

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 459

(ano VII)

13/10/2015)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2015

Conselho Editorial

COORDENADOR GERAL (DF/GO) -
VALDINEI CORDEIRO COIMBRA:
*Fundador do Conteúdo Jurídico. Mestre em
Direito Penal Internacional.*

Coordenador do Direito Internacional
(AM/DF): **SERGIMAR MARTINS DE
ARAÚJO** - Advogado com mais de 10 anos
de experiência. Especialista em Direito
Processual Civil Internacional. Professor
universitário

Coordenador de Dir. Administrativo:
**FRANCISCO DE SALLES ALMEIDA
MAFRA FILHO** (MT): Doutor em Direito
Administrativo pela UFMG.

Coordenador de Direito Tributário e
Financeiro - **KIYOSHI HARADA** (SP):
Advogado em São Paulo (SP). Especialista
em Direito Tributário e em Direito Financeiro
pela FADUSP.

Coordenador de Direito Penal - **RODRIGO
LARIZZATTI** (DF): Doutor em Ciências
Jurídicas e Sociais pela Universidad del
Museo Social Argentino - UMSA.

País: *Brasil*. Cidade: *Brasília* – DF.
Contato: editorial@conteudojuridico.com.br
WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

SUMÁRIO

COLONISTA DO DIA



13/10/2015 Carlos Eduardo Rios do Amaral

» [É incabível Ação Negatória de Paternidade contra filho adotivo](#)

ARTIGOS

13/10/2015 Elisama de Sousa Alves

» [O sincretismo e sua efetividade processual](#)

13/10/2015 Caio Souza Pitta Lima

» [Breve aspecto sobre os direitos fundamentais e seus princípios](#)

13/10/2015 Ricardo Souza Calcini

» [A coibição da intermediação de mão de obra pela nova lei da terceirização](#)

13/10/2015 Daniela Soares Alvienes

» [A não incidência do imposto sobre produtos industrializados na importação de bens por destinatário final pessoa física](#)

13/10/2015 Tauã Lima Verdán Rangel

» [Da Intervenção ou Supressão Eventual e de Baixo Impacto Ambiental: Anotações à Resolução CONAMA Nº 369/2006](#)

13/10/2015 Lorena Carneiro Vaz de Carvalho Albuquerque

» [Da impenhorabilidade dos proventos de aposentadoria, alvos da Justiça do Trabalho na satisfação do crédito exequendo e particularidades do instituto "penhora on line"](#)

MONOGRAFIA

13/10/2015 Marcelo Henrique Lourenço Mendes

» [A possibilidade de adequação da maioria penal no Brasil à luz da Constituição Federal de 1988](#)

É INCABÍVEL AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE CONTRA FILHO ADOTIVO

CARLOS EDUARDO RIOS DO AMARAL: Defensor Público do Estado do Espírito Santo.

Terminado o casamento ou a união estável entre os cônjuges, não é raro de se ver a propositura, geralmente pelo cônjuge varão, de Ação Negatória de Paternidade na Vara de Família contra o filho concebido pela via da adoção na Vara da Infância e da Juventude.

Entre os argumentos mais costumeiros lançados pelo cônjuge varão, autor da Ação Negatória de Paternidade na Vara de Família, pode-se listar os seguintes: que a adoção deu-se por pena da criança que não possuía registro civil de filiação paterna, que a condição de pai foi assumida para beneficiar o menor junto a um plano de saúde ou obtenção de desconto na mensalidade escolar e, ainda, que a ação de adoção fora ajuizada com base na desconfiança do próprio autor de ser o pai biológico do adotado.

Bom ressaltar que essas Ações Negatórias de Paternidade, na maioria esmagadora dos casos, são propostas quase uma Década ou mais depois da sentença de adoção. Ou seja, na memória e no espírito da criança o autor dessa ação é e sempre foi o seu pai. É na figura do seu pai adotivo que o menor experimentou e venceu todas as suas sensações e experiências de vida, aonde encontrou refúgio, compreensão e amor.

Acontece que, sabiamente, o direito material impõe uma muralha intransponível a aquele pai, assim declarado pela via judicial da adoção, que deseje revogá-la, seja lá qual for o motivo. Senão vejamos o que dispõe o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA:

“Art. 39. (...)”

§1º A adoção é medida excepcional e irrevogável, à qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou adolescente na família natural ou extensa, na forma do parágrafo único do art. 25 desta Lei”.

Ora, o ECA é categórico: a adoção é medida irrevogável. Em todo o conteúdo desse Diploma não há nenhuma ressalva ou condicionante ao mencionado comando legal. Assim, uma vez operado o trânsito em julgado da Ação de Adoção, seu maior adorno substancial será a sua irrevogabilidade.

Naturalmente, como toda e qualquer sentença de conteúdo constitutivo, esse veredicto poderá ser anulado pela via única da Ação Rescisória, dentro do prazo decadencial de dois anos. O Art. 485 do Código de Processo Civil é amplamente genérico, não excepcionando nenhuma sentença judicial quanto à possibilidade de sua discussão pela via rescisória, nem mesmo a de adoção. A Ação Anulatória do Art. 486, por sua vez, é incabível, pois a sentença que reconhece a adoção não é meramente homologatória, mas, como dito, possui natureza constitutiva.

Destarte, a propositura de Ação Negatória de Paternidade contra o filho concebido pela via da adoção na Vara de Família padece de dois vícios insuperáveis.

Primeiro, falece competência à Vara de Família para promover a rescisão e rediscussão das sentenças transitadas em julgado na Vara da Infância e da Juventude. A Ação Rescisória só poderá ser apreciada pelo Tribunal, não podendo ser ajuizada em órgãos de primeira instância, tenha ou não sido interposto recurso de apelação.

Segundo, a Ação Negatória de Paternidade não é o instrumento adequado para veicular pretensão de enfrentamento à sentença de adoção. Seja porque não é sucedâneo de Ação Rescisória, único remédio processual admissível ao caso, seja porque a manifestação de vontade depositada nos Autos da Ação de Adoção é coberta pela cláusula da irrevogabilidade após o trânsito em julgado. Não sendo, assim, a via processual adequada, o Autor será carecedor de ação por falta de interesse de agir.

Registre-se que a propositura de Ação Rescisória, mesmo a Ação Negatória de Paternidade se fosse admitida, com fundamento em vício de vontade para se anular Ação de Adoção, certamente estaria fadada ao insucesso. Pois é elemento intrínseco e fundamental do acolhimento da Ação de Adoção a manifestação de vontade de seu Autor, sua concordância expressa e inequívoca em ser pai.

Nas palavras de Flávio Tartuce:

“Pela máxima *venire contra factum proprium non potest*, determinada pessoa não pode exercer um direito próprio contrariando um comportamento anterior, devendo ser mantida a confiança e o dever de lealdade, decorrentes da boa-fé objetiva” (Teoria Geral dos Contratos e Contratos em Espécie: Editora GEN/Método).

Não é demais salientar que o arrependimento da adoção por qualquer razão pessoal do Autor, a estratégia do cônjuge varão para sair vencedor na partilha de bens ou para deixar de ser devedor de pensão alimentícia na Vara de Família não se constituem em elementos para a propositura de Ação Rescisória, muito menos se constituem em vícios da vontade.

Concluo trazendo o seguinte precedente do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

“RECURSO ESPECIAL - AÇÃO ANULATÓRIA DE ADOÇÃO - AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO DOS ARTS. 42, § 5º, DO ECA - ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE, E 145, INCISO II, DO CÓDIGO CIVIL DE 1916 - INCIDÊNCIA, NO PONTO, DO ENUNCIADO N. 211 DA SÚMULA/STJ - NÃO-IMPUGNAÇÃO, NAS RAZÕES DE RECURSO ESPECIAL, DE FUNDAMENTO AUTÔNOMO DO V. ACÓRDÃO RECORRIDO - APLICAÇÃO DO ENUNCIADO N. 283 DA SÚMULA/STF - SENTENÇA QUE DECIDE PROCESSO DE ADOÇÃO - NATUREZA JURÍDICA - PROVIMENTO JUDICIAL CONSTITUTIVO - SUJEIÇÃO À COISA JULGADA MATERIAL E AO PRAZO DECADENCIAL DA AÇÃO RESCISÓRIA - AÇÃO ANULATÓRIA DE ATOS JURÍDICOS - NÃO-CABIMENTO, NA ESPÉCIE - RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO.

I - Os arts. 42, § 5º, do ECA, e 145, inciso II, do Código Civil de 1916, não foram objeto de debate, ao menos implícito, do v. acórdão recorrido, incidindo, na espécie, o Enunciado n. 211 da Súmula/STJ;

II - O recurso especial, em nenhum momento, impugna o fundamento autônomo da coisa julgada, utilizado pelo v. acórdão recorrido como razão de decidir, o que atrai o óbice do Enunciado n. 283 da Súmula/STF;

III - A sentença que decide o processo de adoção possui natureza jurídica de provimento judicial constitutivo, fazendo coisa julgada material, não sendo a ação anulatória de atos jurídicos em geral, prevista no art. 486 do Código de Processo Civil, meio apto à sua desconstituição, sendo esta obtida somente pela via da ação rescisória, sujeita a prazo decadencial, nos termos do art. 485 e incisos do Código de Processo Civil;

IV - Recurso especial improvido.

(REsp 1112265/CE, Rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/05/2010, DJe 02/06/2010)”.

O SINCRETISMO E SUA EFETIVIDADE PROCESSUAL

ELISAMA DE SOUSA ALVES: Analista Judiciária do Tribunal de Justiça da Bahia. Graduada pela Universidade Estadual de Feira de Santana-BA. Pós-graduada pela Universidade Anhanguera.

RESUMO: O presente artigo trata-se de um esboço teórico, com o escopo de analisar o processo sincrético e sua contribuição para a efetividade processual, perpassando pelas principais reformas processuais realizadas no Código de Processo Civil de 1973, mormente a Lei 11.232/05, sem olvidar do Novo Código de Processo Civil.

Palavras-chave: Processo sincrético. Cumprimento de sentença. Efetividade processual. Código de Processo Civil de 1973. Lei 11.232/2005. Novo Código de Processo Civil.

1 INTRODUÇÃO

Para melhor entender o atual estágio de evolução do sincretismo entre cognição e execução, perfectibilizado pelo Novo Código de Processo Civil, revela-se válido estudar o histórico das reformas processuais atinentes ao tema, realizadas no Código de Processo Civil de 1973.

Nesse sentido, pretende-se analisar, com o presente artigo, até que ponto o processo sincrético contribui para a efetividade processual, aqui entendida como a qualidade de alcançar resultados práticos no mundo real, transformando-o a partir e conforme a decisão judicial.

Com esse objetivo, será analisada a antiga estrutura, qual seja a de autonomia processual, constante do CPC de 1973, e aquela advinda da reforma, sincretismo entre cognição e execução proveniente principalmente da Lei 11.232/2005, observando-se se houve ou não avanços na busca da efetividade processual. Também serão analisadas as principais normas processuais

responsáveis pela construção do processo sincrético que desembocou na lei citada e como atualmente é previsto no Novo Código de Processo Civil.

A metodologia adotada para estudar o fenômeno do sincretismo entre cognição e execução e suas implicações na efetividade processual foi a de análise/síntese com foco na história e na evolução legislativa. A pesquisa foi bibliográfica, incluindo os principais processualistas relacionados à temática, sejam brasileiros ou estrangeiros.

O artigo se estrutura inicialmente, com um breve relato da evolução das formas de solução dos conflitos interpessoais antes e depois da formação do Estado, incluindo a autotutela, a arbitragem e a função jurisdicional do Estado. Em seguida, conceituam-se jurisdição, processo e procedimento, com especial atenção na diferenciação entre estes dois últimos institutos.

Subsequentemente aborda-se o conhecimento e a execução, tanto como processo, quanto como atividade do juiz, conceituando-os e distinguindo-os. No mesmo tópico examina-se a teoria da autonomia processual de Liebman e a sistematização do CPC de 1973. Ainda neste tópico, é abordado o princípio da autonomia processual e o princípio do sincretismo.

O próximo tópico faz um breve histórico das principais reformas processuais para a construção do sincretismo, apontando a primeira norma que trouxe o instituto, bem como a Lei 11.232/05, ápice dessa tendência. Este tópico também analisa, minuciosamente, todas as alterações e inovações trazidas pela Lei 11.232/05 para a generalização do sincretismo entre cognição e execução e o Novo Código de Processo Civil.

Por fim, serão trabalhados os reflexos do sincretismo na efetividade processual. Inicialmente, conceitua-se a efetividade processual, abordando a sua ligação com a prestação da tutela jurídica e com a celeridade processual. Depois, analisa-se a crise

da máquina judiciária e a influência das reformas, principalmente daquelas relacionadas ao sincretismo, na mudança deste panorama. Conclui-se o trabalho com a análise imediata dos reflexos do sincretismo na efetividade processual, tudo isto possibilitando construir fundamentamente uma conclusão sobre o objetivo proposto, de examinar até que ponto as reformas realizadas conduzem a resultados práticos céleres e justos.

2 DA AUTOTUTELA AO PROCESSO

Antes da presença do Estado como pacificador social, os conflitos interpessoais resolviam-se simplesmente pela força, por meio da autotutela, não existindo a presença de uma entidade estatal com soberania e autoridade para garantir o cumprimento da lei^[1]. Também, nesse primitivo sistema, vigorava a autocomposição, em que os conflitantes, mediante transação, chegavam a uma solução.

