o parâmetro superior, que no caso, seria a Constituição Estadual que, tendo normas de reprodução obrigatória, espelha a Constituição Federal. Não havendo de se cogitar em realização de análise política e ideológica em sede de ADI, como fez o Douto Desembargador ao classificar a Emenda Constitucional nº 96/2017 de ‘oportunista’, evidenciando sua opinião pessoal acerca do tema, ignorando o fato de que a referida Emenda se constitui em legítima manifestação do Poder Legislativo, cujos membros foram legitimamente eleitos, evidenciando-se a presença do Estado Democrático de Direito”.

O recurso é inadmissível, tendo em vista que a decisão proferida pelo Tribunal de origem está alinhada com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que, ao julgar a ADI 4.983, Rel. Min. Marco Aurélio, assentou: “A obrigação de o Estado garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais, incentivando a valorização e a difusão das manifestações, não prescinde da observância do disposto no inciso VII do artigo 225 da Carta Federal, o qual veda prática que acabe por submeter os animais à crueldade”. Veja-se a ementa do julgado:

“PROCESSO OBJETIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ATUAÇÃO DO ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO. Consoante dispõe a norma imperativa do § 3º do artigo 103 do Diploma Maior, incumbe ao Advogado-Geral da União a defesa do ato ou texto impugnado na ação direta de inconstitucionalidade, não lhe cabendo emissão de simples parecer, a ponto de vir a concluir pela pecha de inconstitucionalidade. VAQUEJADA. MANIFESTAÇÃO CULTURAL. ANIMAIS. CRUELDADE MANIFESTA. PRESERVAÇÃO DA FAUNA E DA FLORA. INCONSTITUCIONALIDADE. A obrigação de o Estado garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais, incentivando a valorização e a difusão das manifestações, não prescinde da observância do disposto no inciso VII do artigo 225 da Carta Federal, o qual veda prática que acabe por submeter os animais à crueldade. Discrepa da norma constitucional a denominada vaquejada.”

No caso dos autos, o Tribunal de origem assentou:

“Os dispositivos legais já enfrentados, assim como as declarações prestadas pela Câmara Municipal, revelam que (1) a condução dos animais é feita mediante choque elétrico, (2) a sua preparação envolve a vigorosa amarração da virilha pelo ‘confortável’ sedém de lã e (3) o peão, quando neles montado, desfere uma infinidade de golpes de espora a fim de complementar a encenação.

Nesse caminhar, é indubitoso que a montaria em voga, evidenciados os maus-tratos aos animais dela partícipes, conspira contra os pressupostos constitucionais estaduais, haja vista o pavor, sofrimento, dor e indignidade impostos durante a cena.

[...]

Dessa forma, e porque evidente a vulneração da Constituição Paulista (art. 193, X) é inadiável reconhecer que o inciso I do art. 1º da norma alvejada, por admitir a prática de maus-tratos aos animais, é inconstitucional.

Doutra aba, idêntica sina há de se dar à prova denominada 'Team roping' inserta no inciso IV do art. 1º.

[...]

Os sinais de violência cometida em referida competição estão às fls. 591/597, destacados o estrangulamento e a tração da coluna, ocasionando, com grande frequência, hematomas, dilaceração da pele, hemorragias, lesões na traqueia e articulação coxofemoral, contusões na laringe, deslocamento de vértebras e ruptura de músculos e tendões.

Referidos comentários, aliás documentados por fotografias bem incisivas, que bem expressam o infortúnio dos animais, estendem-se, à saciedade, aos §§ 3º e 4º do art. 5º da regra legal em pauta, que cuidam das cordas e laços empregados na competição.

[...]

Diante disso, e porque malferidos os princípios constitucionais que impõem a proibição de se infligir maus-tratos aos animais (CE, art. 193, X), de aplicação indiscutível por parte dos entes municipais (CE, art. 144), é incontornável reconhecer que os dispositivos destacados na petição de entrada não podem sobreviver."

Desse modo, para dissentir desse entendimento, faz-se necessário o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, procedimento vedado neste momento processual, nos termos da Súmula 279/STF.

Cabe lembrar que o art. 225, § 7º, da Constituição Federal, incluído pela EC nº 96/2017, assegura o bem-estar dos animais, o que não ocorre no presente caso.

Diante do exposto, com base no art. 932, IV e VIII, do CPC/2015 e no art. 21, § 1º, do RI/STF, nego provimento ao recurso.

2. A parte agravante reitera os fundamentos expostos no recurso extraordinário, sustentando que "a prática esportiva com o uso de animais não é crueldade, e somente depende de regulamentação legal, exatamente o que a lei mariliense logrou operar no ordenamento jurídico local".

3. É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (Relator):

1. Deixo de abrir prazo para contrarrazões, na medida em que está sendo mantida a decisão que aproveita à parte agravada. Passo à análise do recurso.

2. O agravo não deve ser provido, tendo em vista que a parte recorrente não traz argumentos suficientes para modificar a decisão ora agravada.

3. A decisão proferida pelo Tribunal de origem está alinhada com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que, ao julgar a ADI 4.983, Rel. Min. Marco Aurélio, assentou: "A obrigação de o Estado garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais, incentivando a valorização e a difusão das manifestações, não prescinde da observância do disposto no

inciso VII do artigo 225 da Carta Federal, o qual veda prática que acabe por submeter os animais à crueldade”.

4. O Tribunal de origem decidiu a controvérsia em acórdão assim fundamentado:

Os dispositivos legais já enfrentados, assim como as declarações prestadas pela Câmara Municipal, revelam que (1) a condução dos animais é feita mediante choque elétrico, (2) a sua preparação envolve a vigorosa amarração da virilha pelo “confortável” sedém de lã e (3) o peão, quando neles montado, desferiu uma infinidade de golpes de espora a fim de complementar a encenação.

Nesse caminhar, é indubitável que a montaria em voga, evidenciados os maus-tratos aos animais dela partícipes, conspira contra os pressupostos constitucionais estaduais, haja vista o pavor, sofrimento, dor e indignidade impostos durante a cena.

[...]

Dessa forma, e porque evidente a vulneração da Constituição Paulista (art. 193, X) é inadiável reconhecer que o inciso I do art. 1º da norma alvejada, por admitir a prática de maus-tratos aos animais, é inconstitucional.

Doutra aba, idêntica sina há de se dar à prova denominada “Team roping” inserta no inciso IV do art. 1º.

[...]

Os sinais de violência cometida em referida competição estão às fls. 591/597, destacados o estrangulamento e a tração da coluna, ocasionando, com grande frequência, hematomas, dilaceração da pele, hemorragias, lesões na traqueia e articulação coxofemoral, contusões na laringe, deslocamento de vértebras e ruptura de músculos e tendões.

Referidos comentários, aliás documentados por fotografias bem incisivas, que bem expressam o infortúnio dos animais, estendem-se, à saciedade, aos §§ 3º e 4º do art. 5º da regra legal em pauta, que cuidam das cordas e laços empregados na competição.

[...]

Diante disso, e porque malferidos os princípios constitucionais que impõem a proibição de se infligir maus-tratos aos animais (CE, art. 193, X), de aplicação indiscutível por parte dos entes municipais (CE, art. 144), é incontornável reconhecer que os dispositivos destacados na petição de entrada não podem sobreviver.

5. Tal como constatou a decisão agravada, dissentir da conclusão do Tribunal de origem demandaria a análise dos fatos e provas constantes dos autos, circunstância que obsta o conhecimento do recurso extraordinário (incidência da Súmula 279/STF).

6. Diante do exposto, nego provimento ao agravo interno. Inaplicável o art. 85, § 11, do CPC/2015, uma vez que não é cabível, na hipótese, condenação em honorários advocatícios.

EXTRATO DE ATA

AG. REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.223.975

PROCED.: SÃO PAULO

RELATOR: MIN. ROBERTO BARROSO

AGTE.(S): CÂMARA MUNICIPAL DE MARÍLIA

ADV.(A/S): FERNANDA GOUVEA MEDRADO BAGHIM (275596/SP)

ADV.(A/S): DANIEL ALEXANDRE BUENO (161222/SP)

AGDO.(A/S): PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROC.(A/S)(ES): PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo interno, nos termos do voto do Relator. Primeira Turma, Sessão Virtual de 20.03.2020 a 26.03.2020.

Composição: Ministros Rosa Weber (Presidente), Marco Aurélio, Luiz Fux, Luís Roberto Barroso e Alexandre de Moraes.

João Paulo Oliveira Barros

Secretário da Primeira Turma

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO DE INTERPRETAÇÃO DE LEI Nº 372/SP (2017/0173205-8)

RELATOR: MINISTRO GURGEL DE FARIA

DJe: 27.03.2020

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO DE INTERPRETAÇÃO DE LEI. JUIZADO ESPECIAL DA FAZENDA PÚBLICA. CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO. AUTO DE INFRAÇÃO. NOTIFICAÇÃO. REMESSA POSTAL. AVISO DE RECEBIMENTO. PREVISÃO LEGAL. AUSÊNCIA. CERCEAMENTO DE DEFESA E OFENSA AO CONTRADITÓRIO. DESCARACTERIZAÇÃO. SÚMULA 312 DO STJ. VIOLAÇÃO. INEXISTÊNCIA.

1. De acordo com o art. 18, § 3º, da Lei n. 12.153/2009, o mecanismo de uniformização de jurisprudência e de submissão das decisões das Turmas Recursais ao crivo do Superior Tribunal de Justiça, no âmbito dos Juizados Especiais da Fazenda Pública, restringe-se a questões de direito material, quando as Turmas de diferentes Estados derem a lei federal interpretações divergentes, ou quando a decisão proferida estiver em contrariedade com súmula do Superior Tribunal de Justiça.

2. Em observância ao princípio insculpido no art. 5º, LV, da Constituição Federal, o Código de Trânsito Brasileiro determina que a autoridade de trânsito deve expedir a notificação do cometimento da infração no prazo de até 30 (trinta) dias, caso o condutor não seja cientificado no local do flagrante, para fins de defesa prévia (art. 280, VI, e 281 do CTB), bem como acerca da imposição da penalidade e do prazo para a interposição de recurso ou recolhimento do valor da multa (art. 282).

3. A legislação especial é imperativa quanto à necessidade de garantir a ciência do infrator ou responsável pelo veículo da aplicação da penalidade, seja por remessa postal (telegrama, Sedex, cartas simples ou registrada) ou “qualquer outro meio tecnológico hábil” que assegure o seu conhecimento, mas não obriga ao órgão de trânsito à expedição da notificação mediante Aviso de Recebimento (AR).

4. Se o CTB reputa válidas as notificações por remessa postal, sem explicitar a forma de sua realização, tampouco o CONTRAN o fez, não há como atribuir à administração pública uma obrigação não prevista em lei ou, sequer, em ato normativo, sob pena de ofensa aos princípios da legalidade, da separação dos poderes e da proporcionalidade, considerando o alto custo da carta com AR e, por conseguinte, a oneração dos cofres públicos.