A sociedade, no seu evoluir, percebeu que o método utilizado por ela na solução dos conflitos de interesse não condizia com a sua real necessidade, haja vista que a força, a violência, bem como a parcialidade eram os instrumentos basilares desse método. Urgia a necessidade de um terceiro imparcial ao conflito. Foi assim que surgiu a arbitragem com a figura do árbitro, de regra, de confiança das partes, que ao analisar o conflito tentava fazer justiça. No entanto, com a maior complexidade social, buscavam-se novas formas de resolução dos conflitos, deixando os modelos tradicionais indicados de atender aos reclames da sociedade.

À medida que o Estado foi-se fortalecendo, construindo normas de direito abstrata e genérica, foi-se também, gradativamente, consolidando o seu poder de decidir o conflito, e de aplicar as normas aos casos concretos, surgiu então, o poder ou função jurisdicional como monopólio do Estado a ser exercido por órgãos especializados.

Antes de adentrar nesse poder jurisdicional do Estado, vale afirmar que a autocomposição e a arbitragem não se perderam no tempo. Elas convivem conjuntamente com o Estado, sendo por

este legitimadas, funcionando como meios alternativos de solução de conflito.

Para melhor compreensão do que seja jurisdição, interessantes são as definições dadas por Carreira Alvim e por Liebman. Para o primeiro, jurisdição é “uma função do Estado, pela qual este atua o direito objetivo na composição dos conflitos de interesses, com o fim de resguardar a paz social e o império da norma de conflitos”[2]. No mesmo sentido Liebman: “podemos considerar a jurisdição como a atividade dos órgãos do Estado, destinada a formular e atuar praticamente a regra jurídica concreta que, segundo o direito vigente, disciplina determinada situação jurídica”. [3]

A extensão e o limite da jurisdição são dados em razão da extensão e do limite da lei estatal, ou seja, só há sujeição à jurisdição onde há o império da lei, não podendo haver jurisdição onde não há sujeição à lei[4]. O objetivo dessa delimitação é de situar a atividade jurisdicional apenas nos limites territoriais da soberania do Estado, não conflitando com a atividade jurisdicional desenvolvida pelos demais Estados estrangeiros, apesar de ser possível o reconhecimento de legislações estrangeiras em território nacional em razão de acordos internacionais que visam a confluência de interesses.

Como o Brasil é um Estado Democrático de Direito, de acordo com o proclamado pela Constituição Federal, art. 1º, o exercício da função jurisdicional deverá coadunar-se com os preceitos constitucionais, sob pena de infringir as normas de organização do Estado. Neste viés, preleciona Calmon de Passos:

Se o Direito é produzido socialmente pelos homens, a vitória mais significativa da modernidade, em termos políticos, foi assentar-se, como inafastável postulado, que sua validade é indissociável do processo de sua produção, processo este incompatível com o arbítrio, exigindo, para legitimar-se, atenda a regras cogentes e prévias, respeitados os princípios fundamentais do Estado de Direito Democrático, tudo constitucionalmente prefixado. [5]

Pode-se afirmar que a atuação do Estado na atividade jurisdicional é de ordem social, jurídica e política. Não há como, atualmente, observar a jurisdição como fenômeno exclusivamente jurídico, visto que o Estado é um ente político destinado à finalidade social de busca do bem comum.

A jurisdição é exercida por provocação de uma das partes envolvida num conflito de interesses, que exige a subordinação do interesse de outrem ao próprio, exigência esta comumente conhecida como pretensão. O outro ao resistir à pretensão estabelece a lide ou litígio. Araken de Assis apresenta, resumidamente, o conceito de lide como o “conflito efetivo ou virtual de pedidos contraditórios, em que recai o julgamento”.^[6]

Ao solicitar a prestação jurisdicional, o interessado requer a proteção do seu direito subjetivo ameaçado ou violado por outra pessoa. Cabe, então, ao órgão jurisdicional o direito e o dever de verificar se a pretensão pleiteada é protegida pelas normas de direito objetivo ou não. O Estado conhecendo o conflito terá que compô-lo, assegurando a paz jurídica por meio da aplicação da norma disciplinadora da relação de conflito.

Consideração interessante é feita por Ada Pellegrini, Cândido Rangel e Antonio Carlos Cintra ao afirmar que a “jurisdição é, ao mesmo tempo, poder, função e atividade”.^[7] Simples afirmação consegue expressar a construção que se vêm fazendo em torno do conceito, objetivo e finalidade da jurisdição:

Como poder, é manifestação do poder estatal, conceituado como capacidade de decidir imperativamente e impor decisões. Como função, expressa o encargo que têm os órgãos estatais de promover a pacificação de conflitos interindividuais, mediante a realização do direito justo e através do processo. E como atividade ela é o complexo de atos do juiz no processo, exercendo o poder e cumprindo a função que a lei lhe comete. O poder, a função e a atividade somente transparece legitimamente através do processo devidamente estruturado (devido processo legal).^[8]

Em linhas rápidas, vale lembrar que jurisdição e tutela jurisdicional são conceitos distintos. Como a jurisdição é uma função estatal, todos têm o direito a que a mesma seja prestada, no entanto, nem todos têm direito à tutela jurisdicional. Pode-se dizer que esta é uma das formas pelas quais o Estado assegura proteção a quem seja titular de um direito subjetivo. Dinamarco define a tutela jurisdicional como “o amparo que, por obra dos juízes, o Estado ministra a quem tem razão num processo”.^[9]

Para que o Estado alcançasse o objetivo da jurisdição, fez-se mister a instituição do processo, que funciona como o meio através do qual exerce o poder de dizer o direito.

O processo é, assim, mera relação que se desenvolve por um conjunto de atos interligados e justamente postos, realizados pelas partes, particulares, pelas pessoas investidas de jurisdição, como o juiz, pelos auxiliares da justiça, pelos advogados, e, de vez em quando, pelos terceiros interessados no conflito, no intuito de obter a justa composição da lide.

Insta destacar que nos sistemas da “civil law”, como o brasileiro, estes atos são revestidos de forma preestabelecida na lei, regulando-se, conseqüentemente, a produção de atos jurídicos processuais. Essas formas não são imutáveis, sofrem variação do tempo e do espaço, não havendo, portanto, processo judicial imutável. As normas processuais passam constantemente por mudanças significativas, no intuito de se adequar ao contexto social, político e econômico vigente, e, conseqüentemente, garantir a efetividade processual^[10].

O processo é um instrumento para a obtenção da jurisdição. É por meio dele e do exercício do direito de ação que o indivíduo leva ao conhecimento do Poder Judiciário a violação do seu direito e pede que Este cumpra com o seu dever de lhe prestar a tutela.

Muitos juristas trazem a distinção entre processo e procedimento, no intuito de acabar com a visão simplista de que o processo é um mero procedimento. Humberto Theodoro faz a distinção dizendo que processo “é o método, isto é, o sistema de compor a lide em juízo através de uma relação jurídica vinculativa de direito público, enquanto procedimento é a forma material com

que o processo se realiza em cada caso concreto”.[\[11\]](#) Ainda fazendo a distin o entre processo e procedimento, Calmon de Passos aduz:

Podemos, portanto, conceituar o processo como atividade, vista na sua totalidade, por meio da qual se produz uma norma jurídica, mediante a formula o de uma decisão de autoridade, entendido o termo procedimento como referido ao complexo dos atos juridicamente ordenados de tratamento e obten o de informa es, que se estrutura e se desenvolve sob a responsabilidade de titulares de poderes públicos, e serve para a prepara o da tomada de decisões, sejam legislativas, administrativas ou jurisdicionais.[\[12\]](#)

Pode-se concluir, pelo exposto, que o procedimento é o aspecto formal do processo. É por meio dele que a lei apresenta o modo e a forma como os atos se encadeiam. Já o processo é um sistema de composi o da lide que abre a possibilidade de produzir norma jurídica ao pronunciar a sentença. Como visto, não há como afirmar que processo e procedimento são sin nimos, mas sim de que o primeiro é conceito mais amplo, ou que   gênero, de que o segundo   parcela, ou   espécie.

Assim, a divisão tricotômica do processo em: processo de conhecimento (cogni o); processo de execu o e processo cautelar, leva em considera o o tipo de tutela jurisdicional que se quer ver prestada. Contudo, essa divisão passa a falsa idéia de que existe apenas um tipo de tutela jurisdicional em cada processo, o que não é verdade. Na realidade, a divisão é feita com base na atividade preponderante desenvolvida no curso do processo pelo juiz a partir dos elementos que lhe são colocados pelas partes e pelo tipo de tutela pretendido em rela o ao bem da vida objeto da lide.

A arquitetura do nosso atual Código de Processo Civil é composta de cinco Livros: o primeiro, dedicado ao “processo de conhecimento”; o segundo, ao “processo de execu o”; o terceiro, ao “processo cautelar”; o quarto, aos “procedimentos

especiais”; e o quinto, às “disposições finais e transitórias”, reafirmando a divisão clássica anteriormente disposta.

Contudo, as inúmeras reformas processuais que ocorreram no Código de Processo Civil de 1973, principalmente no que tange à execução, rompeu de certa forma com a divisão clássica entre processo de conhecimento e processo de execução, trazendo a lume um processo sincrético, composto de duas fases distintas: cognitiva e executiva. Ou seja, nele não há preponderância de uma tutela jurisdicional em relação a outra, e sim, harmonia entre as atividades jurisdicionais, sendo cada uma exercida no seu momento específico.

3 CONHECIMENTO E EXECUÇÃO

De acordo com a teoria do processo civil, existem três categorias distintas de processo, relacionadas com o tipo de atividade preponderantemente desenvolvida. O mestre Humberto Theodoro, confirmando o que foi dito anteriormente, ensina:

Se a lide é de pretensão contestada e há necessidade de definir a vontade concreta da lei para solucioná-la, o processo é o de conhecimento ou cognição, que deve culminar por uma sentença de mérito que contenha a resposta definitiva ao pedido formulado pelo autor.

Se a lide é pretensão apenas insatisfeita (por já estar o direito do autor previamente definido pela própria lei, como líquido, certo e exigível), sua solução será encontrada através do processo de execução, que é o meio de realizar de forma prática a prestação a que corresponde o direito da parte.

A tutela cautelar incide quando, antes da solução definitiva da lide, seja no processo de cognição, seja no de execução, haja, em razão da duração do processo, o risco de alteração no equilíbrio das partes diante da lide. Sua função é, pois, apenas conservar os estado de fato e de direito, em caráter provisório e preventivo, para que a

prestação jurisdicional não venha a se tornar inútil quando prestada em caráter definitivo.[\[13\]](#)

Diante das palavras do autor, pode-se dizer que o processo de conhecimento visa à formulação da norma jurídica concreta e o processo de execução corresponde à atuação prática da norma jurídica concreta. E além desses dois tipos de processos, acrescenta-se uma terceira atividade, auxiliar e subsidiária, conhecida como processo cautelar, que pretende assegurar a eficácia de um direito ou de uma pretensão, ameaçado de dano irreparável ou de difícil reparação.

É na definição de processo de conhecimento e de execução, bem como na análise da sistematização do Código de Processo Civil de 1973, influenciada pela teoria de Liebman, que este tópico se dedica a estudar as atividades cognitivas e executivas do juiz, para melhor compreensão, posteriormente, das mudanças processuais advindas com a Lei 11.232/05.

3.1 PROCESSO DE CONHECIMENTO

Segundo Kazuo Watanabe, a cognição é

prevalentemente um ato de inteligência, consistente em considerar, analisar e valorar as alegações e as provas produzidas pelas partes, vale dizer, as questões de fato e de direito que são deduzidas no processo e cujo resultado é o alicerce, o fundamento *do iudicium*, do julgamento do objeto litigioso do processo.[\[14\]](#)

Por estas palavras pode-se concluir que a cognição não é ato exclusivo do processo de conhecimento, assim cada tipo de processo (de conhecimento, cautelar e de execução) estrutura-se a partir do grau de cognição judicial que se estabelece em cada um deles.

A finalidade essencial do processo de conhecimento consiste em declarar a existência ou inexistência do direito afirmado pelo demandante em sua petição inicial, podendo dessa afirmação, quando não atendida voluntariamente pelo vencido, advirem providências técnico-jurídicas para a sua atuação prática. Contudo, para alcançar esta finalidade, é necessário que o juiz examine e valere as alegações e as provas produzidas no

processo, ou seja, exerça a atividade cognitiva, a fim de emitir seus juízos de valor acerca das mesmas.

Doutrinariamente, subdivide-se o processo de conhecimento, conforme a natureza do provimento pretendido pelo autor, em processo meramente declaratório, processo condenatório e processo constitutivo. O primeiro visa apenas à declaração da existência ou inexistência de uma relação jurídica. O processo constitutivo visa um provimento jurisdicional que constitua, modifique ou extinga uma relação ou situação jurídica.

Já no terceiro processo, o mais importante para o estudo deste trabalho, o autor quer uma sentença de condenação do réu. Assim, após o acolhimento da pretensão do autor, é proferida a sentença afirmando a existência do direito e sua violação, e, conseqüentemente, é aplicada uma sanção correspondente à inobservância da norma reguladora do conflito. Em decorrência dessa sanção, o autor passa a possuir um novo direito, qual seja, o direito à tutela jurisdicional executiva. Por isso, afirma-se que a sentença condenatória tem duplo conteúdo e dupla função, haja vista que no primeiro momento ela declara o direito existente, consistindo à sua função declaratória e, no segundo momento, ela faz vigorar para o caso concreto as medidas coativas, mediante aplicação da sanção adequada, residindo aqui sua função sancionadora.