5. O envio da notificação, por carta simples ou registrada, satisfaz a formalidade legal e, cumprindo a administração pública o comando previsto na norma especial, utilizando-se, para tanto, da Empresa de Correios e Telégrafos - ECT (empresa pública), cujos serviços gozam de legitimidade e credibilidade, não há se falar em ofensa ao contraditório e à ampla defesa no âmbito do processo administrativo, até porque, se houver falha nas notificações, o art. 28 da Resolução n. 619/16 do Contran prevê que “a autoridade de trânsito poderá refazer o ato, observados os prazos prescricionais”.

6. Cumpre lembrar que é dever do proprietário do veículo manter atualizado o seu endereço junto ao órgão de trânsito e, se a devolução de notificação ocorrer em virtude

da desatualização do endereço ou recusa do proprietário em recebê-la considerar-se-á válida para todos os efeitos (arts. 271, § 7º, e 282, § 1º, c/c o art. 123, § 2º, do Código de Trânsito).

7. Além do rol de intimações estabelecido no art. 26, § 3º, da Lei 9.784/99 ser meramente exemplificativo, a própria lei impõe em seu art. 69 que “os processos administrativos específicos continuarão a reger-se por lei própria, aplicando-se-lhes apenas subsidiariamente os preceitos desta Lei”.

8. O critério da especialidade “tem sua razão de ser na inegável ideia de que o legislador, quando cuidou de determinado tema de forma mais específica, teve condições de reunir no texto da lei as regras mais consentâneas com a matéria disciplinada” (MS 13939/DF, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, Terceira Seção, DJe 09.11.2009).

9. Da interpretação dos arts. 280, 281 e 282 do CTB, conclui-se que é obrigatória a comprovação do envio da notificação da autuação e da imposição da penalidade, mas não se exige que tais expedições sejam acompanhadas de aviso de recebimento.

10. Pedido de uniformização julgado improcedente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, julgar improcedente o Pedido de Uniformização, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Herman Benjamin, Napoleão Nunes Maia Filho, Og Fernandes, Mauro Campbell Marques, Assusete Magalhães, Sérgio Kukina e Regina Helena Costa votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 11 de março de 2020 (data do julgamento).

MINISTRO GURGEL DE FARIA

Relator

O EXMO. SR. MINISTRO GURGEL DE FARIA (Relator):

Trata-se de pedido de uniformização de interpretação de lei e jurisprudência, sem pedido de liminar, apresentado por W.J.V., com fundamento no art. 18, § 3º, da Lei n. 12.153/2009, contra acórdão prolatado pela 4ª Turma da Fazenda do Colégio Recursal Central do Estado de São Paulo assim ementado (e-STJ, fl. 142):

Administrativo. Código de Trânsito Brasileiro. Punição. Motorista profissional. Sucessivas infrações de trânsito em veículo automotor. Cassação do direito de dirigir - Multas impostas quando cumpria pena de suspensão da CNH. “Flagrante” do CTB que não se confunde com conceito criminal. *Não indicação de condutor, que faz presumir autoria do proprietário, que tem obrigação de manter seu endereço atualizado. Provas de que houve regular notificação postal* (fls. 162/197). Processo administrativo, no qual obedecido o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, certo que a fundamentação sintética, porém suficiente, da autoridade de trânsito, não implica em nulidade - Presunção de legitimidade dos atos administrativos que não foi afastada - Sentença de improcedência, que bem analisou e expôs as questões controvertidas, mantida por seus bons fundamentos - Recurso improvido. (com grifos)

O requerente afirma, em síntese, que o Tribunal *a quo* conferiu ao art. 281, parágrafo único, inciso II, c/c o art. 282, ambos do Código de Trânsito Brasileiro, interpretação diversa das turmas recursais de diferentes estados membros da Federação, além de afrontar a Súmula 312 do STJ, que estatui: “no processo administrativo para imposição de multa de trânsito, são necessárias as notificações da autuação e da aplicação da pena decorrente da infração”.

Busca-se, em suma, a prevalência do entendimento jurisprudencial acerca da necessidade da comprovação efetiva de que o infrator recebeu as notificações de trânsito, seja quanto à lavratura do auto de infração ou quanto à aplicação da penalidade, sob pena de ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Contrarrrazões apresentadas às e-STJ, fls. 179/183.

Às e-STJ fls. 237/240, o Ministério Público Federal opinou pela procedência do pedido, cujo parecer guardou a seguinte ementa:

PROCESSUAL CIVIL. INFRAÇÃO DE TRÂNSITO. NOTIFICAÇÃO. CIÊNCIA INEQUÍVOCA DO RECEBIMENTO. NECESSIDADE. 1 - Entendimento pacífico do STJ de que são imprescindíveis no processo administrativo para imposição de multa de trânsito a dupla notificação: quanto à autuação da infração e quanto à eventual aplicação da pena. Súmula nº 312/STJ. 2 - Para que o processo administrativo seja considerado válido, deve ser exigida a demonstração cabal e efetiva de que o infrator tenha recebido a notificação relativa à infração de trânsito, tudo de forma a oportunizá-lo o exercício do direito ao contraditório e à ampla defesa. Precedentes. 3 - Parecer pela procedência do pedido.

Às e-STJ fls. 244/246, admitiu-se o processamento do pedido de uniformização de interpretação de lei federal, sob o seguinte fundamento:

No caso, em princípio, encontra-se configurada a divergência quanto à necessidade de prova efetiva da notificação das infrações de trânsito, incluída a falta de identificação do condutor, não obstante a sua natureza acessória, não sendo suficiente a mera remessa da comunicação ao autuado para caracterizar o seu efetivo recebimento, segundo a interpretação dada aos arts. 281, parágrafo único, inciso II, e 282 do CTB, pelas Turmas Recursais de outros estados da Federação, em respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Às e-STJ fl. 790/1241, o Dr. Dave Geszychter, advogado inscrito nos Quadros da Ordem dos Advogados do Brasil - Seção de São Paulo, sob o nº 116.131, pleiteou a sua admissão nos autos como assistente do requerente.

O Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes - DNIT, às e-STJ fls. 1.250/1.263, requereu a sua intervenção no feito como *amicus curiae*, defendendo que a remessa postal simples é suficiente para a finalidade de cientificar o infrator de trânsito. O Município de São Paulo e o Detran/SP manifestaram-se no mesmo sentido, respectivamente às e-STJ fls. 1.267/1.276 e 1.313/1.323, além de alegaram que o pedido de uniformização não preenche os pressupostos de admissibilidade.

Às e-STJ 1.278/1.283, o Dr. José Mario Pimentel de Assis Moura, advogado inscrito na OAB/SP sob nº 19.629, também postulou a sua admissão nos autos como *amicus curiae*, afirmando que não teria sido notificado do Auto de Infração n. 1B5329015, em consequência, pugnou pela nulidade do respectivo processo administrativo.

Por meio da decisão de e-STJ fls. 1.347/1.349, admiti o ingresso do DNIT no presente feito, como *amicus curiae*, tendo em conta que a questão controvertida guarda pertinência com suas atribuições funcionais, e indeferi a intervenção dos Advogados, Drs. José Mario Pimentel e Dave Geszychter, bem como do Sindicato dos Transportadores Autônomos Rodoviários de Pessoas, de Bens e de Cargas de Rio Claro, SP - SINTRARC, consoante decisão de e-STJ fls. 1.503/1.505.

Rejeitados os embargos de declaração opostos por Dave Geszychter e determinado o desentranhamento das petições de e-STJ fls. 1.415/1.422 e 1.425/1.500, bem como dos documentos que as acompanham, com devolução ao advogado subscritor (e-STJ fls. 1.506/1.508).

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO GURGEL DE FARIA (Relator):

Inicialmente, registro que, ao contrário do alegado pelo Detran/SP (e-STJ fls. 1.214/1.316), o ora requerente - W.J.V. - sempre defendeu a nulidade do auto de infração por não ter sido notificado da autuação, circunstância que o teria impedido de indicar o condutor do veículo - M.W.J.V., consoante se verifica da leitura da petição inicial (e-STJ fls. 12/27).

O juiz de primeiro grau julgou a ação anulatória improcedente, sob os seguintes fundamentos (e-STJ fl. 121/123):

Cuida-se de ação proposta por condutor submetido a processo administrativo de cassação do direito de dirigir, instaurado porque teria conduzido veículo automotor durante período de suspensão, o qual ostentaria vício decorrente da falta de clara notificação dos termos da abertura do feito, a par de não ter sido igualmente notificado de maneira regular no processo aberto quanto à infração propriamente dita.

[...]

O autor teve a oportunidade de desenvolver a ampla defesa perante os dois órgãos de trânsito, e dado o exaurimento da via administrativa, ora deve se submeter ao comando das decisões emanadas deles.

Ele foi regularmente notificado no endereço constante no cadastro do DETRAN/SP, o qual obrigatoriamente teria de modificar em caso de mudança, nos termos do artigo 123, § 2º, do Código de Trânsito (fls. 162/164 e 167/196).

Exaurida a possibilidade de reverter a multa imposta, não cabe sustentar qualquer vício na conduta do departamento estadual, uma vez que ele desenvolve atividades de órgão executivo de trânsito, com competências administrativas exclusivas, e outras na condição de competência delegada federal, encontrando-se nesta última categoria os processos de suspensão de condutores, de expedição e de cassação da Carteira Nacional de Habilitação, nos expressos termos do artigo 22, inciso II, da Lei 9.503, de 23 de setembro de 1997 (Código de Trânsito Brasileiro).

Em outros termos, por opção do legislador, deixou de ser delegada ao réu a revisão dos atos de competência exclusiva de outros integrantes do Sistema Nacional de Trânsito, especificados no artigo 7º do mesmo diploma, daí que neste aspecto não pode invocar contra este indiferença quanto ao fato de apontar terceiro como o efetivo condutor do veículo, porque isto se trata de decisão de mérito afeta exclusivamente ao órgão executivo de trânsito cujo agente lançou a multa.

De mais a mais, se o autor realmente estivesse imbuído de trazer a incerteza sobre quem teria cometido a infração, decerto que teria diligenciado junto ao setor próprio da Municipalidade, para que a fotografia juntada ao auto de infração viesse despida da tarja protetora da privacidade do condutor, pois em sua defesa administrativa não assinalou como ora faz, que seu irmão foi o responsável pelo ilícito (fls. 36/37 e 48/55).

Contra a aludida sentença, o ora requerente interpôs recurso inominado, pugnando novamente pela nulidade da autuação de trânsito que culminou com a cassação de sua Carteira Nacional de Trânsito, ante a ausência de comprovação do envio e recebimento da notificação de autuação (e-STJ fls. 124/140).

Por sua vez, a 4ª Turma da Fazenda do Colégio Recursal Central do Estado de São Paulo entendeu que houve a regular notificação postal e, em face da presunção de legitimidade dos atos administrativos, manteve a decisão singular nos termos da seguinte ementa (e-STJ fl. 142):

Administrativo. Código de Trânsito Brasileiro. Punição. Motorista profissional. Sucessivas infrações de trânsito em veículo automotor. Cassação do direito de dirigir - Multas impostas quando cumpria pena de suspensão da CNH. "Flagrante" do CTB que não se confunde com conceito criminal. Não indicação de condutor, que faz presumir autoria do proprietário, que tem obrigação de manter seu endereço atualizado. Provas de que houve regular notificação postal (fls. 162/197). Processo administrativo, no qual obedecido o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, certo que a fundamentação sintética, porém suficiente, da autoridade de trânsito, não implica em nulidade - Presunção de legitimidade dos atos administrativos que não foi afastada - Sentença de improcedência, que bem analisou e expôs as questões controvertidas, mantida por seus bons fundamentos - Recurso improvido.

Dito isso, cumpre notar que, a teor do art. 18, § 3º, da Lei n. 12.153/2009, o mecanismo de uniformização de jurisprudência e de submissão das decisões das Turmas Recursais ao crivo do Superior Tribunal de Justiça, no âmbito dos Juizados Especiais da Fazenda Pública, restringe-se a questões de direito material, quando as Turmas de diferentes Estados derem a lei federal interpretações divergentes, ou quando a decisão proferida estiver em contrariedade com súmula do Superior Tribunal de Justiça.

No caso, evidencia-se a divergência de interpretação ente o acórdão hostilizado com os julgados das Turmas Recursais de outros Estado-Membros, os quais versam sobre a necessidade de remessa postal com aviso de recebimento em casos idênticos aos dos autos. Vejam-se os paradigmas apontados, dentre outros:

RECURSO INOMINADO. DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE ATO ADMINISTRATIVO. INFRAÇÃO DE TRÂNSITO. NECESSIDADE DE DUPLA NOTIFICAÇÃO. SÚMULA 312 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. NOTIFICAÇÃO QUE RETORNA COM A INFORMAÇÃO “NÃO PROCURADO”. NECESSIDADE DE NOTIFICAÇÃO POR OUTRO MEIO HÁBIL. ARTIGO 282, *CAPUT*, DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO. SENTENÇA REFORMADA. 1. Nos termos da Súmula 312 do Superior Tribunal de Justiça, “no processo administrativo para imposição de multa de trânsito, são necessárias as notificações da autuação e da aplicação da pena decorrente da infração”. Ainda, conforme artigo 282 do Código de Trânsito Brasileiro, “aplicada a penalidade, será expedida notificação ao proprietário do veículo ou ao infrator, por remessa postal ou por qualquer outro meio tecnológico hábil, que assegure a ciência da imposição da penalidade” (sem destaques no original). 2. *Portanto, não basta a mera expedição da notificação, mas é necessário ter certeza que o usuário recebeu a notificação expedida, para a validade do ato administrativo, salvo se o motivo do não recebimento decorre da inércia do próprio usuário, de não atualizar seu endereço no órgão de trânsito, porém, não é este o caso dos autos.* 3. No presente caso, tem-se que as notificações da autuação e da aplicação da penalidade relativamente às infrações 116200-T000659530 e 116200-T000659608 se mostram irregulares, já que referidas notificações foram devolvidas pelo motivo “não procurado” (eventos 32.6 a 32.9), sendo estas ineficazes, porque não observado o artigo 282, *caput*, do Código de Trânsito Brasileiro. 4. Em razão da irregularidade das notificações relativas às infrações, não há que se falar em suspensão do direito de dirigir com base em tais infrações, de modo que igualmente irregulares são os procedimentos de suspensão do direito de dirigir 7010460 e 7010451, devendo ambos ser anulados. 5. Deste modo, merece provimento o recurso inominado interposto, para o fim de reconhecer a irregularidade das notificações, sem prejuízo de regular renovação dos atos administrativos, observado o devido processo administrativo, inclusive com a reabertura de eventuais prazos para indicar condutor e recorrer, na esfera administrativa, bem como anular a imposição das penalidades de suspensão do direito de dirigir, aplicadas por meio dos processos 7010460 e 7010451. Recurso provido. (Recurso Inominado nº 0025509-26.2015.8.16.0182, 3ª Turma Recursal de Curitiba/PR, julgado em 21.07.2016) [com grifos]

Anulatória de multa de trânsito. *Aviso de recebimento em que se assinala a ausência do autuado. Inexistente a prova de que a notificação de autuação foi efetivamente recebida pelo interessado, impõe-se a anulação da multa. Inteligência do verbete de súmula 312 do STJ.* Precedentes. Esgotadas as diligências postais, deveria a Administração ter procedido à notificação por edital, nos termos do que dispõe o artigo 12 da Resolução Contran 404. Pendência de multa de que não foi notificado o proprietário que não obsta a realização de vistoria. Enunciado de súmula 127 do STJ. Recurso conhecido e provido. (Recurso Inominado n. 0488359-33.2012.8.19.0001, 1ª Turma Fazendária do Rio de Janeiro - Capital, julgado em 15.04.2014). [com grifos]

Em resumo, a divergência cinge-se à necessidade de Aviso de Recebimento (AR) postal das notificações por infração ou se a remessa de carta simples cumpre com a finalidade de cientificar o infrator de eventual lavratura de auto de infração ou imposição de multa, permitindo sua defesa perante os órgãos de trânsito.

O Município de São Paulo, o DETRAN e o DNIT afirmam que realizam as notificações por remessa postal simples, o que seria suficiente para presumir a entrega no endereço do destinatário, dada a eficiência e credibilidade dos serviços do correio, afirmando que esse procedimento é utilizado para evitar que o custo da cobrança seja maior que o da arrecadação.

Pois bem.

Para a validade do processo administrativo de trânsito, deve-se observar, além dos requisitos contidos no Código de Trânsito Brasileiro (Lei Federal n. 9.503/1997), os princípios constitucionais referentes à Administração Pública e os direitos fundamentais (arts. 37 e 5º da CF/88) e, subsidiariamente, a Lei n. 9.784/1999, que regulamenta o processo administrativo no âmbito da administração pública federal.

Em observância ao princípio insculpido no art. 5º, LV, da Constituição Federal, o Código de Trânsito Brasileiro determina que, constatada a infração de trânsito, a autoridade competente deve expedir duas notificações a fim de assegurar ao administrado o exercício do contraditório e da ampla defesa, sendo a primeira referente ao cometimento da infração e, a segunda, relativa à penalidade aplicada.

Como é sabido, a necessidade da dupla notificação encontra-se pacificada há muito tempo no Superior Tribunal de Justiça, nos termos da Súmula 312/STJ (DJ 23.05.2005), que dispõe: “*No processo administrativo para imposição de multa de trânsito, são necessárias as notificações da autuação e da aplicação da pena decorrente da infração.*”

Cumprir notar, ainda, que a Primeira Seção desta Corte de Justiça ratificou tal entendimento ao julgar o REsp n. 1.092.154/RS, representativo da controvérsia (art. 543-C do CPC/1973), guardando o acórdão a seguinte ementa:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC E RESOLUÇÃO STJ Nº 08/2008. AUTO DE INFRAÇÃO. NOTIFICAÇÃO. PRAZO. ART. 281, PARÁGRAFO ÚNICO, II, DO CTB. NULIDADE. RENOVAÇÃO DE PRAZO. IMPOSSIBILIDADE. HONORÁRIOS. SÚMULA 7/STJ. 1. O Código de Trânsito Brasileiro (Lei 9.503/97) prevê uma primeira notificação de autuação, para apresentação de defesa (art. 280), e uma segunda notificação, posteriormente, informando do prosseguimento do processo, para que se defenda o apenado da sanção aplicada (art. 281). 2. A sanção é ilegal, por cerceamento de defesa, quando inobservados os prazos estabelecidos. 3. O art. 281, parágrafo único, II, do CTB prevê que será arquivado o auto de infração e julgado insubsistente o respectivo registro se não for expedida a notificação da autuação dentro de 30 dias. Por isso, não havendo a notificação do infrator para defesa no prazo de trinta dias, opera-se a decadência do direito de punir do Estado, não havendo que se falar em reinício do procedimento administrativo. 4. Descabe a aplicação analógica dos arts. 219 e 220 do CPC para admitir seja renovada a notificação, no prazo de trinta dias do trânsito em julgado da decisão que anulou parcialmente o procedimento administrativo. 5. O exame da alegada violação do art. 20, § 4º, do CPC esbarra no óbice sumular nº 07/STJ, já que os honorários de R\$ 500,00 não se mostram irrisórios para causas dessa natureza, em que se discute multa de trânsito, de modo a não poder ser revisado em recurso especial. Ressaltou o acórdão recorrido que esse montante

remunera “dignamente os procuradores, tendo em vista a repetitividade da matéria debatida e sua pouca complexidade”. 6. Recurso especial conhecido em parte e provido. Acórdão sujeito ao art. 543-C do CPC e à Resolução STJ nº 08/2008. (REsp 1092154/RS, Relator Ministro Castro Meira, 1ª Seção, DJe 31.08.2009)

Entretanto, o Código de Trânsito Brasileiro, em nenhum momento impõe que as notificações supra mencionadas sejam realizadas mediante Carta com Aviso de Recebimento, tampouco as Resoluções do Conselho Nacional de Trânsito - Contran ns. 149/2003, 363/2010, 390/211, 404/2012, 619/2016, (que regulam o procedimento administrativo na lavratura de Auto de Infração, na expedição de notificação de autuação e de notificação de penalidade de multa e de advertência, por infração de responsabilidade de proprietário e de condutor de veículo e da identificação de condutor infrator, e dá outras providências), sendo exigido pela legislação especial somente a efetiva ciência por parte do infrator do conteúdos das notificações.

Com efeito, a legislação especial determina que a autoridade de trânsito deve expedir a notificação de autuação no prazo de até 30 (trinta) dias da lavratura do auto de infração, caso o condutor não seja cientificado no local do flagrante, para fins de defesa prévia, na forma prevista nos art. 280, VI, e 281 do CTB, *in verbis*:

Art. 280. Ocorrendo infração prevista na legislação de trânsito, lavrar-se-á auto de infração, do qual constará:

[...]

VI - assinatura do infrator, sempre que possível, valendo esta como notificação do cometimento da infração.

Art. 281. A autoridade de trânsito, na esfera da competência estabelecida neste Código e dentro de sua circunscrição, julgará a consistência do auto de infração e aplicará a penalidade cabível.

Parágrafo único. O auto de infração será arquivado e seu registro julgado insubsistente:

I - se considerado inconsistente ou irregular;

II - se, no prazo máximo de trinta dias, não for expedida a notificação da autuação.