É nítido o enobrecimento dado pelo Código de Processo Civil e pelos doutrinadores ao processo de conhecimento, recebendo tal processo, o título de processo por excelência. É dele que se retiram as normas e os princípios que serão aplicados subsidiariamente ao processo de execução e cautelar, na ausência de normas explícitas. Contudo, ao pretender extrair um instituto do Processo de Conhecimento para utilizar no outro tipo de processo, deve-se verificar se realmente existe lacuna na lei, e, principalmente, averiguar se o instituto que se pretende usar é compatível com os princípios que estruturam o Processo de Execução ou o Processo Cautelar, para que não haja 'aberrações' processuais.

3.2 PROCESSO DE EXECUÇÃO

Em inúmeros casos de conflitos de interesses, a simples declaração do direito não satisfaz o interesse do demandante, é preciso algo mais para eliminar de vez o conflito. Daí a necessidade da atividade executiva. É através da tutela executiva que o Estado completa a sua função jurisdicional, assegurando ao demandante de um direito já devidamente reconhecido, quando necessário, um provimento satisfativo.

O credor, ao ingressar em juízo pleiteando a condenação do réu ao pagamento de uma quantia certa em dinheiro, não está interessado simplesmente no julgamento procedente de sua demanda, o que ele realmente pretende é receber tudo aquilo que lhe foi judicialmente assegurado. Assim, a função jurisdicional não pode limitar-se à emissão de uma sentença, deve ela ir mais além, efetivando o comando do julgado.

Neste sentido, pertinentes são as palavras de Carreira Alvim: “A execução torna-se necessária, à medida que o autor deva, novamente, recorrer ao Judiciário para obter o cumprimento de determinada prestação que não foi voluntariamente cumprida”.[\[15\]](#)

Humberto Theodoro entende como processo de execução:

o método de atuar a jurisdição com o fim de realizar a prestação obrigacional de direito material por interferência dos órgãos judiciais, que se sub-rogam na posição de devedor e, prescindindo da vontade deste, mas utilizando o seu patrimônio, efetuam a satisfação do correspondente direito subjetivo do credor.[\[16\]](#)

Pode-se dizer que o processo de execução se encarrega de atuar concretamente sobre o mundo dos fatos, para produzir modificações materiais equivalentes ao pagamento que o devedor inadimplente deveria realizar em favor do credor, por isso ser caracterizado como processo de realização de prestações materiais.

José Carlos Barbosa Moreira elucida que:

Enquanto o processo de conhecimento visa em substância à formulação, na sentença definitiva, da regra jurídica concreta que deve disciplinar a

situação litigiosa, outra é a finalidade do processo de execução, a saber, atuar praticamente aquela norma jurídica concreta. Bem se compreende que seja diversa a índole da atividade jurisdicional realizada num e noutro processo. No de conhecimento, ela é essencialmente intelectual, ao passo que no de execução se manifesta, de maneira preponderante, através de atos materiais, destinados a modificar a realidade sensível, afeiçoando-a, na medida do possível, àquilo que, segundo o direito, ela deve ser.^[17]

Neste contexto, precisas são as palavras de Araken de Assis, segundo o qual “a função executiva opera no mundo dos fatos e a estrutura, em que ela avulta, dita processo de execução, se caracteriza por atos judiciais agressores da esfera jurídica do executado.”^[18] Exata, nessa mesma ordem de idéias, a metáfora criada por Carnelutti, para quem “o processo de conhecimento transforma o fato em direito, e o processo de execução traduz o direito em fatos”^[19].

O Código de Processo Civil vale-se do objeto da obrigação consagrada no título executivo para definir as espécies de execução. São elas: execução para entrega de coisa certa e incerta; execução das obrigações de fazer e não-fazer; execução por quantia certa contra devedor solvente, contra a Fazenda Pública, contra devedor insolvente e contra devedor de prestação alimentícia.

O Código traz, ainda, duas técnicas distintas para a realização das execuções especificadas acima. A primeira é a execução dita tradicional, em que se faz necessário a instauração de processo autônomo, e a segunda é a execução imediata, cujos atos são praticados independentemente da instauração de novo processo, ou seja, são praticados no próprio processo de conhecimento em que foi proferida a sentença.

3.3 A TEORIA DE LIEBMAN E A SISTEMATIZAÇÃO DO CPC DE 1973

O Código de Processo Civil vigente alterou o sistema tradicional do Código de 1939, ao unificar as vias executivas, suprimindo a distinção entre ação executória, para a execução de título judicial, e ação executiva, para a execução de título extrajudicial. Passava a ação a ser uma só, a de execução, que tem por base título executivo judicial ou extrajudicial, conforme o art. 583 do CPC.

O sistema montado no Código de Processo Civil de 1973 é pautado na separação absoluta do binômio conhecimento-execução, ou seja, primeiro deve-se “dizer o direito”, para, somente depois, executá-lo. Sistema esse baseado nas teorias do italiano Enrico Tullio Liebman, como bem afirma o próprio autor do anteprojeto que resultou no Código de 1973, Alfredo Buzaid: “este Código de Processo Civil é um monumento imperecível de glória a Liebman, representando o fruto de seu sábio magistério no plano da política legislativa”.[\[20\]](#)

Liebman sustenta a completa autonomia do processo de execução em relação ao processo de conhecimento, conforme reprodução literal de suas palavras:

De um lado a existência de sentenças que não comportam execução (sentenças declaratórias e constitutivas) tornou evidente que o processo de cognição constitui já por si forma perfeita e completa de tutela jurídica, que se manifesta na coisa julgada; ora a sentença condenatória também dá lugar à coisa julgada, como resultado concreto e imutável do processo de cognição. A execução, embora possível, nem sempre é necessária e frequentemente o credor não precisa lançar mão dela. Salientou-se assim a autonomia da função jurisdicional decisória na sua finalidade de verificação e formulação da regra jurídica válida para o caso concreto. Conclui-se daí que a ação condenatória, da mesma forma que as outras ações, morre por consumação, isto é, por haver atingido o seu fim no momento em que passa em julgado a sentença. A execução, na eventualidade de ser

proposta, representa novo e separado processo. De outro lado, o aparecimento de títulos executórios extrajudiciais, que dão lugar à execução imediata, mostrou a autonomia do processo de execução, que nem sempre depende de anterior processo de cognição.^[21]

A doutrina era unânime em reconhecer a autonomia do processo de execução, conforme prelecionaram José Frederico Marques: “a execução forçada, além de não se confundir com o processo de conhecimento, porque é sobretudo instrumento de coação, não constitui, com aquele, uma única relação processual. Ao reverso, são distintos os dois processos, formando, cada qual, relação jurídica autônoma”^[22], e Cândido Dinamarco: “o processo executivo é um processo autônomo, distinto e diferente do processo de conhecimento, ainda quando a execução tenha por fundamento um título judicial produzido neste (sentença condenatório etc.)”^[23].

Todavia, o próprio Liebman, maior defensor da autonomia e independência do processo de execução, não excluiu a possibilidade de nos mesmos autos processuais, a execução se processar sucessivamente após a cognição. No entanto, para ele, estas situações só ocorriam excepcionalmente, conforme sua declaração:

A execução é processo plenamente autônomo e independente, que começa pela citação para a execução e finaliza, normalmente, pela satisfação do credor.

Isto, contudo, não exclui que existam entre o processo de cognição e o de execução, que se lhe segue, relações especiais que é preciso assinalar. Referem-se ambos à mesma matéria, isto é, ao mesmo conflito de interesses surto entre duas pessoas. [...] Assim encarada torna-se a execução processo autônomo, subsistindo contudo algumas consequências do fato que tem que lidar com a mesma matéria social à qual se referiu o processo de cognição que a procedeu. A relação corrente entre os dois processos pode

designar-se de conexão sucessiva, que se reflete, por exemplo, nos pressupostos processuais da execução. Também é nos autos daquele que a execução se processa.[\[24\]](#)

Diante do exposto, não há dúvida de que a arquitetura legislativa inspirou-se no modelo Liebmaniano, evidenciando a autonomia da função executiva e suas particularidades. Contudo, as reformas processuais põem em cheque essa estrutura arquitetônica.

Atualmente, após algumas reformas, pode-se afirmar que o Código de Processo Civil mudou definitivamente de paradigma. Ele abandonou o modelo liebmaniano e passou a adotar o sistema em que determinadas execuções são meros prolongamentos do processo de conhecimento. Todavia, vale frisar que a execução como processo autônomo não foi abolida, ela continua a existir em pelo menos duas hipóteses: quando o título é extrajudicial, e quando o título é judicial mas a execução não pode ser mero prolongamento da atividade cognitiva, por exemplo, na execução de sentença arbitral.

3.4 CONHECIMENTO E EXECUÇÃO COMO ATIVIDADES DO JUIZ

Oportuna a diferenciação entre atividade cognitiva e executiva do juiz realizada por Liebman:

Na cognição a atividade do juiz é prevalentemente de caráter lógico: ele deve estudar o caso, investigar os fatos, escolher, interpretar e aplicar as normas legais adequadas, fazendo um trabalho intelectual, que se assemelha, sob certos pontos de vista, ao de um historiador quando reconstrói e avalia os fatos do passado. O resultado de todas essas atividades é de caráter ideal, porque consiste na enunciação de uma regra jurídica que, reunindo certas condições, se torna imutável (coisa julgada). Na execução, ao contrário, a atividade do órgão é prevalentemente prática e material, visando produzir na situação de fato as

modificações aludidas acima (tanto assim que esta atividade é confiada em parte aos órgãos inferiores do aparelhamento judiciário).[25]

O juiz, ao interpretar as normas que regulamentam a tutela cognitiva e executiva, tem que buscar a maior efetividade processual possível e para tanto, tem o poder-dever de formular a regra jurídica concreta que deve regular o caso, e o poder-dever de adotar os meios executivos que se revelem necessários à prestação integral da tutela executiva, ou deixar de aplicar uma norma que imponha uma restrição a um meio executivo, sempre que essa restrição não se justificar à luz da proporcionalidade.

Ademais, um papel relevantíssimo cabe à Magistratura, independentemente de qual dentre as atividades judiciais venha a exercer, pois o juiz no universo do processo tem a missão de velar pela dignidade da Justiça. A observação feita por Couture a respeito da figura do juiz é absolutamente atual:

O juiz é uma partícula de substância humana que vive se move dentro do processo. E se essa partícula de substância humana tem dignidade e hierarquia espiritual, o direito terá dignidade e hierarquia espiritual. Mas se o juiz, como homem, cede ante suas debilidades, o direito cederá em sua última e definitiva revelação.

Da dignidade do juiz depende a dignidade do direito. O direito valerá, em um país e, num momento histórico determinados, o que valham os juízes como homens.[26]

3.5 O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA E A TENDÊNCIA PARA O PRINCÍPIO DO SINCRETISMO ENTRE COGNIÇÃO E EXECUÇÃO

É, clarividente, a impossibilidade do sistema de leis cobrir todas as relações humanas. Sempre haverá situações imprevistas pelo ordenamento jurídico e pelo próprio legislador no momento da feitura da lei. Por isso, a necessidade de princípios gerais de direito para preencher as lacunas da lei.

O Código de Processo Civil adotou, de modo geral, o princípio da autonomia, na medida em que previu a existência de dois processos distintos para se realizarem as atividades de conhecimento e execução. No entanto, a existência desse princípio não impediu que se difundissem ações cumulando cognição e execução na mesma relação processual.

Diante das recentes reformas que atingiram o ordenamento jurídico-processual, notadamente as normas relativas à execução, deve-se reanalisar o princípio jurídico tradicional da autonomia da execução, para que os princípios sustentadores do ordenamento jurídico não estejam em desconformidade com o sistema.

3.5.1 Princípio da Autonomia

De acordo com o princípio da autonomia da execução, o processo de execução é independente do processo de conhecimento, ou seja, há a necessidade de formação de uma nova relação jurídico-processual para que o processo de execução se desenvolva.

Em relação às execuções de títulos extrajudiciais esse princípio não oferece nenhuma controvérsia, já que a execução se dá, efetivamente, em processo de execução não precedido de processo de conhecimento, ou seja, nesse caso, ocorre execução sem anterior cognição, havendo, então, somente o processo de execução.

Já em relação às execuções de sentenças, o princípio da autonomia se pautava na consideração de que nem toda sentença enseja execução, só as sentenças condenatórias possuem tal efeito executivo.^[27] E até estas sentenças podem não dar origem ao processo de execução posterior, pois o credor não está obrigado a promover a execução, bem como o devedor não está impedido de cumprir voluntariamente a prestação reconhecida na sentença condenatória.

Para a doutrina, a distinção da espécie de atividade jurisdicional preponderantemente desenvolvida no processo era argumento suficiente para a autonomia dos processos, como bem categoriza José Miguel Garcia Medina:

Tal disparidade entre atividade cognitiva e executiva justificaria, para a doutrina, a alocação de tais atividades em processos distintos e “puros”, não sendo conveniente, ante tal diversidade, a realização, no processo de conhecimento, de atos executivos, ou, no processo de execução, de atos cognitivos voltados à verificação da existência de direito material a ser tutelada.[\[28\]](#)

Todavia, as recentes reformas, como dito alhures, quebram a sistemática do CPC de 1973. A Lei 11.232/2005 solidifica de vez o cumprimento da sentença na mesma relação processual que lhe deu origem, rompendo definitivamente com a hegemonia do princípio da autonomia.

3.5.2 Princípio do Sincretismo entre Cognição e Execução

É certo que os princípios não são algo pronto e acabado. Ao regularem as ações humanas, as quais são mutáveis e inconstantes, o princípio está passível de exceções. Essas exceções, eventualmente existentes num ordenamento jurídico, podem se desenvolver fecundamente de forma que o fenômeno poderá dar ensejo a um novo princípio jurídico. Foi o que aconteceu com o sincretismo existente entre cognição e execução, que de exceção, passou a ser princípio.

José Miguel Garcia Medina explica magnificamente o princípio do sincretismo entre cognição e execução:

Nos casos em que se manifesta o princípio do sincretismo entre cognição e execução, as duas atividades realizam-se na mesma relação jurídica-processual. A partir desta premissa, as mais diversas formas de relação entre cognição e execução podem ser concebidas, e de fato têm sido elaboradas pelo legislador com o fito de se obter uma tutela jurisdicional mais efetiva.[\[29\]](#)

As dificuldades de efetivar na prática o direito assegurado fizeram com que o CPC passa-se por “minirreformas” setoriais, que ao

longo do tempo mudaram praticamente toda a sistemática adotada pelo código, inclusive no que se refere a autonomia processual.

Nas primeiras reformas, o autor Humberto Theodoro já registrava a tendência de unir os dois tipos processuais (cognitivo e executivo):

Não obstante possam ser autonomamente manejados o processo de conhecimento, e o de execução, registra-se uma tendência muito acentuada a neutralizar ou minimizar a rígida dicotomia de funções entre os dois tipos básicos de prestação jurisdicional. Assim, medidas como antecipação de tutela e ação monitória permitem que numa só relação processual se realizem tanto as funções cognitivas como as executivas. O processo civil moderno assume com essa nova roupagem a natureza interdital e o juiz, então, pode decretar medidas satisfativas do direito material da parte mesmo antes de proferida a sentença definitiva sobre o mérito da causa.[\[30\]](#)

A Reforma de 1994 e a inserção da Ação Monitória e da antecipação da tutela foram fundamentais para a difusão do sincretismo entre as tutelas cognitivas e executórias. Já a Lei 10.444/02 generalizou a adoção do processo sincrético para a tutela executiva das obrigações de entregar coisa, fazer e não fazer, que já não estivessem consagradas em títulos executivos extrajudiciais. E a edição da Lei 11.232/05 que atende à execução de título judicial de quantia certa consolidou esta tendência.

Ademais, em consequência das reformas processuais, o princípio da autonomia do processo de execução convive, hodiernamente, ao lado do princípio do sincretismo entre cognição e execução, tal como aduz José Miguel Garcia Medina:

Reconhece-se hoje, assim, que as atividades cognitivas e executivas podem ser realizadas num mesmo processo. Esta

situação tende a se tornar preponderante, de modo que já se pode falar, atualmente, na existência de um princípio que representa esta nova configuração da relação entre cognição e execução, a que denominaremos de 'princípio do sincretismo entre cognição e execução'. (...) O princípio do sincretismo, no entanto, não substituiu o princípio da autonomia. Os dois princípios convivem no ordenamento jurídico-processual brasileiro atual.^[31]

Não há como negar, pelo exposto, a adoção, pelo legislador, do princípio do sincretismo entre cognição e execução, bem como a permanência do princípio da autonomia. Frente a tal realidade, analisar-se-á no próximo tópico as principais reformas processuais que aplicam o instituto do processo sincrético, notadamente a Lei 11.232/2005.

4 AS REFORMAS PROCESSUAIS E O SINCRETISMO ENTRE COGNIÇÃO E EXECUÇÃO

A comunidade jurídica, de certa forma, é acostumada com uma relativa estabilidade dos institutos jurídicos. Existem conceitos que, desde o direito romano, pouco mudaram, permanecendo presentes e constantes na história. Contudo, esta não é a realidade da maioria dos institutos pertencentes à disciplina processual civil. Isto porque, sendo o processo eminentemente instrumental, deve adaptar seus conceitos as necessidades jurídicas, no intuito de se alcançar uma tutela jurídica mais efetiva. Assim, as normas processuais precisam ser constantemente revistas para que não se tornem óbices ao progresso jurídico.

No entanto, a adaptação das normas deve ser realizada responsabilmente, para que não ocorram mudanças na lei, e na prática continuem os mesmos problemas de ineficácia. Daí, a necessidade deste tópico retratando as alterações dos fatos, e as mudanças no direito, através de um breve histórico das reformas processuais no que toca ao sincretismo entre cognição e execução, chegando a análise da Lei 11.232/05, que consolida a tendência a abolir o clássico binômio, instaurando o sincretismo.

4.1 BREVE HISTÓRICO DAS REFORMAS PROCESSUAIS NA CONSTRUÇÃO DO SINCRETISMO ENTRE COGNIÇÃO E EXECUÇÃO

Ao longo das últimas reformas processuais, percebe-se que a teoria geral do processo de execução foi alterando seu viés, ao permitir que atos executivos fossem efetivados dentro do processo de conhecimento, ou seja, na mesma relação processual.

No sistema processual civil brasileiro poucos eram os casos de cumprimento da sentença condenatória independentemente de um processo de execução autônomo. Ela ocorria, por exemplo, nas ações possessórias, e na ação de despejo, ou no mandado de segurança, dando tais institutos margem ao surgimento de uma classificação quántupla ou quántaria das demandas, que colocava, ao lado da sentença condenatória, a executiva *lato sensu* e a mandamental.

Vale ressaltar que esta classificação quántupla não significava que a sentença executiva *lato sensu* e a mandamental não fossem sentenças condenatórias. Elas apenas indicavam um tipo diverso de efetivação da tutela, qual seja, com a ausência de um processo autônomo de execução.

Desta classificação quántupla ou quántaria, surgiu uma outra, agora relacionada com o cumprimento da sentença condenatória. Tal surgimento se deu em razão da recepção da Lei de Ação Civil Pública e do Código de Defesa do Consumidor, os quais trazem expressamente meios de otimizar a entrega da prestação impondo ao devedor meios coercitivos e sub-rogatórios. Por esta classificação, a sentença condenatória que demanda execução *ex intervallo* (processo de execução autônomo) passou a ser chamada de condenatória pura, diferenciando-se das condenatórias sem processo de execução, conhecidas como executiva *lato sensu* e mandamental.

A redação do art. 11 da Lei de Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/1985) ampliou a categoria das sentenças condenatórias mandamentais, em que as atividades de cognição e execução se aglutinam no mesmo processo. Veja-se:

Art. 11: Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação de atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor.

É clara a intenção do legislador, neste artigo, de possibilitar ao juiz adotar atos de execução dentro da relação processual de conhecimento, sem a necessidade de requerimento da parte interessada, no intuito de dar efetividade extra processual, ou seja, no mundo real do seu comando abstrato.

Posteriormente, Kazuo Watanabe, autor responsável pela implantação do art. 11 da Lei de Ação Civil Pública, trouxe a mesma idéia para o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990), no art. 84:

Art. 84: Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado.

§ 1º A conversão da obrigação em perdas e danos somente será admissível quando por elas optar o autor ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente;

§ 2º A indenização por perdas e danos se fará sem prejuízo da multa (art. 287 do CPC);

§ 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de inércia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou após justificação prévia, citado o réu;

§ 4º O juiz poderá, na hipóteses do § 3º ou na mesma sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação,

fixando prazo razoável para o cumprimento do preceito.

§ 5º Para a tutela específica ou para a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz determinar as medidas necessárias, tais como busca e apreensão, remoção de coisas e pessoas, desfazimento de obra, impedimento de atividade nociva, além de requisição de força policial.

Para a melhor doutrina, a tutela antecipada introduzida pela “minirreforma” do CPC de 1994, no art. 273, foi o marco inicial e fundamental para o rompimento absoluto da separação entre processo de cognição e execução.

Além da tutela antecipada, a Reforma de 1994 inseriu a Ação Monitória, a qual permite a instauração da execução sem necessidade de processo autônomo de execução. Assim, esses dois institutos somados com aqueles anteriormente citados, foram fundamentais para a difusão do sincretismo entre as tutelas cognitiva e executiva.

Não se pode olvidar da Lei 10.444/2002, alterando os arts. 461, 461-A, 621 e 644. Com ela o legislador trouxe a tutela das obrigações de dar coisa certa para o âmbito das tutelas específicas, permitindo o estudo em conjunto das obrigações de fazer e não fazer e das de dar coisa certa. Mas a principal função desta Lei foi generalizar a adoção do processo sincrético para a tutela executiva das obrigações de entregar coisa, fazer e não fazer, que já não estivessem consagradas em títulos executivos extrajudiciais.

Ensina Luiz Guilherme Marinoni:

O CPC, em seus arts. 461 e 461-A, generalizou a dispensa da ação de execução diante das sentenças relativas a não-fazer, fazer e entrega de coisa. Em razão dessas disposições, tais sentenças, mesmo que dependentes da prática de ato pelo réu (as quais, assim, em princípio poderiam ser condenatórias), embora não autorizem, desde logo, a expedição de mandado

de execução, eliminam a necessidade da propositura da ação de execução.[32]

Através dos artigos e incisos provenientes da citada Lei, consolidou-se a dispensa da instauração do processo de execução autônoma para a satisfação das obrigações de fazer e não fazer, permitindo, portanto, a adoção de medidas de execução pelo juiz, no próprio processo em que tais obrigações eram reconhecidas por sentença.

Nessa medida são as palavras de Guilherme Rizzo Amaral:

Lança-se, com a Lei 10.444/02, um protótipo de processo sincrético, cuja utilização autorizará, futuramente, o lançamento de um sistema mais arrojado, eliminando-se a execução autônoma de títulos executivos judiciais e relegando-se ao livro II do CPC tão somente os títulos executivos extrajudiciais.[33]

Mas, com certeza a Lei 11.232/2005 é a principal responsável pela reestruturação da teoria geral da execução. Ela extingue o autônomo processo de execução de sentença condenatória, criando a fase processual executiva do Cumprimento de Sentença no próprio processo de conhecimento, ratificando o sincretismo entre as tutelas jurisdicionais.

Neste diapasão o Ministro e processualista Athos Gusmão Carneiro diz:

A sentença condenatória pela Lei nº 11.232, passou a ser também de prevacente eficácia executiva, ou seja, autoriza o emprego imediato dos meios executivos adequados à efetiva 'satisfação' do credor, sem que a parte vencedora necessite ajuizar nenhum outro processo, sucessivo e autônomo. Aplicar-se-á sempre, doravante, aquela 'sincretismo' entre processo de conhecimento e (nele integrado) os subsequentes procedimentos de cumprimento da sentença, que o direito positivo anterior às reformas só autorizavam em casos limitados: ações de despejo, possessórias de força nova,

mandado de segurança e poucos outros casos mais.[\[34\]](#)

Todos os institutos apontados possibilitaram as providências práticas para a satisfação do direito material afirmado pelo demandante, e em decorrência ampliou e criou ações processuais que possuem atos de cognição e de execução na mesma relação processual.

4.2 A LEI 11.232/2005 E SUAS PRINCIPAIS ALTERAÇÕES PARA A GENERALIZAÇÃO DO SINCRETISMO ENTRE COGNIÇÃO E EXECUÇÃO

A Lei 11.232/2005, como fora dito, traz profunda modificação em todo o direito processual brasileiro e em seus institutos. Pode-se afirmar, sem risco de errar, que a principal característica desta lei consiste na eliminação da figura do processo autônomo de execução fundada na sentença civil condenatória ao pagamento de quantia certa. Agora, a efetivação dos preceitos contidos em qualquer sentença civil condenatória se realizará em prosseguimento ao mesmo processo no qual esta for proferida.

Com a eliminação do processo de execução autônomo posterior a sentença condenatória, pode-se dizer que estas, em sua modalidade pura, foram abolidas do processo civil brasileiro. Como antes exposto[\[35\]](#), a classificação de condenatória pura tinha a necessidade de existir para diferenciar tal decisão daquelas outras que, mesmo condenando, não exigiam, para seu cumprimento, processo autônomo de execução. Assim, com a supressão feita pela nova lei, cessaram as razões de sua existência no direito brasileiro Tal opinião é comungada pela escritora Ada Pellegrini:

A Lei 11.232/2005 eliminou do processo civil brasileiro a categoria das chamadas *sentenças condenatórias puras*, ou seja, aquelas que demandavam um processo de execução autônomo. Como visto, todas as sentenças portadoras de reconhecimento de uma

obrigação a ser cumprida pelo réu comportarão efetivação mediante o prosseguimento do mesmo processo e, portanto, sem um processo executivo distinto e autônomo (*sine intervallo*). E essas sentenças, às quais a lei outorga eficácia de título executivo (art. 475-N, inc. I), serão: a) *mandamentais*, quando afirmarem a existência de uma obrigação de fazer, não fazer ou entregar coisa certa; ou b) *executivas lato sensu*, quando se referirem a uma obrigação em dinheiro.^[36]

A Lei 11.232/2005, grande marco da implantação do sincretismo, trouxe, é evidente, várias alterações no procedimento para a execução das decisões. Assim, faz-se mister analisar individualmente todas aquelas que contribuíram para esta implantação. São elas: o novo conceito de sentença, a liquidação de sentença, a fase de cumprimento de sentença e a defesa do executado, por meio da impugnação.