De outro lado, quanto à notificação do infrator acerca da imposição da penalidade e do prazo para a interposição de recurso ou recolhimento do valor da multa, dispõe o art. 282 do mesmo diploma normativo:

Art. 282. *Aplicada a penalidade, será expedida notificação ao proprietário do veículo ou ao infrator, por remessa postal ou por qualquer outro meio tecnológico hábil, que assegure a ciência da imposição da penalidade.*

§ 1º *A notificação devolvida por desatualização do endereço do proprietário do veículo será considerada válida para todos os efeitos.*

§ 2º *A notificação a pessoal de missões diplomáticas, de repartições consulares de carreira e de representações de organismos internacionais e de seus integrantes será remetida ao Ministério das Relações Exteriores para as providências cabíveis e cobrança dos valores, no caso de multa.*

§ 3º *Sempre que a penalidade de multa for imposta a condutor, à exceção daquela de que trata o § 1º do art. 259, a notificação será encaminhada ao proprietário do veículo, responsável pelo seu pagamento.*

§ 4º Da notificação deverá constar a data do término do prazo para apresentação de recurso pelo responsável pela infração, que não será inferior a trinta dias contados da data da notificação da penalidade.

§ 5º No caso de penalidade de multa, a data estabelecida no parágrafo anterior será a data para o recolhimento de seu valor. (com grifos)

Com se vê, a legislação especial é imperativa quanto à necessidade de garantir a ciência do infrator ou responsável pelo veículo da imposição da penalidade, seja por remessa postal (telegrama, Sedex, cartas etc.) ou “qualquer outro meio tecnológico hábil” que assegure o seu conhecimento, mas não obriga ao órgão de trânsito à expedição da notificação com Aviso de Recebimento (AR).

É certo que a Resolução do CONTRAN n. 829/1997 previa, dentre outros meio de comunicação para a ciência do apenado - notificação pessoal, fax, telex, etc. (art. 1º, I e II) -, a correspondência postal registrada com “aviso de recebimento” (art. 1º, II), mas esse ato normativo foi revogado pela Resolução n. 148/2003, vigente à época dos fatos imputados ao ora requerente (2010), em virtude de conflitar com o Código de Trânsito Brasileiro - CTB.

Com o advento da Resolução n. 149/2003 do CONTRAN, uniformizou-se no âmbito administrativo a necessidade de expedição de ambas as notificações, dispondo o referido ato normativo que, “quando utilizada a remessa postal, a expedição se caracterizará pela entrega da Notificação da Autuação pelo órgão ou entidade de trânsito à empresa responsável por seu envio”. Extraí-se, no que interessa:

I - DISPOSIÇÕES PRELIMINARES

Art. 2º Constatada infração pela autoridade de trânsito ou por seus agentes, ou ainda comprovada sua ocorrência por equipamento audiovisual, aparelho eletrônico ou por meio hábil regulamentado pelo CONTRAN, será lavrado o Auto de Infração de Trânsito que deverá conter os dados mínimos definidos pelo art. 280 do CTB e em regulamentação específica.

§ 1º O Auto de Infração de que trata o *caput* deste artigo poderá ser lavrado pela autoridade de trânsito ou por seu agente:

I - por anotação em documento próprio;

II - por registro em talão eletrônico isolado ou acoplado a equipamento de detecção de infração regulamentado pelo CONTRAN, atendido o procedimento que será definido pelo órgão máximo executivo de trânsito da União;

III - por registro em sistema eletrônico de processamento de dados quando a infração for comprovada por equipamento de detecção provido de registrador de imagem, regulamentado pelo CONTRAN.

§ 2º O órgão ou entidade de trânsito não necessita imprimir o Auto de Infração elaborado nas formas previstas nos incisos II e III do parágrafo anterior para que seja aplicada a penalidade, porém, quando impresso, deverá conter os dados mínimos definidos no art. 280 do CTB e em regulamentação específica.

§ 3º A comprovação da infração referida no inciso III do § 1º deverá ter a sua análise referendada por agente da autoridade de trânsito que será responsável pela autuação e fará constar o seu número de identificação no auto de infração.

§ 4º Sempre que possível o condutor será identificado no ato da autuação.

§ 5º O Auto de Infração valerá como notificação da autuação quando colhida a assinatura do condutor e:

I - a infração for de responsabilidade do condutor;

II - a infração for de responsabilidade do proprietário e este estiver conduzindo o veículo.

II - DA NOTIFICAÇÃO DA AUTUAÇÃO

Art. 3º À exceção do disposto no § 5º do artigo anterior, após a verificação da regularidade do Auto de Infração, a autoridade de trânsito expedirá, no prazo máximo de 30 (trinta) dias contados da data do cometimento da infração, a Notificação da Autuação dirigida ao proprietário do veículo, na qual deverão constar, no mínimo, os dados definidos no art. 280 do CTB e em regulamentação específica.

§ 1º Quando utilizada a remessa postal, a expedição se caracterizará pela entrega da Notificação da Autuação pelo órgão ou entidade de trânsito à empresa responsável por seu envio.

§ 2º Da Notificação da Autuação constará a data do término do prazo para a apresentação da Defesa da Autuação pelo proprietário do veículo ou pelo condutor infrator devidamente identificado, que não será inferior a 15 (quinze) dias, contados a partir da data da notificação da autuação.

§ 3º A notificação da autuação, nos termos do § 4º do artigo anterior, não exime o órgão ou entidade de trânsito da expedição de aviso informando ao proprietário do veículo os dados da autuação e do condutor identificado.

§ 4º Nos casos dos veículos registrados em nome de missões diplomáticas, repartições consulares de carreira ou representações de organismos internacionais e de seus integrantes, a Notificação da Autuação deverá ser remetida ao Ministério das Relações Exteriores, para as providências cabíveis, passando a correr os prazos a partir do seu conhecimento pelo proprietário do veículo.

Art. 4º Quando o veículo estiver registrado em nome de sociedade de arrendamento mercantil, o órgão ou entidade de trânsito deverá encaminhar a Notificação da Autuação diretamente ao arrendatário, que para os fins desta Resolução, equipara-se ao proprietário do veículo, cabendo-lhe a identificação do condutor infrator, quando não for o responsável pela infração.

Parágrafo único. A arrendadora deverá fornecer ao órgão ou entidade executivo de trânsito responsável pelo registro do veículo, todos os dados necessários à identificação do arrendatário, quando da celebração do respectivo contrato de arrendamento mercantil, sob pena de arcar com a responsabilidade pelo cometimento da infração, além da multa prevista no § 8º do art. 257 do CTB.

[...]

V - DO JULGAMENTO DA AUTUAÇÃO E APLICAÇÃO DA PENALIDADE

Art. 9º Interposta a Defesa da Autuação, nos termos do § 2º do art. 3º desta Resolução, caberá à autoridade de trânsito apreciá-la.

§ 1º Acolhida a Defesa da Autuação, o Auto de Infração será cancelado, seu registro será arquivado e a autoridade de trânsito comunicará o fato ao proprietário do veículo.

§ 2º Em caso do não acolhimento da Defesa da Autuação ou de seu não exercício no prazo previsto, a autoridade de trânsito aplicará a penalidade, expedindo a Notificação da Penalidade, da qual deverão constar, no mínimo, os dados definidos no art. 280 do CTB, o previsto em regulamentação específica e a comunicação do não acolhimento da defesa, quando for o caso.

§ 3º A Notificação de Penalidade de multa deverá conter um campo para a autenticação eletrônica a ser regulamentado pelo órgão máximo executivo da União.

§ 4º A notificação de penalidade de multa imposta a condutor será encaminhada ao proprietário do veículo, responsável pelo seu pagamento, como estabelece o § 3º do art. 282 do CTB.

Art. 10. A autoridade de trânsito poderá socorrer-se de meios tecnológicos para julgar a consistência do auto e aplicar a penalidade cabível.

Art. 11. Não incidirá qualquer restrição, inclusive para fins de licenciamento e transferência, nos arquivos do órgão ou entidade executivo de trânsito responsável pelo registro do veículo, até que a penalidade seja aplicada. (com grifos)

As Resoluções do Contran n. 363/2010, 390/211, 404/2012, 619/2016 mantiveram a orientação de que, se o meio utilizado para a notificação do condutor/proprietário for a remessa postal, a simples expedição à empresa responsável pelo envio da correspondência caracterizará a entrega pelo órgão ou entidade de trânsito.

De qualquer forma, o incidente de uniformização deve se restringir à uniformização de lei federal, não podendo esta Corte de Justiça, na via eleita, imiscuir-se na apreciação de atos normativos infralegais, os quais, contudo, não deixarão de ser aqui mencionados para a melhor compreensão da divergência.

Voltando à análise do CTB, cumpre lembrar que é dever do proprietário do veículo manter atualizado o seu endereço junto ao órgão de trânsito, sendo certo, ainda, que a devolução de notificação em virtude da desatualização do endereço ou recusa do proprietário em recebê-la considera-se válida para todos os efeitos (arts. 271, § 7º, e 282 § 1º, c/c o art. 123, § 2º, do Código de Trânsito).

Outrossim, não se olvida que no voto condutor do REsp 1044801/GO (2ª Turma, DJe 24.11.2008), citado pelo ora requerente, a eminente Ministra Relatora Eliana Calmon consignou que “as notificações, seja para oferecimento da Defesa de Autuação, seja para apresentação de recurso, devem ser devidamente comprovadas com AR, sob pena de nulidade”, sem fazer uma análise mais aprofundada do tema.

Há, ainda, outro precedente da Segunda Turma no mesmo sentido:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. VIOLAÇÃO DO ART. 535, INCISOS I e II, DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. MULTA DE TRÂNSITO. AUTO DE INFRAÇÃO. APLICAÇÃO DAS PENALIDADES. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. NULIDADE. 1. Tendo a Corte Regional fundamentado sua decisão em base jurídica adequada e suficiente ao desate da lide, não há por que reexaminar a matéria sob perspectiva diversa, ditada pela embargante. Violação do art. 535 do CPC não caracterizada. 2. Para fins de oferecimento de defesa prévia em processo administrativo

aberto em decorrência de infração de trânsito, deve ser rigorosamente observado pelas autoridades o lapso temporal de 30 (trinta) dias entre a autuação e a aplicação da penalidade. 3. A não assinatura do condutor do veículo no auto de infração é circunstância bastante para justificar sua notificação postal, com “AR”, de modo a conferir legitimidade ao procedimento administrativo, não sendo razoável admitir que tal irregularidade possa ser suprida por ato unilateral do agente autuador. 4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido. (REsp 835061/RS, Relator Ministro João Otávio de Noronha, 2ª Turma, DJ 22.09.2006)

Também não se desconhece a existência de doutrina dispondo que, para a existência de uma notificação válida, mister se faz a comprovação da chegada ao destinatário, não importando o meio utilizado para a sua entrega, conforme leciona Arnaldo Rizzardo:

Verificada a infração, é necessária a remessa da notificação, com a finalidade de dar ciência ao autuado, sem prova da chegada ao destinatário, em consonância com o § 1º do art. 3º da mesma Res. 149/2003: “Quando utilizada a remessa postal, a expedição se caracterizará pela entrega da Notificação da Autuação pelo órgão ou entidade de trânsito à empresa responsável por seu envio”.

Entretanto, é necessária a comprovação da entrega ao destinatário ou na residência por este indicada em seu prontuário junto ao DETRAN ou órgão encarregado. Do contrário, resulta ferido o direito de defesa. Possível que a empresa responsável extravie o documento. (RIZZARDO, Arnaldo. *Comentários ao Código de Trânsito Brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008).

Por sua vez, o doutrinador José Almeida Sobrinho entende que, para a notificação da autuação (art. 281 do CTB), basta a entrega da correspondência ao correio, mas, quanto à penalidade, compreende que a correspondência deve ser registrada com Aviso de Recebimento ou outro meio existente, ou que surgir, no qual haja garantia do recebimento:

Art. 281. A autoridade de trânsito, na esfera da competência estabelecida neste Código e dentro de sua circunscrição, julgará a consistência do auto de infração e aplicará a penalidade cabível. [...] II - se, no prazo máximo de trinta dias, não for expedida a notificação da autuação.

Expedir a notificação não significa fazer que chegue ao destinatário ou esperar que isso ocorra; expedir significa enviar, encaminhar, entregar a quem for encarregado da remessa. O *Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa* nos mostra o que foi dito definindo o verbo expedir como sendo: “remeter (algo) para (alguém ou algum lugar); destinar, despachar”.

Assim sendo, o ato de expedir se exaure com a entrega da correspondência aos Correios ou outra instituição que promova o encaminhamento e entrega ao destinatário.

Art. 282. Aplicada a penalidade, será expedida notificação ao proprietário do veículo ou ao infrator, por remessa postal ou por qualquer outro meio tecnológico hábil, que assegure a ciência da imposição da penalidade.

O artigo 282 deixa explícito que o procedimento de concretização de punição por infração de trânsito exige que sejam expedidas duas notificações ao responsável: a primeira é a que se refere à autuação; e a segunda é a que comunica a aplicação da penalidade ou o arquivamento do Auto de Infração.

A notificação da aplicação da penalidade, especificamente tratada neste artigo, deve ser expedida por meio que garanta a ciência do infrator ou responsável pelo veículo da imposição da penalidade, ou seja, por correspondência registrada com Aviso de Recebimento ou outro meio existente ou que surgir onde haja garantia do recebimento. A notificação do arquivamento não tem exigência expressa, porém, para que o processo possa ser definitivamente arquivado, a comunicação é determinante.

A função das notificações perante o Direito é diversa, servindo a primeira para cientificar o responsável pela infração de que foi autuado e solicitar-lhe que indique o condutor caso não seja ele, além de abrir oportunidade para se defender, e a segunda para comunicar a aplicação da pena e para abrir prazo para recurso ou recolhimento do valor da pena de multa. (ALMEIDA SOBRINHO, José. *Comentários ao Código de Trânsito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 644-645)

Com a devida vênia do entendimento em contrário, se o Código de Trânsito Brasileiro reputa válidas as notificações por remessa postal, sem explicitar a forma de sua realização, tampouco o CONTRAN o fez, limitando-se o referido diploma legal a impor a utilização de “meio tecnológico hábil, que assegure a ciência da imposição da penalidade”, não há como atribuir à administração pública uma obrigação não prevista em lei, ou, sequer, em ato normativo, sob pena de ofensa aos princípios da legalidade e da separação dos poderes.

Ressalte-se que a Resolução n. 488/2014 do Contran define os meios tecnológicos hábeis de que trata o *caput* do art. 282 da Lei nº 9.503/1977, para assegurar a ciência das notificações das infrações de trânsito, sendo o referido ato alterado pela Resolução n. 622, de 06.09.2016, a qual disciplina atualmente os diversos meios de comunicação eletrônica.

No ponto, acho importante destacar que o DETRAN/SP afirma que “disponibiliza diversos meios eletrônicos de comunicação, conforme autorizado no artigo 282-A do CTB. Há o cadastramento eletrônico que possibilita ao usuário ser notificado através de mensagens *push*. Há também o portal eletrônico do DETRAN, mediante *login* e senha, pelo qual o usuário tem acesso a inúmeras informações pessoais. Ademais, o DETRAN/SP oferece a opção de envio de e-mail ao cadastrado para informar a existência de auto de infração, além de permitir a realização de pesquisa no portal em campo específico mediante inserção da placa do carro e do CPF do proprietário (e-STJ fls. 1319).

Caso haja falha nas notificações, o art. 28 da Resolução n. 619/16 do Contran prevê que “a autoridade de trânsito poderá refazer o ato, observados os prazos prescricionais”, em observância ao interesse público e ao princípio insculpido no art. 5º, LV, da Constituição Federal.

De outro lado, não há que se falar em aplicação do art. 26, § 3º, da Lei 9.784/99, que regula o processo administrativo da Administração Pública Federal, o qual prevê a intimação “do interessado para ciência de decisão ou a efetivação de diligências [...] pode ser efetuada por ciência no processo, por via postal com aviso de recebimento, por telegrama ou outro meio que assegure a certeza da ciência do interessado”.

A uma, porque o rol de intimações estabelecido no art. 26, § 3º, da Lei 9.784/99 é meramente exemplificativo; a duas, a própria Lei Federal n. 9.784/99 impõe em seu art. 69 que

“os processos administrativos específicos continuarão a reger-se por lei própria, aplicando-se-lhes apenas subsidiariamente os preceitos desta Lei”.

A propósito:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO MILITAR: APLICABILIDADE DA LEI 6.880/1980 EM CARÁTER ESPECÍFICO. UTILIZAÇÃO DA LEI 9.784/1999 EM CARÁTER SUBSIDIÁRIO. 1. Caso em que a Corte *a quo*, considerando que o Estatuto dos Militares possui regramento próprio quanto ao prazo de recursos administrativos, concluiu que deve ser utilizada a referida norma (art. 51 da Lei 6.880/1990) no presente caso, aplicando-se a lei do processo administrativo federal (Lei 9.784/1999) apenas subsidiariamente, nos termos do art. 69. 2. Trata-se de conflito aparente de normas, cuja solução requer a aplicação do critério da especialidade, o qual, por sua vez, recomenda a incidência do regramento próprio previsto na Lei 6.880/1980.3. A Lei 9.784/1999, que regulamenta de forma generalizada o processo administrativo no âmbito de toda a administração pública federal, deve ser aplicada apenas subsidiariamente, naquilo em que não divergir das regras específicas, sendo certo que dispõe em seu art. 69 que “os processos administrativos específicos continuarão a reger-se por lei própria, aplicando-se-lhes apenas subsidiariamente os preceitos desta Lei”. 4. O Superior Tribunal de Justiça já teve oportunidade de assentar o caráter especial do Estatuto dos Militares no que diz respeito à instância administrativa, no julgamento do MS 14.117/DF, Terceira Seção, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 31.05.2010. 5. Agravo Interno não provido. (AgInt no REsp 1775822/RS, Relator Ministro Herman Benjamin, 2ª Turma, DJe 19.06.2019)

Assim, diante da existência de norma específica de processo administrativo, os preceitos da referida Lei Federal n. 9.784/99 devem ser aplicados subsidiariamente, quando a legislação especial se omitir respeito da matéria ou ofender a Constituição Federal, situação que não se vislumbra nesta exegese.

Registre-se que o critério da especialidade “tem sua razão de ser na inegável ideia de que o legislador, quanto cuidou de determinado tema de forma mais específica, teve condições de reunir no texto da lei as regras mais consentâneas com a matéria disciplinada” (MS 13939/DF, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, 3ª Seção, DJe 09.11.2009).

Como bem ressaltou o em. Ministro Mauro Campbel Marque, “Esta Corte Superior de Justiça, ao proferir decisões definitivas em matéria infraconstitucional - com vistas a unificação da interpretação da lei federal - deve, sempre que possível, atrelar a vontade do legislador aos anseios da sociedade. Assim, na tarefa judicante, a busca pela segurança jurídica, pela proteção máxima do bem comum e pela estabilização das relações sociais deve ser uma constante no exercício de julgar”. (REsp 1440858/RS, 2ª Turma, DJe 02.12.2014).

Ora, se a expedição de notificação, por carta simples, satisfaz a formalidade legal e a administração pública cumpre o previsto na norma com o objetivo de garantir ao administrado o contraditório e a ampla defesa no âmbito administrativo, utilizando-se, para tanto, da Empresa de Correios e Telégrafos - ECT (empresa pública), cujos serviços gozam de legitimidade e

credibilidade, não há como o Poder Judiciário impor aos órgãos de trânsito a obrigação de comprovar o efetivo recebimento da notificação, mediante uso do Aviso de Recebimento.

Aliás, para subsidiar o julgamento desses autos, o DNIT noticia que “sofreu relevante impacto financeiro pela utilização de Aviso de Recebimento nas suas notificações de infrações de trânsito. O montante dispendido foi superior a R\$ 240.000.000,00 (duzentos e quarenta milhões de reais) anuais, conforme se extrai do Memorando nº 5211/2016-CGP/DIR. Com efeito, nesse expediente consta que” (e-STJ fls. 1261):

49. A última fatura do Contrato TT-626/2015, celebrado entre o DNIT e a ECT para expedição das Notificações de Trânsito, com ciclo de faturamento referente ao período de 21.09.2015 a 20.10.2015 (correspondente a trinta dias), foi na ordem de R\$ 21.779.360,18 (vinte e um milhões, setecentos e setenta e nove mil, trezentos e sessenta reais e dezoito centavos).

50. Por outro lado, o serviço de carta simples, sem Aviso de Recebimento, tem o custo aproximado de R\$ 1,30 (um real e trinta centavos) por notificação, sendo que aquela que não for entregue é devolvida ao remetente com o motivo da devolução.

51. E com o retorno da notificação, o órgão ou entidade de trânsito poderá publicar a notificação no Diário Oficial da União, com exceção dos casos devolvidos por motivo “mudou-se”, situação na qual a legislação (art. 282, § 1º, do CTB) define que o proprietário é considerado notificado.

52. Desse modo, os custos referentes à remessa postal com aviso de recebimento são de 5 (cinco) a 6 (seis) vezes MAIORES do que o custo do serviço de carta simples, com o mesmo resultado. Ora, a legislação pátria determina a otimização dos recursos de tal forma que devemos os melhores resultados com o mínimo de recurso, ainda mais considerando o atual momento em que a Administração Pública está em pleno processo de contenção de despesas, devendo otimizar os escassos recursos que detém de forma a bancar as próprias despesas e honrar com seus compromissos firmados.

Dito isso, entendo que os princípios da ampla defesa e do contraditório devem ser observados juntamente com os demais preceitos fundamentais do direito constitucional, como o da legalidade, proporcionalidade e separação dos poderes.