Antes de adentrar nestas alterações, vale ressaltar que com a presença do processo sincrético, a disciplina da fase executiva vem por coerência lógica, juntamente com os dispositivos intimamente relacionados, para o Livro I do CPC que trata do processo de conhecimento. Tal localização já é um indicativo do sincretismo adotado pelo legislador de 2005, restando ao Livro II do CPC servir de auxílio a fase de cumprimento da sentença, aplicando-se subsidiariamente as suas regras quando não houver normas próprias para a execução no tópico destinado ao cumprimento da sentença.

Também vale lembrar que a alteração legislativa em estudo se restringe à execução de título judicial que impõe o cumprimento da obrigação de pagar quantia certa ou fixada em liquidação. Para os títulos judiciais que condenam em obrigação de fazer e não fazer, bem como em obrigação de dar coisa certa, as

regras são as da reforma anterior. Para os títulos executivos extrajudiciais é mantido o sistema de ação de execução, como instrumento necessário à realização do direito, sobretudo pela inexistência de processo de conhecimento em momento anterior. Igual realidade se observa nas hipóteses de execução de alimentos e contra a Fazenda Pública, as quais continuam atadas aos moldes tradicionais de execução.

4.2.1 O Novo Conceito de Sentença

Para a consecução do procedimento sincrético, o legislador foi “forçado” a reformular o conceito de sentença, pois o conceito formal do Código de 1973 não conseguiu abarcar a criação das tutelas específicas, em que o processo não se encerrava com a prolação da sentença, que prosseguia até a efetivação do cumprimento da prestação imposta a uma das partes.

Anteriormente previsto no § 1º do art. 162 do CPC, o conceito de sentença era o de “ato pelo qual o juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa”. Com o advento da Lei 11.232/2005, *ex vi* do mesmo parágrafo reformulado, teremos que a sentença será “o ato do juiz que implica alguma das situações previstas nos artigos 267 e 269 desta Lei”, justamente porque o processo não terá fim imediato, uma vez que prosseguirá até o cumprimento do julgado.

Vale citar as considerações feitas por Sérgio Shimura:

Para harmonizar a idéia de que, após a sentença, é necessária uma fase subsequente que se lhe dê efetividade, a nova redação legal dispõe que a mesma se constitui no ato do juiz que pode analisar, ou não, o mérito da causa, deixando claro que o pronunciamento judicial não põe termo ao processo nem é mais fator de exaurimento do ofício jurisdicional.[\[37\]](#)

O artigo 267 do CPC dispõe sobre as hipóteses de extinção do processo sem julgamento do mérito, ou sem resolução de mérito, conforme nova redação. Com isso, e sob esse aspecto, somente será sentença o ato do juiz de que resultar a extinção da relação processual, sem que tenha havido exame do mérito. Apesar do artigo 267 ter sido alterado em sua redação, sua essência substancial permanece a mesma.

Contudo, o artigo 269 do CPC que também se refere as situações caracterizadoras da sentença, teve seu conteúdo completamente alterado, haja vista que sentença poderá ser qualquer resolução de mérito, importando ou não na extinção do processo. A nova redação deste artigo representa “o ápice da reforma processual, ao prever que a sentença não mais extingue o processo, como disciplinado no CPC de 1973, apenas resolvendo o mérito”.[\[38\]](#)

Para se ter sentença, dever-se-á analisar o conteúdo do ato e o sentido da decisão. Assim, se não houver resolução de mérito, somente será sentença o ato judicial que extinguir o processo. Se o juízo de valor realizado pelo julgador solucionar, ainda que parcialmente, alguns dos pedidos formulados pelas partes haverá sentença, embora não se verifique a extinção do processo.

Nos casos de sentença condenatória, que encerrava o processo de conhecimento, agora, essa mesma decisão não porá fim ao processo. Este prosseguirá com a atividade executória.

Aqui, a resolução de mérito marca a divisão do processo, deixando para trás a etapa de investigação dos fatos, de incerteza em relação à pessoa que deveria ser agraciada pelo pronunciamento judicial de mérito, inaugurando a etapa de cumprimento desse mesmo pronunciamento, a ser realizada pelo mesmo juízo que formou o título, sem afastar a possibilidade de, excepcionalmente, o processo ser enviado a outro juízo.

E para todos os efeitos, o pronunciamento conclusivo da fase cognitiva do processo continuará constituindo sentena e, portanto, igualmente sujeita a apelao.

Em decorrência deste novo conceito de sentena, o autor Alexandre Câmara traz a idéia de dois tipos de módulo processual, o cognitivo e o executivo. Para ele, o módulo processual de conhecimento pode se manifestar de duas formas distintas: ou se trata de um processo de conhecimento ou de uma fase de conhecimento em processo misto ou sincrético. O módulo processual executivo também se apresenta sob duas formas: processo de execuo ou fase executiva em processo misto ou sincrético. Feita essa alusão, para o autor, pode-se ver na sentena “o ato final (não no sentido cronológico, mas no sentido lógico) de um módulo processual”.^[39] Assim, o provimento final do módulo processual de conhecimento   sentena, seja esse módulo um processo formalmente autônomo ou uma fase de um processo maior. O mesmo se pode dizer do provimento final do módulo processual executivo.

4.2.2 Liquidao de Sentena

As sentenas condenatórias, embora declarem a certeza do crédito do vencedor, nem sempre são precisas e exatas quanto ao valor da d vida ou quanto   individualizao do objeto da prestao. Desta maneira, as sentenas podem ser líquidas ou ilíquidas, a depender, respectivamente, da fixao ou não do valor da condenao, bem como da individualizao ou não do objeto da prestao.

Como a sentena ilíquida não prevê o valor da condenao ou não individua o objeto, ela torna-se incompatível com o procedimento executivo, que pressupõe como base um título líquido, certo e exigível, necessitando então passar pela fase de liquidao que irá apurar o *quantum debeatur*, de forma a que a condenao se torne exequível.

Pelo Código de Processo Civil de 1973, a liquidação da sentença condenatória se fazia por meio de propositura de uma segunda ação de conhecimento, especial, diversa e autônoma em relação à anterior ação de conhecimento condenatório.

A Lei 11.232/2005 revogou, expressamente, todos os artigos referentes a liquidação contidos no Livro II, “Processo de Execução”, implantando os arts. 475–A a 475-H dentro do Livro I, que dispõe sobre o “Processo de Conhecimento”.

Assim, a natureza jurídica da liquidação, que consistia em um processo autônomo precedente e preparatório ao processo de execução, passou a ser a de um procedimento subsequente do próprio processo de conhecimento em que foi proferida a sentença condenatória ilíquida.

Apesar das reformas advindas da Lei, as hipóteses em que se exigirá liquidação não foram alteradas, haja vista que a liquidação ocorrerá somente quando a sentença não determinar o valor devido.

Na nova sistemática implantada, a liquidação da sentença condenatória compõe o mesmo e único processo de conhecimento, onde se contém o pedido condenatório genérico, e que constitui procedimento subsequente a essa sentença ilíquida que condenou sem determinar o valor devido, pelo que nesse procedimento busca-se determinar a liquidez.

Como não se trata mais de um novo processo de conhecimento, inexistente a obrigatoriedade de citação do réu para o processo de liquidação, conforme prelecionava o revogado art. 603 do CPC, visto que o réu é apenas cientificado, mediante intimação de seu advogado, para o procedimento subsequente da liquidação, como bem ensina um dos preconizadores da Lei:

Tendo em vista que o procedimento destinado à liquidação de sentença perde a sua natureza de ‘ação’ incidental, passando a ser

uma (eventual) fase da apresentação, no processo de conhecimento, da completa prestação jurisdicional, então necessariamente cumpre substituir a 'citação' – que é o chamamento para se defender (art. 213), pela simples 'intimação do réu, e isso pela singela razão de que o réu já foi citado ao início do processo.[\[40\]](#)

Todavia, a fase de liquidação não pode ser instaurada de ofício, exigindo-se requerimento, que pode ser formulado por qualquer das partes, pois tanto o credor quanto o devedor, em menor proporção, tem interesse em determinar o *quantum* devido.

A Lei permitiu que fosse iniciada a liquidação nas hipóteses de interposição de apelação contra a sentença ilíquida. No caso em tela, os autos do processo juntamente com a sentença ilíquida serão encaminhados ao Tribunal, competindo ao liquidante requerer, por meio de petição, a abertura da fase de liquidação em autos apartados, perante o juízo em que originariamente se processou a causa.

A liquidação em autos apartados também poderá ocorrer nos casos em que houver recurso contra a sentença que for em parte líquida e em parte ilíquida, pois o credor poderá promover o cumprimento da sentença na parte líquida e em autos apartados pleitear a liquidação da parte da sentença que é ilíquida.

Como visto, a liquidação é mero incidente processual, razão pela qual o ato que a resolve é decisão interlocutória. Decorre, assim, que o recurso adequado para impugnar tal pronunciamento é o agravo de instrumento.

Do ora apresentando, pode-se afirmar que a diferença fundamental entre o sistema revogado e o novo centra-se na modificação da natureza jurídica da liquidação, que de ação passou a ser mera fase processual, com seus desdobramentos e

consequências, tais como a dispensa de citação do devedor no início do procedimento, a natureza da decisão que lhe põe termo, qual seja, interlocutória e o recurso adequado, agravo de instrumento.

O intuito desta modificação, assim como das outras apresentadas na Lei, é tentar dinamizar a fase de cumprimento da sentença através da supressão de processos autônomos, apostando no sincretismo entre cognição e execução, sem, no entanto, se afastar da boa qualidade técnica e da efetividade prática.

4.2.3 Fase de Cumprimento de Sentença

A expressão “Do Cumprimento da sentença” revela a meta da última fase do processo de conhecimento, qual seja, a efetivação da sentença condenatória, outorgando ao demandante o bem que lhe foi declarado como direito.

A mudança estrutural no CPC, alinhada aos novos artigos publicados, implica em início da fase executiva após o proferimento da sentença condenatória, caso o devedor não satisfaça voluntariamente a obrigação.

Olavo de Oliveira Neto pondera que:

Embora o cumprimento de sentença deixe de ser processo de execução autônomo da ação condenatória de soma em dinheiro, como hoje existe, continua a ter a natureza de atividade executiva, na medida em que modifica o mundo do fato, buscando a satisfação do direito do credor.^[41]

O início desta fase está subordinado ao pedido do credor, por petição simples, que não se submete ao preenchimento de qualquer requisito relacionado às petições iniciais. O requerimento do credor é tão-somente para demonstrar o seu interesse no prosseguimento do processo, vez que não se admite a provocação

do cumprimento de sentença de ofício, em razão do princípio da inércia.

Após o requerimento pelo credor, inicia-se a fase executiva com a intimação do devedor, inclusive em nome de seu advogado, na forma de comunicação geral dos atos processuais. Esta alteração desburocratiza a formalidade da citação que na maioria das vezes não se realiza por não se achar o réu, ou, então, pela ausência de oficiais de justiça necessários para cumprir o mandado de citação.

Também vale ressaltar que o devedor já foi devidamente chamado a juízo no momento oportuno, qual seja, na fase de conhecimento, observadas as formalidades da citação, para se defender das alegações que sobre ele pendiam, exercendo o contraditório e a ampla defesa. Agora, nesta fase, haverá apenas o cumprimento da obrigação, sendo a intimação ato meramente informativo para que satisfaça a obrigação e para que comece a fluir o prazo para o devedor pagar a multa, que é de 15 dias, em caso de inadimplência.

Não cumprida à obrigação de pagar no prazo legal, incidirá, automaticamente e independentemente de expressa imposição pelo juiz, a multa de 10% (dez por cento) sobre o montante da obrigação. Mesmo que o devedor realize apenas o pagamento parcial da dívida, a multa continuará incidindo, contudo, somente sobre o valor remanescente. É a interpretação que melhor se adequa à disposição do art. 475-J do CPC.

A previsão da incidência de multa em relação à obrigação de pagar quantia certa ou apurada em liquidação atende a antigas reivindicações da doutrina. Ela se assenta em estudo realizado sobre o tema, fornecendo o dado de que a grande parte das execuções por título judicial é manejada por pessoas físicas, ao contrário das execuções por título extrajudicial, que pertencem maciçamente às pessoas jurídicas, na maioria das vezes instituições financeiras^[42].

Esta multa aplicada tem caráter coercitivo, para que o devedor cumpra voluntariamente a obrigação constante na sentença, sem a necessidade de atos executórios. Ela também é uma forma de punir comportamentos abusivos, principalmente dos devedores contumazes, em relação às decisões judiciais.

Nesse sentido são as palavras de José Rubens de Moraes sobre a sanção adicional, multa:

Cuida-se, pois, de (re)valorizar a ordem judicial contida na sentença do juiz de Primeiro Grau, que deixa de ser uma mera exortação ao adimplemento. A multa sanciona aquele devedor que, em razão do descumprimento do comando sentencial, obriga a movimentação adicional da jurisdição, agora para a realização dos atos judiciais de invasão na esfera de seu patrimônio. Entende, portanto, que a multa de dez por cento será fator suficiente de dissuasão de comportamentos temerários, no sentido de coibir eventual procrastinação pelo condenado em efetuar o pagamento.^[43]

O início da contagem do prazo quinzenal para a incidência da multa tem trazido profundas divergências doutrinárias.

Autores há que sustentam que o prazo corre automaticamente, a partir do momento em que a sentença condenatória ou a decisão do incidente de liquidação começa a produzir efeitos, o que se dá quando o provimento jurisdicional transita em julgado ou quando se recebe recurso contra ele interposto que não tenha efeito suspensivo. Aqui, inclui-se a opinião de Athos Gusmão Carneiro:

Tal prazo passa automaticamente a fluir, independente de qualquer intimação, da data em que a sentença (ou o acórdão, CPC art. 512) se

torne exequível, quer por haver transitado em julgado, quer porque interposto recurso sem efeito suspensivo.[\[44\]](#)

Outros autores consideram que o prazo começa a correr da intimação, dirigida ao advogado do devedor, conforme as palavras de Leonardo Greco:

Entendo que o prazo de quinze dias se conta da intimação que condenou o devedor em quantia certa ou da intimação da decisão da liquidação, mas que a multa não poderá incidir se contra tal decisão for interposto recurso com efeito suspensivo, porque suspensa a execução da decisão, não praticará o devedor qualquer ato ilícito se deixar de cumprir a prestação a que foi condenado. [\[45\]](#)

E por fim, têm-se aqueles que defendem que o termo a *quo* do prazo quinzenal é a intimação pessoal do devedor para cumprir a sentença. Nesse sentido Câmara:

Não tenho, pois, qualquer dúvida em sustentar a necessidade de intimação pessoal do executado para que pague o valor da dívida, sob pena de incidir a multa referida no art. 475-J do CPC. Intimação pessoal, e não ao seu advogado, pois como já se viu em passagem anterior desta obra, deve-se intimar a parte pessoalmente sempre que a finalidade da comunicação processual for provocar a prática de um ato que a ela caiba realizar pessoalmente.[\[46\]](#)

Diante de todas as defesas expostas para o início da contagem do prazo quinzenal, deve-se buscar aquela que garanta maior efetividade processual, haja vista que não há sentido em

inovar o diploma processual, se a burocratização dos atos continua. Também deve-se levar em consideração as garantias constitucionais do devido processo, da ampla defesa e do contraditório, para que não se infrinjam tais garantias na busca incessante da celeridade processual.

Feitas essas ponderações, o posicionamento de Athos Gusmão, nestas primeiras impressões, é dentre os examinados o que nos parece mais condizente com o sentido da nova Lei. Além de garantir a maior efetividade processual, pois sustenta não ser preciso esperar a intimação pessoal do devedor ou de seu advogado vez que a publicação da sentença já tem como função primordial tornar pública os atos processuais, não há nenhuma violação as garantias constitucionais supracitadas.

A falta de cumprimento da obrigação no prazo legal, além de implicar na incidência de multa, dá ensejo ao credor para requerer a expedição de mandado de penhora e avaliação.

Outra inovação, importante para a celeridade processual, dada pela Lei é a possibilidade de o credor indicar, em seu requerimento, os bens a serem penhorados. A nomeação realizada pelo devedor dava ensejo a frequentíssimos incidentes, tais como a nomeação de bens de valor insuficiente ou de propriedade não comprovada, de bens situados em locais longínquos, de bens litigiosos ou já sem valor. Incidentes estes na maioria das vezes voluntariamente provocados para procrastinar a execução.

4.2.4 A Defesa do Executado

Na reforma promovida pela Lei 11.232/2005, o legislador além de afastar o dogma da autonomia de execução de sentença judicial, também extinguiu a concepção de uma ação autônoma de embargos para opor-se aos atos de execução no cumprimento de sentença.

Os embargos à execução são um processo de conhecimento, autônomo e incidente ao processo executivo, em

que se apreciará a pretensão manifestada pelo exequente, com o fito de verificar se a mesma é procedente ou não. Nesse sentido, manifestou-se Lucon:

Os embargos à execução constituem processo de conhecimento, porquanto o embargante neles apresentará ao juiz as matérias que digam respeito ‘a sua defesa contra a execução, quer por achar que não foram respeitadas as formas legais, quer por pretender que ocorreu extinção do crédito’, com vista à obtenção de uma sentença de mérito.[\[47\]](#)

Em virtude da publicação da Lei, a defesa do executado nas execuções de sentença será, de agora em diante, feita por meio do instituto da impugnação. Esta via será adequada para qualquer título judicial, seja nos casos em que a execução se desenvolva no mesmo processo em que a sentença tenha sido proferida, como naqueles casos em que se instaura processo executivo autônomo fundado em título judicial.

Vale frisar que os embargos não deixaram de existir no sistema processual vigente, porquanto, ele será utilizado para as execuções de títulos extrajudiciais, para as execuções contra a Fazenda Pública e para as execuções de alimentos.

Na doutrina, entretanto, ainda não há uniformidade de pensamento sobre a natureza da impugnação incidental. Para Araken de Assis a impugnação permanece, assim como os embargos, com a natureza de ação de oposição à execução: “resulta claro que a impugnação, analogamente aos embargos, e a despeito do último tramitar sempre de modo autônomo, representa uma ação de oposição à execução”.[\[48\]](#)

Também existe o posicionamento de que a natureza da impugnação incidental oscila, conforme o fundamento utilizado, ora

aparecendo como mera exceção processual, ora como autêntica ação incidental. Assim, salienta Leonardo Greco:

A inexigibilidade do título é a falta de um pressuposto processual da execução, falta de um requisito substancial do título. Nesse caso, a impugnação não é uma ação, mas apenas uma exceção processual, ou seja, um meio de arguição de uma defesa processual, que acarretará a extinção da execução, mas não impedirá a sua repropositura, desde que atestada a sua exigibilidade.

[...]

Nas hipóteses do inciso VI, o direito de crédito do exequente terá se extinguido após a sentença ou a prescrição tê-lo-á tornado uma simples obrigação natural, de modo que a impugnação terá a natureza de uma ação declaratória de inexistência da dívida ou da sua definitiva inexigibilidade.[\[49\]](#)

Por fim, a grande maioria considera a impugnação como mero incidente processual, sem natureza de ação, como explicita Ernane Fidélis dos Santos:

A impugnação é forma defensiva, sem natureza de ação, mas fica restrita à motivação do art. 475-L. O incidente, porém, pode exigir atividade instrucional, com produção irrestrita de provas.[\[50\]](#)

Esse último posicionamento é a nosso ver o que mais se atrela ao desejo de celeridade processual pretendido pelo legislador, visto que, entendidas como meros incidentes processuais, as impugnações não permitirão em nenhuma hipótese, discussões complexas ou que exijam amplas dilações probatórias.

Assim, elas não constituirão um novo processo para discussão das matérias autorizadas legalmente, conforme aduz Misael Montenegro: “a impugnação é deslocada para autos que formam mero incidente processual, sem a característica de outro processo judicial”.[\[51\]](#)

O professor José Ignácio Botelho de Mesquita faz um paralelo bastante interessante entre a finalidade dos embargos à execução e a da impugnação:

a metamorfose dos embargos do devedor em mera impugnação traz, como consequência direta e imediata, a transformação da sua finalidade, que deixa de ser a produção de uma sentença de mérito, para passar a ser a produção de uma decisão interlocutória, desvestida como tal de qualquer dos atributos que adornam a coisa julgada material[\[52\]](#)

Da decisão da impugnação caberá o recurso de agravo de instrumento, modalidade de recurso mais condizente com a celeridade que se busca com a nova técnica de cumprimento da sentença e também com o tipo de decisão proferida.

No entanto, caso a impugnação ocasione a extinção do processo ordinário sincrético, nas hipóteses previstas no art. 794 do CPC, será cabível o recurso de apelação, visto que não se trata mais de uma decisão interlocutória, e, sim, de uma sentença.

Para oferecer a impugnação, continua-se exigindo a garantia do Juízo pela penhora, tal como ocorre nos embargos à execução. Nestes, após a segurança do Juízo, os atos de execução são suspensos até a decisão dos embargos em primeira instância. Contudo, na impugnação, o executado só terá o benefício da suspensão da execução em situações peculiares.

Entretanto, a maior diferença entre a impugnação trazida pela Lei e os embargos à execução é quanto ao efeito no seu

recebimento. Enquanto os embargos são sempre recebidos com efeito suspensivo, a impugnação não é dotado deste efeito. Todavia, o juiz pode atribuí-lo desde que sejam relevantes seus fundamentos e o prosseguimento da execução seja manifestamente suscetível de causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação. Desta forma, o efeito suspensivo da impugnação ficará, quando preenchidos os requisitos legais citados, sujeito ao livre convencimento do juiz.

Diante do exposto, pode-se afirmar que a execução certamente ganhará em efetividade com a substituição dos antigos embargos pelo incidente de impugnação, precipuamente em razão da ausência de efeito suspensivo.

A impugnação vem por petição dirigida ao próprio juízo que toca a fase executiva do processo, de princípio, nos mesmos autos deste. Nas situações em que não for deferida a suspensividade, a impugnação será instruída e decidida em autos apartados. A razão de se processar a impugnação nos autos do processo de conhecimento ou de deslocá-la para autos apartados centra-se na constatação de que:

No primeiro caso, a fase de cumprimento da sentença tem o seu curso obstado, podendo o magistrado volver as atenções exclusivamente para enfrentar o incidente suscitado pelo devedor, enquanto que, no segundo caso, cabe ao magistrado processar a impugnação sem descuidar da prática de atos no ambiente do processo do qual este originou.^[53]

Dessa feita, ao deslocar a impugnação para autos apartados, o juiz tem liberdade para atuar no cumprimento de sentença judicial sem ser contagiado pelos acontecimentos fáticos e jurídicos próprios da impugnação judicial.

Infere-se de tudo que ora foi apresentado, a aplicação pelo legislador do sincretismo entre cognição e execução na defesa do executado. A impugnação tem o condão de eliminar procedimentos procrastinatórios sem ferir a garantia constitucional do princípio do contraditório.

4.3 O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O Novo Código de Processo Civil (NCPC) sistematizou, em um mesmo título (TÍTULO II), todos os procedimentos do cumprimento de sentença, adotando a mesma premissa estabelecida nas reformas processuais acima narradas, qual seja, adotar o processo sincrético para a efetivação da sentença.

A principal alteração trazida pelo NCPC foi a utilização do termo cumprimento de sentença para se referir ao cumprimento de qualquer obrigação, seja ela pecuniária ou não pecuniária. Registre-se, por oportuno, que para o procedimento executório permanece a necessidade de observar a natureza da obrigação.

Destaque-se que o sincretismo processual foi estendido, expressamente pelo NCPC, ao cumprimento de sentença de alimentos e contra a Fazenda Pública, nos termos dos artigos 528 e 534, respectivamente.

Com a adoção de um título específico para o cumprimento de sentença, o legislador trouxe normas específicas sobre requerimento, intimação, títulos executivos, competência e protesto, no entanto, tais normas não são objeto deste artigo.

O estudo do NCPC serve para fortalecer a opção do legislador em adotar o sincretismo no nosso sistema processual como um modelo capaz de conferir maior efetividade processual.

Resta agora examinar, para atingir os escopos deste trabalho, em que consiste a efetividade perseguida e em que medida se poderá asseverar que esta realmente foi atingida ou que se está mais próximo de atingi-la.

5 EFETIVIDADE PROCESSUAL

A efetividade processual é ordem do dia. Com a Constituição de 1988 expandiu-se e consolidou-se uma nova consciência jurídica, baseada na efetividade dos direitos e das garantias fundamentais constitucionalmente assegurados.

A prestação da tutela jurisdicional está intimamente ligada à efetividade processual. Quando se fala em efetividade do processo, vem a tona a idéia de eficiência, daquilo que é necessário para o processo atingir a sua finalidade ou seu objetivo, ou seja, a prestação da tutela jurídica justa com o menor tempo possível. Assim, pode-se dizer que um processo efetivo é aquele capaz de solucionar, de modo satisfatório, um litígio. Segundo Carlos Alberto Garb, a efetividade é “a realização do direito em concreto trazido à apreciação do Poder Judiciário”.^[54]

José Carlos Barbosa Moreira, no texto intitulado “Notas sobre o problema da efetividade do processo”, dispõe que “por ‘efetividade’ se entende aptidão de um meio ou instrumento para realizar os fins ou produzir os efeitos a que se ordena.”^[55]

A busca pela efetividade do processo é algo incessante. Desde o surgimento do processo, há a preocupação de torná-lo cada vez mais eficaz, para corresponder aos anseios ou necessidades daqueles que procuram o Judiciário para assegurar a tutela de seus direitos.

Como se viu nos tópicos anteriores, essa busca resultou em inúmeras modificações no sistema processual, no intuito de melhor adequar as normas processuais à realidade concreta.

Além de estar vinculada a questão do acesso pleno e efetivo à justiça, a efetividade está diretamente ligada à questão da celeridade processual. Atualmente, vive-se num contexto de velocidade dos meios de comunicação e de transporte, pelo que quase todas as ações são guiadas pelo tempo que deve ser o menor possível, e no âmbito jurídico não poderia ser diferente.

A excessiva duração do processo preocupa a sociedade, e descredita o Poder Judiciário. Vale lembrar aqui do jargão “justiça adiada é justiça negada” para refletir a importância da celeridade na prestação da Justiça.

Nesta perspectiva, o legislador acresceu, por meio da Emenda Constitucional nº 45/2004, um novo inciso consagrando constitucionalmente a garantia de um processo mais breve, conforme a atual redação do 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”.