Da interpretação dos arts. 280, 281 e 282 do CTB, conclui-se que é obrigatória a comprovação do envio da notificação da autuação e da imposição da penalidade, mas não se exige que tais expedições sejam acompanhadas de aviso de recebimento.

Com essas considerações, entendo que deve ser mantido o julgado da Turma Recursal dos Juizados Especiais de São Paulo objeto do presente pedido, visto que se coaduna com as disposições do CTB, bem como a Súmula 312 do STJ.

Diante do exposto, julgo IMPROCEDENTE o pedido de uniformização.

É como voto.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO

APELAÇÃO CÍVEL Nº 0007835-10.2010.4.01.3400/DF

RELATORA: CLEMÊNCIA MARIA ALMADA LIMA DE ÂNGELO

e-DJF1: 20.03.2020

TRIBUTÁRIO E PROCESSO CIVIL. PROCESSO CAUTELAR. MEDIDA CAUTELAR PREPARATÓRIA. DEPÓSITO INTEGRAL DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE. INTERESSE PROCESSUAL. FALTA DE PRETENSÃO RESISTIDA. CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS. IMPOSSIBILIDADE.

1. As medidas cautelares têm por escopo conferir efetividade e utilidade ao processo principal. Neste sentido, o provimento jurisdicional perseguido pela parte deve se revestir de utilidade/necessidade, sob pena de carecer de interesse processual.

2. Na hipótese, a ação cautelar proposta tem por escopo a realização de depósito judicial de valores atinentes ao crédito tributário decorrente da majoração dos valores relativos à contribuição previdenciária estabelecida para cobrir os Riscos Ambientais do Trabalho, em virtude da incidência do índice referente ao FAP - Fator Acidentário de Prevenção para que fosse suspensa a exigibilidade do crédito tributário a ser discutido em ação a ser ajuizada posteriormente.

3. O juízo de primeiro grau acolheu a pretensão autoral e condenou a Fazenda Nacional nos ônus da sucumbência. A União apelou alegando falta de interesse processual, em razão da demanda se restringir à realização de depósitos dos valores referentes aos tributos a serem discutidos. De igual modo, a requerente também apresentou apelação com finalidade de majorar a condenação em honorários advocatícios.

4. Quanto ao interesse processual para ajuizamento de ação cautelar para fins de realização de depósito judicial para a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, decidiu o STJ: “É facultado ao sujeito passivo da relação tributária efetivar o depósito do montante integral do valor da dívida, a fim de suspender a cobrança do tributo e evitar os efeitos decorrentes da mora, enquanto se discute na esfera administrativa ou judicial a exigibilidade da exação.” (AgRg no REsp 517.937/PE, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 28.04.2009, DJe 17.06.2009). Ademais, a manutenção da regularidade fiscal da requerida com a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, evidencia o interesse processual para o ajuizamento da demanda.

5. Quanto à condenação em honorários imposta à Fazenda Pública, cabe destacar que a requerida, tanto na contestação quanto em contrarrazões, não se opôs à realização dos depósitos judiciais, tão somente alegou falta de interesse processual. Nesta hipótese, a Oitava Turma desta Corte proferiu julgamento no sentido de afastar a condenação em honorários: “Constituindo o depósito do montante integral do tributo, para fins de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, uma faculdade do contribuinte, independente de autorização judicial, nos termos do art. 151, II, do CTN, e art. 191 do Provimento COGER nº 003/2002, e não havendo, na petição inicial da ação cautelar preparatória (fls. 03/13) a formulação de nenhuma outra pretensão além da efetivação de depósito judicial com tal finalidade, inexistente, no caso, pretensão resistida a justificar a condenação aos ônus da sucumbência, não se podendo afirmar que a União (FN) tenha dado causa ao ajuizamento da cautelar (princípio da causalidade).”

(AC 0022496-47.2003.4.01.3300, Desembargador Federal Marcos Augusto de Sousa, Oitava Turma, e-DJF1 20.03.2015 pág. 937).

6. Assim, acolho, em parte, a pretensão deduzida na apelação da Fazenda Nacional para reformar a sentença recorrida, no sentido de excluir a condenação em honorários impostas ao referido ente. Nego provimento à apelação apresentada pela empresa requerente.

7. Apelação da Fazenda Nacional a que se dá parcial provimento e nega provimento ao recurso da empresa requerente.

CLEMÊNCIA MARIA ALMADA LIMA DE ÂNGELO

Juíza Federal

(Relatora Convocada em Auxílio)

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. JUÍZA FEDERAL CLEMÊNCIA MARIA ALMADA LIMA DE ÂNGELO, (Relatora Convocada):

Trata-se de apelação cível interposta pela UNIÃO (FAZENDA NACIONAL) contra sentença que, em ação cautelar, acolheu pedido da requerente no sentido de receber os depósitos judiciais realizados nos autos da ação cautelar, vertidos com o escopo de suspender a exigibilidade do crédito tributário. A requerente também apresentou apelação pretendendo majorar a condenação em honorários imposta à Fazenda Nacional.

No apelo apresentado pela União, fls. 550/552 (r.ú.), é arguida a falta de interesse processual, uma vez que quando deferida a liminar para realização dos depósitos na ação cautelar, a ação principal já se encontrava ajuizada. Asseverou que não se opôs à realização dos depósitos judiciais. Ao final, pugnou pela extinção do feito sem resolução de mérito, em razão de falta de interesse processual.

A requerente apresentou recurso de apelação, fls. 570/582 (r.ú.), questionando a condenação em honorários imposta à Fazenda Pública, sob o fundamento de que foi fixado em valor ínfimo, devendo ser arbitrado em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa.

Contrarrrazões da União, fls. 590/596; da requerente, fls. 562/569.

Com tais argumentos, a apelante pretende a reforma da sentença impugnada.

Contrarrrazões fls. 1082/1089 (r.ú.).

É o relatório.

VOTO

As medidas cautelares têm por escopo conferir efetividade e utilidade ao processo principal. Neste sentido, o provimento jurisdicional perseguido pela parte deve se revestir de utilidade/necessidade, sob pena de carecer de interesse processual.

Na hipótese, a ação cautelar proposta tem por escopo a realização de depósito judicial de valores atinentes ao crédito tributário decorrente da majoração dos valores relativos à contribuição previdenciária estabelecida para cobrir os Riscos Ambientais do Trabalho, em virtude da incidência do índice referente ao FAP - Fator Acidentário de Prevenção para que

fosse suspensa a exigibilidade do crédito tributário a ser discutido em ação a ser ajuizada posteriormente.

O juízo de primeiro grau acolheu a pretensão autoral e condenou a Fazenda Nacional nos ônus da sucumbência. A União apelou alegando falta de interesse processual, em razão de a demanda se restringir à realização de depósitos dos valores referentes aos tributos a serem discutidos. De igual modo, a requerente também apresentou apelação com finalidade de majorar a condenação em honorários advocatícios.

Quanto ao interesse processual para ajuizamento de ação cautelar para fins de realização de depósito judicial para a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, decidiu o STJ:

PROCESSUAL E TRIBUTÁRIO. AÇÃO CAUTELAR. DEPÓSITO INTEGRAL DO VALOR DA DÍVIDA. AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. DESNECESSIDADE. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO TRIBUTO.

1. O depósito de que trata o art. 151, II, do CTN constitui direito subjetivo do contribuinte, que pode efetuar-lo tanto nos autos da ação principal quanto em Ação Cautelar, sendo desnecessária a autorização do Juízo.

2. É facultado ao sujeito passivo da relação tributária efetivar o depósito do montante integral do valor da dívida, a fim de suspender a cobrança do tributo e evitar os efeitos decorrentes da mora, enquanto se discute na esfera administrativa ou judicial a exigibilidade da exação.

3. Agravo Regimental não provido. (AgRg no REsp 517.937/PE, Rel. Ministro Herman Benjamin, 2ª Turma, julgado em 28.04.2009, DJe 17.06.2009).

Ademais, a manutenção da regularidade fiscal da requerida com a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, evidencia o interesse processual para o ajuizamento da demanda.

No que respeita à condenação em honorários imposta à Fazenda Pública, cabe destacar que a requerida, tanto na contestação quanto em contrarrazões, não se opôs à realização dos depósitos judiciais, não havendo que se falar em pretensão resistida, tão somente alegou falta de interesse processual. Nesta hipótese, a Oitava Turma desta Corte proferiu julgamento no sentido de afastar a condenação em honorários:

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CAUTELAR. DEPÓSITO. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. PRETENSÃO NÃO RESISTIDA. CONDENAÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA AOS ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA. NÃO CABIMENTO. PRECEDENTES. APELAÇÃO PROVIDA. 1. “Não sendo necessário o ajuizamento de ação cautelar para a realização de depósito com o objetivo de suspender a exigibilidade do crédito tributário (CTN, art. 151, II; Lei 6.830/80, art. 38), uma vez que o depósito pode ser efetuado independentemente dela, não deve a União ser condenada ao pagamento de honorários advocatícios, nem a responder pelas custas. Precedentes desta Corte (TRF1, AP 1997.01.00.059920-0/BA, Rel. Juiz Federal Leão Aparecido Alves (Conv.), 3ª Turma Suplementar, DJ 09.06.2004, p. 35)” (TRF1, AP 0082524-86.2010.4.01.3800/MG, Rel. Des. Fed. Reynaldo Fonseca, 7ª Turma, e-DJF1 12.12.2014, p. 524). 2. Constituinto o depósito do montante integral do tributo, para

fins de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, uma faculdade do contribuinte, independente de autorização judicial, nos termos do art. 151, II, do CTN, e art. 191 do Provimento COGER n. 003/2002, e não havendo, na petição inicial da ação cautelar preparatória (fls. 03/13) a formulação de nenhuma outra pretensão além da efetivação de depósito judicial com tal finalidade, inexistente, no caso, pretensão resistida a justificar a condenação aos ônus da sucumbência, não se podendo afirmar que a União (FN) tenha dado causa ao ajuizamento da cautelar (princípio da causalidade). Precedentes. 3. Apelação provida. (AC 0022496-47.2003.4.01.3300, Desembargador Federal Marcos Augusto de Sousa, 8ª Turma, e-DJF1 20.03.2015 pág. 937).

Ante o exposto, acolho, em parte, a pretensão deduzida na apelação da Fazenda Nacional para reformar a sentença recorrida, no sentido de excluir a condenação em honorários imposta ao referido ente. Nego provimento à apelação apresentada pela empresa requerente.

Sem condenação em honorários advocatícios (Enunciado administrativo nº 7/STJ).

CLEMÊNCIA MARIA ALMADA LIMA DE ÂNGELO

Juíza Federal

(Relatora Convocada em Auxílio)

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

APELAÇÃO CÍVEL Nº 5002108-35.2019.4.04.7102/RS

RELATORA: MARIA DE FÁTIMA FREITAS LABARRÈRE

TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. CONSELHO DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL. CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. AUSÊNCIA DE REGULAR NOTIFICAÇÃO DO EXECUTADO. NULIDADE.

1. Apesar de a cobrança de contribuições relativas a anuidades profissionais não exigirem a instauração de procedimento administrativo formal para a sua apuração, e seu lançamento ocorrer de forma simplificada (em forma de boleto bancário ou outro documento de cobrança enviado ao contribuinte), não há como dispensar ao menos a ciência do débito ao devedor e a concomitante abertura de prazo para lhe assegurar o direito de defesa.
2. A ausência de notificação do devedor para acompanhar o procedimento administrativo e oferecer defesa é vício que nulifica a certidão da dívida ativa, sob pena de cerceamento de defesa.
3. Apelação desprovida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Egrégia 2ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região decidiu, por unanimidade, negar provimento à apelação, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 25 de março de 2020.

MARIA DE FÁTIMA FREITAS LABARRÈRE

Desembargadora Federal Relatora

RELATÓRIO

Trata-se de execução fiscal movida pelo Conselho Regional de Farmácia do Rio Grande do Sul - CRF/RS visando recebimento de dívida no valor de R\$ 3.569,54 (três mil, quinhentos e sessenta e nove reais e cinquenta e quatro centavos), em desfavor de S.M.K.M. A parte Executada opôs exceção de pré-executividade requerendo a extinção da execução mediante: a) o reconhecimento de decadência/prescrição da pretensão de cobrar a anuidade de 2014; b) a declaração de ilegalidade referente aos valores das anuidades dos exercícios de 2017 e 2018, pois não correspondem ao teto máximo legal; c) o reconhecimento da ilegalidade de utilização da SELIC para correção do débito; d) a nulidade do título por não mencionar o número do processo administrativo, bem como nulidade em face da ausência de prova da notificação do débito lançado pela modalidade de ofício, a qual somente se constitui com a prática de referido ato.

Intimado, o Exequente impugnou os termos da Exceção oposta, defendendo a plena exigibilidade da cobrança. Insurgiu-se contra a concessão de AJG à Executada; a utilização

da exceção de pré-executividade como meio de defesa das questões suscitadas; defendeu ser dispensável a formalização de processo administrativo para o lançamento de anuidades profissionais; a não tipificação de prescrição; a legalidade do valor lançado das anuidades 2017 e 2018 e da adoção da SELIC.

O juízo de primeira instância acolheu a exceção de pré-executividade e reconheceu a nulidade dos títulos que embasaram a presente execução, por vício anterior à inscrição em dívida ativa (ausência de demonstração de notificação do lançamento), e, por consequência, determinou a extinção da execução, nesses termos (evento 19):

[...]

Ante o exposto, acolho a Exceção de Pré-executividade, para reconhecer a nulidade dos títulos que embasam a presente execução, por vício anterior à inscrição em dívida ativa (ausência de demonstração de notificação do lançamento), e, por consequência, determinar a extinção desta execução.

Concedo à parte Executada os benefícios da Justiça Gratuita, considerando presumir-se verdadeira a alegação de insuficiência deduzida exclusivamente por pessoa natural (art. 99, § 3º, do CPC), presunção esta não afastada pela parte contrária. Registre-se.

Condeno o Exequente ao pagamento de honorários advocatícios ao procurador da parte Executada, os quais fixo nos percentuais definidos no art. 85, § 3º, do novo CPC, pelos seus patamares mínimos, e aplicáveis de acordo com a progressividade determinada no § 5º do mesmo artigo, incidentes sobre o valor desta execução, a ser corrigido pelos índices próprios de atualização da dívida e, a partir da oposição da exceção de pré-executividade, apenas pelo IPCA-e.

Dou esta sentença por publicada pela inserção do seu arquivo de texto no sistema de processo eletrônico “e-proc”.

Intimem-se.

Interposta apelação, intime-se a parte Recorrida para, havendo interesse, apresentar contrarrazões ao recurso, a teor do disposto no art. 1.010, § 1º, do novo CPC. Não sendo suscitadas questões previstas no art. 1.009, § 1º, do novo CPC, remetam-se os autos ao TRF da 4ª Região. Sendo suscitadas tais questões, intime-se a Recorrente para manifestar-se a respeito delas. Após, remetam-se os autos ao TRF da 4ª Região. Oportunamente, arquivem-se com baixa.

Irresignado, o CONSELHO REGIONAL DE FARMÁCIA DO RIO GRANDE DO SUL - CRF/RS apelou (evento 25). Sustentou, em síntese “[...] a impropriedade da utilização da exceção de pré-executividade, a higidez das certidões da dívida ativa, a presunção de certeza, exigibilidade e liquidez da dívida tributária regularmente inscrita, a ausência das nulidades suscitadas, a prescindibilidade de processo administrativo para o lançamento das anuidades, a ausência de prescrição da anuidade de 2014, a legalidade dos valores das anuidades de 2017 e 2018 e a legalidade da incidência da taxa selic”.

Com contrarrazões, os autos vieram a esta Corte (evento 28).

É o relatório.

VOTO

A sentença da lavra do eminente Juiz Federal JOÃO BATISTA BRITO OSÓRIO deve ser mantida por seus próprios fundamentos, os quais adoto como razões de decidir:

[...]

1. Do cabimento da exceção de pré-executividade

Primeiro, saliento que o processo de execução não é contraditório em si; é, em regra, unilateral, porque o devedor é citado para pagar e o meio adequado para se defender é a ação incidental de embargos.

Além da ação incidental própria, a jurisprudência tem admitido a oposição de exceção de pré-executividade, a ser processada nos próprios autos da execução, e independentemente de garantia do Juízo, apenas e tão somente para a discussão de questões de ordem pública, que podem ser conhecidas a qualquer tempo pelo Juízo, e de fatos modificativos ou extintivos do direito do exequente, desde que comprovados de plano, sem necessidade de dilação probatória. Nesse sentido são os termos uniformizados pela Súmula nº 393 do STJ:

A exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória.

Assim, nesse segundo ponto, admite-se a exceção de pré-executividade, desde que esteja estribada em questão exclusivamente de direito de ordem pública ou, se de fato, venha instruída com prova pré-constituída.

Nesse contexto, tenho que as questões apresentadas se enquadram no rol aceito pela doutrina, e, portanto, passo a apreciá-las.

2. Da nulidade da Certidão de Dívida Ativa e do procedimento administrativo originário

Inicialmente, cumpre analisar as questões preliminares e prejudiciais ao enfrentamento das questões de mérito suscitadas pela parte Executada.

Trata-se de verificar a regularidade formal dos atos administrativos praticados anteriormente à inscrição em dívida ativa - mais propriamente, aquele que corresponde à notificação do devedor acerca do lançamento (já que anuidades e multas administrativas são constituídas na modalidade de ofício) e à própria existência de processo administrativo instaurado para esse fim.

Neste ponto, registro que a necessidade de regular lançamento do débito, com a formal notificação do devedor, surge como meio de assegurar-lhe o exercício do direito à ampla defesa, à luz do preceito constitucional previsto no inc. LV do art. 5º: "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes".

Por isso, entendo que, apesar de a cobrança de contribuições relativas a anuidades profissionais não exigirem a instauração de procedimento administrativo formal para a sua apuração, e seu lançamento ocorrer de forma simplificada (em forma de boleto bancário ou outro documento de cobrança enviado ao contribuinte), não há como dispensar ao menos a ciência do débito ao devedor e a concomitante abertura de prazo para lhe assegurar o direito de defesa.

Nesse sentido é a jurisprudência do TRF da 4ª Região:

TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. CONSELHO DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL. AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO EFETIVA NOS AUTOS. NULIDADE DA CDA.

VERIFICAÇÃO DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. EXTINÇÃO DO FEITO. 1. Hipótese em que o Juízo intimou o exequente sobre existência de notificação apta a aperfeiçoar o crédito referente às anuidades devidas. 2. A notificação ao sujeito passivo é condição para que o lançamento tenha eficácia. Trata-se de providência que aperfeiçoa o lançamento, sinalizando a constituição do crédito, que, assim, passa a ser exigível. Em se tratando de requisito de validade do título executivo, não há óbice a que esta verificação se faça de ofício pelo magistrado. 3. A ausência de notificação do devedor para acompanhar o procedimento administrativo e oferecer defesa é vício que nulifica a certidão da dívida ativa, sob pena de cerceamento de defesa. 4. No caso dos autos não houve notificação efetiva do devedor. A mera intimação para efetuar o pagamento do débito, ou mesmo, o edital de notificação extrajudicial para pagamento de anuidades publicado em jornais não devem ser confundidos com notificação para acompanhamento da fase administrativa de inscrição em dívida ativa. (TRF4, AC 5006404-05.2016.404.7200, 2ª Turma, Relator Andrei Pitten Velloso, juntado aos autos em 27.09.2017)

EXECUÇÃO FISCAL. CONSELHO DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL. NOTIFICAÇÃO DO LANÇAMENTO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO FISCAL, DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. Conforme orientação fixada pela Primeira Seção deste Tribunal, bem assim pela Segunda Turma, reunida na forma do artigo 942, do Código de Processo Civil, não há óbice à extinção, de ofício, de execução fiscal promovida por conselho de fiscalização profissional, na ausência de prova de que a parte executada foi regularmente notificada do lançamento. (TRF4, AC 5002046-32.2019.4.04.7122, 2ª Turma, Relator Sebastião Ogê Muniz, juntado aos autos em 28.11.2019)

EXECUÇÃO FISCAL. CONSELHO DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL. CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. AUSÊNCIA DE REGULAR NOTIFICAÇÃO DO EXECUTADO. NULIDADE. 1. O pagamento de anuidades devidas aos Conselhos Profissionais constitui contribuição de interesse das categorias profissionais, de natureza tributária, sujeita a lançamento de ofício. O lançamento se aperfeiçoa com a notificação do contribuinte para efetuar o pagamento do tributo, sendo considerada suficiente a remessa do carnê com o valor da anuidade, ficando constituído em definitivo o crédito a partir de seu vencimento, se inexistente recurso administrativo. 2. A notificação do sujeito passivo é condição de eficácia do lançamento. A presunção de legitimidade da certidão de dívida ativa descrita no art. 3º da Lei 6.830/80 somente deve ser considerada estando a dívida regularmente inscrita. Assim, a falta de notificação válida implica ausência de aperfeiçoamento do lançamento e de constituição do crédito tributário. 3. Ausente a comprovação de regular notificação do executado, há ensejo à nulidade do título executivo e à extinção da execução fiscal. (TRF4, AC 5011654-88.2018.4.04.7122, 1ª Turma, Relator Roger Raupp Rios, juntado aos autos em 19.11.2019)

Assim, embora possua razão o Conselho exequente quando defende a dispensa de instauração de procedimento administrativo formal para o lançamento de anuidades, tal não afasta a necessidade de notificação do sujeito passivo acerca do lançamento, ainda que de forma simplificada, com a concomitante abertura de prazo para lhe assegurar o direito de defesa.