Resta não se conformar com a aludida previsão constitucional, e ir em busca dos meios que garantam a celeridade da tramitação do processo, conforme sinalizou Grinover:

Esses meios devem ser inquestionavelmente oferecidos pelas leis processuais, de modo que a reforma infraconstitucional fica umbilicalmente ligada à constitucional, derivando de ordem expressa da Emenda nº 45/2004. Trata-se, portanto, de fazer com que a legislação processual ofereça soluções hábeis à desburocratização e simplificação do processo, para a garantia da celeridade de sua tramitação.^[56]

As soluções para a garantia da celeridade estão nas reformas processuais e na reorganização da estrutura do Poder Judiciário. É claro que irão existir mudanças legislativas ineficazes e até mesmo mais burocratizadoras que as anteriores, mas não será pela exceção que o ordenamento jurídico brasileiro estará fadado a permanecer imutável, e, conseqüentemente, inefetivo.

Depois de toda uma fase autonomista da evolução do processo, marcada por diversos avanços conceituais, chega-se a um momento metodológico no qual, reconhece-se no processo um

“instrumento” não puramente técnico, de aplicação do direito material, mas com fins sociais e políticos a serem realizados.

É pelo alcance de tais escopos sociais, políticos e jurídicos que a efetividade do processo será medida, ou seja, quanto mais próximo esteja o processo daqueles escopos, atingindo-os satisfatoriamente, poderá afirmar-se que mais efetivo é o processo.

A justiça estatal é, em geral, mal aparelhada, tanto da ausência ou inadequação de recursos materiais como humano, lenta, cheia de vícios, que acabam, muitas vezes, por oficializar injustiças. Dentro desse panorama, há uma busca por soluções que tornem os processos mais efetivos e anulem a morosidade da Justiça, na “construção de uma nova ordem jurídica”.^[57]

O problema da morosidade e dos vícios que ocasionam injustiças transcende os limites do mundo jurídico. Este, por muito tempo, foi visto como um sistema isolado, independente e autônomo, capaz de por si só dizer o Direito.

Na busca de soluções, chega-se a conclusão de que é necessário analisar a realidade social como um todo, influenciada pela política, economia, filosofia, sociologia, história, ética e também pelos avanços tecnológicos. Atualmente, é clarividente a atuação de todas essas ciências jurídicas na formação do pensamento jurídico.

Nenhuma justiça efetiva cumpre-se sem a realização concreta, no mundo dos fatos, do direito acolhido no processo de conhecimento. Ao procurar o Poder Judiciário para dirimir os conflitos, as pessoas não estão preocupadas em ter seus direitos declarados e sim efetivados na prática. Daí, a necessidade da execução célere, visto que ela é o mecanismo para o alcance do resultado prático da tutela jurisdicional.

No que diz respeito aos atos de execução, deve-se conceder à tutela executiva tratamento qualificado e diferenciado, mas desde que se mantenha a proteção aos princípios e garantias fundamentais do executado sem se perder de vista o escopo principal da execução civil: a satisfação do direito do credor.

Cândido Rangel Dinamarco, citando Chiovenda, elucida:

Aqui est a a síntese de tudo. É preciso romper preconceitos e encarar o processo como algo que seja realmente capaz de ‘alterar o mundo’, ou seja, de conduzir as pessoas   ‘ordem jurídica justa’. A maior aproximação do processo ao direito, que é uma vigorosa tendência metodológica hoje, exige que o processo seja posto a serviço do homem, com o instrumental e as potencialidade de que dispõe, e não o homem a serviço de sua técnica.[\[58\]](#)

O legislador deve acompanhar a mentalidade de sua época. Assim, não havia necessidade de se manter a estrutura das ações condenatórias puras, haja vista que elas dificultavam a presta o jurisdicional. Diante deste quadro, o legislador, através das alterações introduzidas pelo CPC e demais leis ordinárias, ampliou as categorias das ações executivas *lato sensu* e mandamentais, aperfei ando a tutela executiva, tornando-a mais célere e eficaz.

Quando a lei não atende mais as finalidades determinantes de sua edi o, chegou o momento de alterá-la para que o Poder Judiciário possa avançar no rumo da efetividade e da celeridade na presta o da justiça, pois não há sentido em manter mecanismos ineficientes.

O Estado proíbe a justiça pelas “próprias mãos”, não podendo qualquer pessoa utilizar-se da coer o para compelir a parte contrária ao cumprimento da obriga o. Com isso, se faz necessário provocar o Estado-juiz para dirimir o conflito. Porém, o simples acesso ao Judiciário não pressupõe a entrega completa da tutela jurisdicional, sendo possível, dentro do ordenamento jurídico brasileiro, dizer o direito sem efetivá-lo na prática. Por isso, a necessidade urgente de reformas para efetivar a tutela jurisdicional.

A efetividade processual só se mostra virtuosa se não deixar de lado outros valores relevantes do processo. As reformas não podem, em razão da busca da celeridade a qualquer custo, irem de encontro com os valores e princípios norteadores de nossa sociedade, tais como o princípio

da imparcialidade e independência do órgão judicial, do contraditório, da ampla defesa, do juiz natural, da motivação.

Alerta Olavo de Oliveira Neto^[59] que não existirá efetividade processual se a preocupação com a prestação jurisdicional for dirigida apenas para os interesses da parte ativa da demanda, esquecendo que a postulação tem duas vias, e que também o agente passivo do litígio está protegido pelo manto da efetividade, eis que a ele deve interessar, em certas condições, a agilidade e sumarização do rito, especialmente quando a execução viola a olhos vistos os seus direitos, desejando ver aplicada a mais pronta e menos traumática prestação jurisdicional.

As inúmeras reformas implementadas nos últimos anos, como demonstrado neste trabalho, alteraram a execução, inclusive no que tange a sua autonomia processual, no intuito, acredita-se, de seguir a tendência processual moderna de dar efetividade ao processo. Contudo, nem sempre as soluções trazidas são capazes de acelerar a prestação da tutela executiva.

Antes mesmo antes da Lei 11.232/2005, Humberto Theodoro já se manifestava sobre a desnecessidade do processo de execução após a sentença condenatória:

Não há razão no plano lógico, para continuar a considerar, nas ações condenatórias, a força executória como diferida, se nas ações especiais a execução pode ser admitida como parte interessante essencial da própria ação originária. Nossa proposição é que, em se abandonando velhas e injustificáveis tradições romanísticas, toda e qualquer pretensão condenatória possa ser examinada e atendida dentro de um único processo, de sorte que o ato final de satisfação do direito do autor não venha a se transformar numa nova e injustificável ação, como ocorre atualmente em nosso processo civil.^[60]

Ainda sobre o assunto, o autor continua:

E também no plano prático não há razão para as duas ações sucessivas, esse ‘mecanismo’ complicado e artificial, engedrado apenas por apego às tradições vetustas do romantismo’, e que muito dificulta e atrasa a prestação jurisdicional, porquanto a necessidade de propor uma nova ação para dar cumprimento à condenação provoca uma longa paralisia na atividade jurisdicional, entre a sentença e sua execução, além de ensejar oportunidade a múltiplos expedientes de embaraço à atividade judicial aos devedores e recalcitrantes.[\[61\]](#)

Consta, na exposição de motivos do Projeto de Lei 3.253/2004 que deu origem a lei 11.232/2005, como fundamento para a reforma:

A efetivação forçada da sentença condenatória será feita como etapa final do processo de conhecimento, após um “*tempus iudicati*”, sem a necessidade de um ‘processo autônomo’ de execução (afastam-se princípios teóricos em homenagem à eficiência e brevidade): processo ‘sincrético’ no dizer de autorizado processualista. Assim, no plano doutrinário, são alteradas as ‘cargas de eficácia’ da sentença condenatória, cuja executividade para a um primeiro plano; em decorrência, ‘sentença’ passa a ser o ato ‘de julgamento da causa, como ou sem apreciação do mérito.

Guilherme Rizzo Amaral analisando o mesmo Projeto de Lei proferiu as seguintes palavras:

Com isso, visa-se uma reaproximação do processo ao direito material, lembrando a célebre lição de Chiovenda, para quem o

processo precisa ser apto a dar a quem tem um direito, na medida do que for praticamente possível, tudo aquilo a quem tem direito e precisamente aquilo a quem tem direito. É momento de deixar de pensar no processo pelo processo, para encará-lo em sua verdadeira função: um instrumento de realização de justiça e, principalmente, de pacificação social.^[62]

É sabido, que todo processo tem pelo menos quatro elementos obrigatórios, quais sejam: petição inicial, citação, oportunidade de defesa e sentença. Assim, quando se tem dois processos autônomos, ter-se-á por duas vezes esses quatro elementos obrigatórios, uma vez no processo de conhecimento e outra no processo de execução. Desta feita, não há como negar a otimização dada ao cumprimento de sentença, haja vista que na fase executiva a petição inicial será apenas um requerimento do credor e a citação uma simples intimação. Ao eliminar duas etapas obrigatórias do processo, conseqüentemente, haverá maior brevidade e economia processual. Neste quadro, não há como negar a influência da autonomia dos processos de conhecimento e execução na crise do Judiciário, na medida em que se tornaram obstáculos à obtenção de resultados práticos do provimento jurisdicionais.

Realizar a execução por quantia certa contra devedor solvente baseada em título judicial em processo autônomo é nada mais que protelar a tutela jurisdicional concedida, que precisa apenas ser cumprida. A razão de existência da tutela jurisdicional é a satisfação completa da pretensão, e não o término do processo. Feita essa ponderação, é preciso incluir a atividade cognitiva e a executiva no mesmo processo, bem como a cautelar, se necessário, para que o resultado final seja a efetiva satisfação do direito, fato que não ocorre quando se tem dois processos separados, sendo um deles tão-somente para dizer o direito sem garantir a tutela jurisdicional.

Desta feita, pode-se afirmar que um dos objetivos do sincretismo entre cognição e execução é diminuir o tempo de duração do litígio e de suas conseqüências, buscando maior rapidez na efetivação da tutela jurisdicional, com a eliminação de

entraves que comprometem a brevidade processual, a fim de que aquele que tem o direito o receba em tempo oportuno.

Diante do *slogan* do fim da autonomia do processo de execução trazido pelas reformas do CPC e pela legislação infraconstitucional, é salutar trazer a ponderação feita pelo Ministro Teori Albino Zavaski:

a autonomia do processo de execução não é absoluta, nem decorre de uma imposição de natureza científica. Depende, na verdade, de opção política do legislador, que, atento para a natureza instrumental do processo, deve dotá-lo de formas e procedimentos adequados ao fim que se destina: a realização segura, célere e efetiva do direito material.

Quando ainda inexistente a Lei 11.232/2005, advertia Zaiden Geraige Neto, o processo executivo estava muito aquém do seu objetivo, pois encontrava-se maculado de vícios que dificultavam e até impediam seu verdadeiro desenvolvimento.[\[63\]](#)

O legislador, como exposto, tem realizado sucessivas reformas processuais, por vezes rompendo a autonomia processual clássica, no intuito de dar efetividade processual.

No decorrer deste trabalho foram citadas as principais mudanças que de algum modo contribuíram para esse rompimento, principalmente a Lei 11.232/2005. Numa análise imediata, não há como negar a diminuição do tempo processual, haja vista que a unificação dos dois tipos processuais extingue ou limita a realização de alguns atos processuais, tais como a citação, e o recebimento de recurso sem efeito suspensivo.

A celeridade decorrente destas mudanças foram fundamentais para a adoção do processo sincrético no Novo Código de Processo Civil, inclusive tal sincretismo foi estendido para o cumprimento de sentença de alimentos e contra a Fazenda Pública, além do legislador ter separado um título exclusivo para tratar de forma geral sobre o cumprimento de sentença.

Após dez anos de vigência da Lei 11.232/05 e da Lei 10.444/02, a doutrina[\[64\]](#) é quase unânime em afirmar o melhoramento da máquina jurisdicional, e, conseqüentemente, a

efetividade e celeridade processual, vez que muitos dos atos processuais foram abolidos ou restringidos em razão da prestação executiva se dar na mesma relação processual do proferimento da sentença condenatória.

Insta lembrar que a crise do Judiciário não decorre apenas da complexidade das normas processuais, que oportunizam a demora na solução dos feitos e incentivam o excesso de demandas e de recursos. Ela vai além das normas. A crise engloba material humano, instalações físicas, recursos materiais, entre outros. Assim, o processo sincrético pode esbarrar em alguns desses elementos que agravam a crise, de nada servindo a sua proposta de efetividade na seara da prática.

É notório que o cenário social, político e econômico pode alterar-se no decorrer da vigência do sincretismo entre cognição e execução, tornando-o obstáculo à efetividade processual. Entretanto, quando ocorrer tal mudança de cenário deve-se estar preparado para novas reformas, como vem acontecendo. Nesse sentido, coerente se faz a citação de Athos Gusmão Carneiro:

Cumpre, por fim, reafirmar, ante críticas surgidas (e o debate e a crítica são sempre bem-vindos), que o imobilismo seria a pior atitude, ante a evidência de que nosso lerdo e complicado processo de execução precisa ser reformulado, a fim de acompanhar o dinamismo da vida moderna.^[65]

6 CONCLUSÃO

Na história da humanidade, os conflitos interpessoais sempre existiram, continuam a existir e não há perspectiva de que deixem de existir. Na busca incessante da resolução desses conflitos, foram criados e aperfeiçoados institutos e normas.