E, considerando que o Exequente, à vista da alegação de ausência de notificação do débito e oportunidade de defesa não juntou a contraprova ao referido fato negativo alegado - qual seja, a demonstração de que notificou o destinatário - conclui-se que não foi assegurado ao devedor o exercício do direito de defesa para instaurar o contraditório no âmbito administrativo, restando maculada a regularidade do ato de inscrição em Dívida Ativa e a subsistência da Execução Fiscal.

Diante disso, fica prejudicada a análise das demais questões trazidas na Exceção oposta.

Ante o exposto, acolho a Exceção de Pré-executividade, para reconhecer a nulidade dos títulos que embasam a presente execução, por vício anterior à inscrição em dívida ativa (ausência de demonstração de notificação do lançamento), e, por consequência, determinar a extinção desta execução.

Concedo à parte Executada os benefícios da Justiça Gratuita, considerando presumir-se verdadeira a alegação de insuficiência deduzida exclusivamente por pessoa natural (art. 99, § 3º, do CPC), presunção esta não afastada pela parte contrária. Registre-se.

Condeno o Exequente ao pagamento de honorários advocatícios ao procurador da parte Executada, os quais fixo nos percentuais definidos no art. 85, § 3º, do novo CPC, pelos seus patamares mínimos, e aplicáveis de acordo com a progressividade determinada no parágrafo § 5º do mesmo artigo, incidentes sobre o valor desta execução, a ser corrigido pelos índices próprios de atualização da dívida e, a partir da oposição da exceção de pré-executividade, apenas pelo IPCA-e.

Dou esta sentença por publicada pela inserção do seu arquivo de texto no sistema de processo eletrônico "e-proc".

Intimem-se.

Interposta apelação, intime-se a parte Recorrida para, havendo interesse, apresentar contrarrazões ao recurso, a teor do disposto no art. 1.010, § 1º, do novo CPC. Não sendo suscitadas questões previstas no art. 1.009, § 1º, do novo CPC, remetam-se os autos ao TRF da 4ª Região. Sendo suscitadas tais questões, intime-se a Recorrente para se manifestar a respeito delas. Após, remetam-se os autos ao TRF da 4ª Região. Oportunamente, arquivem-se com baixa.

Afasto a arguição de julgamento *extra petita*, alegada pelo apelante, na medida em que o juízo *a quo* pode definir pela extinção do feito executivo, ante a ausência de notificação do lançamento, ainda que não haja arguição prévia do assunto.

Em que pesem os argumentos deduzidos pelo apelante, não há razão que autorize a reforma da decisão, que deve ser mantida pelos seus próprios e jurídicos fundamentos.

Por fim, atenta aos parâmetros legais preconizados pelo § 2º e incisos do art. 85 do CPC, majoro em 10% (dez por cento) os honorários sucumbenciais fixados, nos termos do § 11 do referido dispositivo, percentual que deverá ser acrescido uma única vez à verba honorária.

Ante o exposto, voto por negar provimento à apelação.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0805645-30.2019.4.05.0000

RELATOR: PAULO ROBERTO DE OLIVEIRA LIMA

MAGISTRADO CONVOCADO: FREDERICO WILDSON DA SILVA DANTAS

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. MORTE DA PARTE. HABILITAÇÃO DE SUBSTITUTO PROCESSUAL. LAPSO TEMPORAL SUPERIOR AO LUSTRO. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE CONFIGURADA.

1. Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo DEPARTAMENTO DE OBRAS CONTRA AS SECAS contra decisão prolatada pelo Juízo da 7ª Vara Federal da Seção Judiciária do Ceará que, em sede de cumprimento de sentença, afastou alegação de prescrição suscitada pela agravante, no que tange ao pedido de habilitação formulado pelos herdeiros do falecido autor F.G.P.

2. É certo que a jurisprudência, inclusive da Segunda Turma deste TRF, tem admitido o prosseguimento da execução em nome dos sucessores que se habilitarem, para que recebam os créditos devidos ao *de cujus*. A adoção de posicionamento diverso seria ferir o princípio da instrumentalidade das formas, em detrimento de direito que já fora assegurado, após o curso do processo de cognição.

3. Assim, admite-se a execução e a posterior habilitação dos sucessores, desde que respeitado o prazo prescricional. O prazo prescricional para as dívidas da União é de cinco (05) anos, possuindo como termo inicial a data do ato ou fato do qual se originarem (Decreto-Lei nº 20.910/1932, art. 1º).

4. É certo que de acordo com o Código de Processo Civil/2015, o falecimento de uma das partes gera a suspensão do processo (art. 313, I). Contudo, a suspensão do processo é sempre transitória e o Código não transige com suspensões além de um ano.

5. Assim, findo o processo de cognição e observada a morte do autor, se seus herdeiros deixam passar o lustro fatal sem a habilitação, já não podem mais fazê-lo, pois não pode ser considerado imprescritível o exercício da pretensão executória.

6. No caso de que se cuida, o óbito do exequente F.G.P. ocorrera em 13 de janeiro de 2013, e somente em 15 de maio de 2018 houve o pedido de habilitação dos seus sucessores nos autos do feito executivo, resultando patente o transcurso do lustro prescricional, pois deixaram fluir mais de 5 (cinco) anos contados da data do óbito do aludido autor.

7. Sendo assim, a inércia dos sucessores legais consumou a prescrição quinquenal, não sendo mais possível requerer as respectivas habilitações.

8. Agravo de instrumento provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos, em que figuram como partes as acima indicadas.

DECIDE a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, à unanimidade, DAR PROVIMENTO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO, nos termos do voto do Relator e das notas taquigráficas, que passam a integrar o presente julgado.

Recife, 17 de março de 2020.

FREDERICO WILDSON DA SILVA DANTAS

Desembargador Federal Convocado

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo DEPARTAMENTO DE OBRAS CONTRA AS SECAS contra decisão prolatada pelo Juízo da 7ª Vara Federal da Seção Judiciária do Ceará que, em sede de cumprimento de sentença, afastou alegação de prescrição suscitada pela agravante, no que tange ao pedido de habilitação formulado pelos herdeiros do falecido autor F.G.P.

Sustenta o DNOCS agravante que o pedido de habilitação dos pretensos sucessores somente se deu em 15 de maio de 2018, mais de 5 anos após o óbito do autor, ocorrido em 03 de janeiro de 2013, de forma que é clara a ocorrência da prescrição.

Postas as questões fáticas, pugna a parte agravante pelo recebimento do interposto agravo de instrumento, atribuindo-lhe, além do seu ordinário efeito devolutivo, também o seu efeito suspensivo.

É o relatório.

VOTO

É certo que a jurisprudência, inclusive da Segunda Turma deste TRF, tem admitido o prosseguimento da execução em nome dos sucessores que se habilitarem para que recebam os créditos devidos ao *de cuius*.

A adoção de posicionamento diverso seria ferir o princípio da instrumentalidade das formas, em detrimento de direito que já fora assegurado, após o curso do processo de cognição.

Assim, admite-se a execução e a posterior habilitação dos sucessores, desde que respeitado o prazo prescricional. O prazo prescricional para as dívidas da União é de cinco (05) anos, possuindo como termo inicial a data do ato ou fato do qual se originarem (Decreto-Lei nº 20.910/1932, art. 1º).

É certo que de acordo com o Código de Processo Civil/2015, o falecimento de uma das partes gera a suspensão do processo (art. 313, I). Contudo, a suspensão do processo é sempre transitória e o Código não transige com suspensões além de um ano.

Neste sentido, tenho sustentado, e comigo a segunda Turma, que o prazo prescricional para que os herdeiros do falecido se habilitem em processos que tramitem em favor deste se consuma em cinco anos contados do óbito.

Assim, findo o processo de cognição e observada a morte do autor, se seus herdeiros deixam passar o lustrum fatal sem a habilitação já não podem mais fazê-lo, pois não pode ser considerado imprescritível o exercício da pretensão executória.

No caso de que se cuida, o óbito do exequente Francisco Gomes Pinheiro ocorrera em 13 de janeiro de 2013, e somente em 15 de maio de 2018 houve o pedido de habilitação dos seus sucessores nos autos do feito executivo, resultando patente o transcurso do lustrum prescricional, pois deixaram fluir mais de 5 (cinco) anos contados da data do óbito do aludido autor.

Sendo assim, a inércia dos sucessores legais consumou a prescrição quinquenal, não sendo mais possível requerer as respectivas habilitações.

No sentido do texto, o seguinte precedente da eg. Segunda Turma:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. MORTE DA PARTE. HABILITAÇÃO DE SUBSTITUTO PROCESSUAL. LAPSO TEMPORAL SUPERIOR AO LUSTRO. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE CONFIGURADA.

1. Trata-se de agravo de instrumento manejado pelo INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, contra decisão que, em sede de ação ordinária, ajuizada por B.H.S., deferiu o pedido de habilitação da Sra. A.G.S., viúva do autor, na qualidade de substituta processual.

2. Da análise dos autos, verifica-se que o INSS pleiteia o reconhecimento da prescrição intercorrente da pretensão executória, sob alegação de que decorreu grande lapso temporal (quase 20 anos) entre o falecimento do autor e o pedido de habilitação de seus substitutos processuais.

3. É cediço que a prescrição, tratando-se de execução de sentença contra a Fazenda Pública, dá-se no prazo de 05 (cinco) anos, contados do trânsito em julgado da sentença. Entretanto, nos termos do art. 43 do CPC, “ocorrendo a morte de qualquer das partes, dar-se-á a substituição pelo seu espólio ou pelos seus sucessores, observado o disposto no art. 265, do CPC”.

4. Por sua vez, o art. 265, I, do CPC prevê que, com o advento da morte ou da perda da capacidade processual de uma das partes, do seu representante legal ou procurador, o processo deve ser suspenso. Suspendendo-se o processo, suspenso também estará o lustro prescricional.

5. Contudo, a suspensão do processo é sempre transitória e o Código não transige com suspensões além de um ano. De acordo com o disposto no art. 196 do Código Civil, a prescrição iniciada contra a parte continua a correr contra o seu sucessor, significando que o prazo, já iniciado, não se suspende, nem se interrompe, continuando a correr, imediatamente, como efeito da sucessão.

6. No caso de que se cuida, o falecimento do autor ocorreu em 1996, antes, portanto, de iniciada a fase de execução, ao passo que o pedido de habilitação dos sucessores remonta a 2014. Resulta incontroverso, pois, que a iniciativa dos herdeiros legais do autor para requerer a respectiva habilitação somente se verificou após o lustro, visto que transcorreram quase 20 (vinte) anos contados da data do óbito.

7. Agravo de instrumento provido. (AGTR139966/CE, TRF-5, Segunda Turma, Rel. Des. Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima, data de julgamento: 28.04.2015).

Mercê do exposto, DOU PROVIMENTO ao agravo de instrumento.

FREDERICO WILDSON DA SILVA DANTAS

Desembargador Federal Convocado

Assinado eletronicamente em 07.04.2020