No início, resolviam-se os conflitos simplesmente com a força, por meio da autotutela. Hoje existe a figura do Estado-Juiz e do árbitro, como terceiros imparciais, para decidir o conflito.

O Estado, antes de exercer a função jurisdicional, atua como órgão legislativo, sendo o único legitimado a construir as normas de direito abstratas e genéricas. Assim, o Estado, através dos

legisladores, opta por qual método processual será entregue a tutela jurisdicional.

A teoria da autonomia processual de Liebman foi a base estrutural adotada pelos legisladores na construção do Código de Processo Civil de 1973. Assim, o CPC de 1973 traz o processo de conhecimento, o processo de execução e o processo cautelar como três processos distintos e autônomos.

O legislador, por ter feito essa opção procedimental, impôs a todos aqueles que buscavam a prestação da tutela executiva, a necessidade de propor duas demandas: a primeira, cognitiva, para dizer o direito; e a segunda, executiva, para aplicar o direito.

Contudo, a ordem do dia é a efetividade processual, com processos mais rápidos e eficazes. É dentro deste panorama que se insere o sincretismo entre cognição e execução, caracterizado principalmente pela Lei 11.232/05.

É clara e notória a ineficácia da prestação da tutela executiva, não podendo, portanto, continuar-se com a mesma estrutura arquitetônica formulada em 1973. O cenário político, social e econômico alterou-se, devendo assim, alterar-se também o cenário jurídico, visto que ele deve ser sempre o reflexo da sociedade. A velocidade com que as ações ocorrem demanda, conseqüentemente, respostas céleres, para solver os conflitos no menor tempo possível.

O sincretismo entre cognição e execução tem o objetivo de acelerar e efetivar o processo, e as últimas reformas processuais caminham para a consecução desse objetivo, sem, no entanto, ferir outras garantias constitucionais, como o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal.

As normas trazidas na Lei 11.232/05, tais como: determinar o início do cumprimento da execução de pagar quantia certa tão logo termine a fase executiva, extinguindo a formação de novos autos; a supressão da citação; a alteração no conceito de sentença; a liquidação e a postulação da defesa formuladas incidentalmente ao processo; a limitação ao recebimento do efeito suspensivo, são exemplos teóricos de eliminação de atos procrastinatórios.

Ocorre que as causas da demora do processo não advêm apenas das normas complexas, elas estão associadas a outros elementos, como a falta de material humano, de instalações físicas, recursos materiais, não conseguindo este trabalho apontar todos, seja por carência de dados precisos ou de estudo sistemático sobre o assunto que ultrapassa a seara jurídica.

Deve-se sempre tentar eliminar os entraves do “acesso à justiça” e da efetividade processual. Se as regras jurídicas não estão coadunadas com o dinamismo da vida moderna, elas devem ser reformuladas, pois de nada adianta o legislador ficar inerte. Contudo, essas mudanças devem ser embasadas em estudos, pesquisas, boa técnica, para não desnaturarem o ordenamento jurídico brasileiro.

O sincretismo entre cognição e execução é teoricamente um avanço para o “acesso à justiça” e para a efetividade e celeridade processual. Espera-se que a prática confirme esse avanço teórico.

REFERÊNCIAS

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Teoria Geral do Processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

AMARAL, Guilherme Rizzo. **A Lei 10.444/02, as futuras reformas do CPC e a gradual extinção do processo de execução de sentença**. Disponível em: <http://www.tex.pro.br/wwwroot/36de020602>. Acesso em : 9-1-2006.

ASSIS, Araken de. **Da execução de alimentos e prisão do devedor**. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

_____. **Cumprimento de sentença**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. **Manual da execução**. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

BUZAID, Alfredo. **Grande processualistas**. São Paulo: Saraiva, 1982.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **A nova execução de sentença**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CARNEIRO, Athos Gusmão. Nova execução. Aonde vamos? Vamos melhorar. **Revista de Processo**, ano 30, nº 123, São Paulo: RT, 2005.

_____. *Apud* Algumas considerações sobre o cumprimento da sentença condenatória. José Roberto dos Santos Bedaque. **Revista do Advogado**, nº 85, maio 2006.

CARNELUTTI, Francesco. Diritto e processo. *Apud* Araken de Assis. **Manual da execução**. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

CINTRA, A. C. de A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R.. **Teoria Geral do Processo**. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

COUTORE, Eduardo J.. **Introdução ao Estudo do Processo Civil**. Tradução de Mozart Victor Russomano. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. v. IV. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. Tutela Jurisdicional. **Revista de Processo**, nº. 81. São Paulo: RT, 1996.

FLEXA, Alexandre; MACEDO, Daniel; BASTOS, Fabrício. **Novo Código de Processo Civil**. Salvador: Editora JusPodivm, 2015.

GARBI, Carlos Alberto. Tutela jurisdicional diferenciada e efetividade do processo. **Revista dos Tribunais**, nº 782, São Paulo: Revista dos Tribunais.

GERAIGE NETO. O processo de execução no Brasil e alguns tópicos polêmicos. In: SHIMURA, Sérgio; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Processo de execução**. São Paulo: RT, 2001.

GRECO, Leonardo. A execução e a efetividade do processo. **Revista de Processo**, nº 94, São Paulo: Revista dos Tribunais.

GRECO, Leonardo. Primeiros comentários sobre a reforma da execução oriunda da Lei nº 11.232/2005. **Revista do Advogado**, nº 85, maio de 2006.

GRINOVER, Ada Pelegrini. A necessária reforma infraconstitucional. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús. **Reforma do Judiciário**. São Paulo: Método, 2005.

_____. **Cumprimento da sentença**. In: Execução civil e cumprimento da sentença. Coordenação Gilberto Gomes Bruschi. São Paulo: Método, 2006.

LIEBAN. Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**. Tradução Cândido Rangel Dinamarco. v. I, 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

_____. **Processo de execução**. Araras, São Paulo: Bestbook, 2001.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Embargos à execução**. São Paulo: Saraiva, 1996.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Apud* ANUNCIÇÃO, Orlene Aparecida. Execução da sentença ante a Lei nº 11.232, de 22 de dezembro de 2005: antigos problemas, novas tendências e a busca incessante da efetividade. **Revista Dialética do Direito Processual**, nº 36.

MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual civil**. v. 4, 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

MARINONI, Luiz Guilherme. As novas sentenças e os novos poderes do juiz para a prestação da tutela jurisdicional efetiva. **Revista de Direito Processual Civil**, nº 29, Curitiba: Gênese, 2003.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Execução civil - Teoria geral e princípios fundamentais**. Coleção estudos de direito do processo, v. 48. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MESQUITA, José Ignácio Botelho de. Metamorfose dos embargos. **Revista do Advogado**, nº 85, maio de 2006.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Cumprimento da sentença e outras reformas processuais**. São Paulo: Atlas, 2006.

MORAES, José Rubens de. Cumprimento de sentença e execução – uma breve abordagem histórica. **Revista do Advogado**, nº 85, maio de 2006.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Notas sobre o problema da efetividade do processo**. *In*: Estudos de Direito Processual em homenagem a José Frederico Marques. São Paulo: Saraiva, 1982.

_____. **O novo Processo Civil Brasileiro**. 22ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

OLIVEIRA NETO, Olavo de. **A defesa do executado e dos terceiros na execução forçada**. São Paulo: RT, 2000.

_____. Novas perspectivas na execução civil: Cumprimento da Sentença. In: SHIMURA, Sérgio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção (coords.). **Execução no processo civil: novidades e tendências**. São Paulo: Método, 2005.

Passos, J.J. Calmon de. **Direito, Poder, Justiça e Processo – Julgando os que nos julgam**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

SANTOS, Ernane Fidélis. *Apud* CÂMARA, Alexandre Freitas. **A nova execução de sentença**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeira linhas do direito processual civil**. v. I, 19º ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

SHIMURA, Sérgio. *Apud* Considerações sobre as principais alterações feitas pela Lei 11.232/2005 para a generalização do sincretismo entre cognição e execução. **Revista de processo**, ano 30, nº 135, São Paulo: RT, 2006.

SILVA, José Afonso de. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA, Ovídio Batista da. **Curso de Processo Civil**. 3ª ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1996.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. v.1. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. A execução de sentença e a garantia do devido processo legal. São Paulo: Editora Aide, 1987, p. 239. *Apud in* CARNEIRO, Athon Gusmão. Nova execução. Aonde

vamos? Vamos melhorar. **Revista de Processo**, ano 30, nº 123, maio de 2005.

_____. Partes e terceiros na execução – Responsabilidade patrimonial. **Revista de processo**, nº 100, São Paulo: RT.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. São Paulo: RT, 1987.

NOTAS:

[1] A palavra lei foi utilizada na sua acepção mais ampla, como sinônimo de Direito.

[2] ALVIM, José Eduardo Carreira. **Teoria Geral do Processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 55.

[3] LIEBAN. Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**. Tradução Cândido Rangel Dinamarco. v. I, 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 07.

[4] A palavra lei está aqui sendo usada para designar todo tipo de norma chancelada pelo Estado, independentemente do modo como seja produzida.

[5] Passos, J.J. Calmon de. **Direito, Poder, Justiça e Processo – Julgando os que nos julgam**. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 68-69.

[6] ASSIS, Araken de. **Da execução de alimentos e prisão do devedor**. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p.39.

[7] CINTRA, A. C. de A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R.. **Teoria Geral do Processo**. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 131.

[8] Op. cit., p. 131.

[9] DINAMARCO, Cândido Rangel. Tutela Jurisdicional. **Revista de Processo**, v. 81. São Paulo: RT, 1996, p. 61.

[10] Aqui entendida como a qualidade de alcançar resultados práticos no mundo real.

[11] THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 42

[12] PASSOS, J. J. Calmom de. **Direito, Poder , Justiça e Processo: julgando os que nos julgam**. Rio de Janeiro, Forense, 1999, p. 79.

[13] THEODORO JR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 303.

[14] WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. São Paulo: RT, 1987, p. 41.

[15] ALVIM, José Eduardo Carreira. **Teoria geral do processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 228 – 229.

[16] THEODORO JR., Humberto. Partes e terceiros na execução – Responsabilidade patrimonial. **Revista de processo**, nº 100, p. 139.

[17] MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O novo Processo Civil Brasileiro**. 22ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 185.

[18] ASSIS, Araken de. **Manual da execução**. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 66.

[19] CARNELUTTI, Francesco. Diritto e processo. *Apud* Araken de Assis, ob. cit. p. 66.

[20] BUZAID, Alfredo. **Grande processualistas**. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 45.

[21] LIEBAN, Enrico Tullio. **Processo de execução**. Araras, São Paulo: Bestbook, 2001, p. 67 – 68.

[22] MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual civil**. v. 4. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 11.

[23] DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. v. IV. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 62.

[24] LIEBAN, Enrico Tullio. **Processo de execução**. Araras, São Paulo: Bestbook, 2001, p.74.

[25] LIEBAN, Enrico Tullio. **Processo de execução**. Araras, São Paulo: Bestbook, 2001, p.66.

[26] COUTORE, Eduardo J.. **Introdução ao Estudo do Processo Civil**. Tradução de Mozart Victor Russomano. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 59.

[27] Afirmação já trabalhada na presente monografia, no item 3.3, através das palavras de Liebman e de Frederico Marques.

[28] MEDINA, José Miguel Garcia. **Execução civil - Teoria geral e princípios fundamentais**. Coleção estudos de direito do processo, vol 48. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 263.

[29] Ob. cit. p. 296 – 297.

[30] THEODORO JR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 45.

[31] MEDINA, José Miguel Garcia. **Execução civil - Teoria geral e princípios fundamentais**. Coleção estudos de direito do processo, v. 48. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 264 – 265.

[32] MARINONI, Luiz Guilherme. As novas sentenças e os novos poderes do juiz para a prestação da tutela jurisdicional efetiva. **Revista de Direito Processual Civil**, nº 29, Curitiba: Gênese, 2003, p. 551.

[33] AMARAL, Guilherme Rizzo. **A Lei 10.444/02, as futuras reformas do CPC e a gradual extinção do processo de execução de sentença.** Disponível em: <http://www.tex.pro.br/wwwroot/36de020602>. Acesso em : 9-1-2006.

[34] CARNEIRO, Athos Gusmão. *Apud* Algumas considerações sobre o cumprimento da sentença condenatória. José Roberto dos Santos Bedaque. **Revista do Advogado**, nº 85, maio 2006, p. 69.

[35] Exposição realizada na página 41.

[36] GRINOVER, Ada Pellegrini. **Cumprimento da sentença.** *In* Execução civil e cumprimento da sentença. Coordenação Gilberto Gomes Bruschi. São Paulo: Método, 2006, p. 16 – 17.

[37] SHIMURA, Sérgio. *Apud* Considerações sobre as principais alterações feitas pela Lei 11.232/2005 para a generalização do sincretismo entre cognição e execução. **Revista de processo**, ano 30, nº 135, p.140.

[38] MONTENEGRO FILHO, Misael. **Cumprimento da sentença e outras reformas processuais.** São Paulo: Atlas, 2006, p.13.

[39] CÂMARA, Alexandre Freitas. **A nova execução de sentença.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 23.

[40] CARNEIRO, Athos Gusmão. Nova execução. Aonde vamos? Vamos melhorar. **Revista de Processo**, ano 30, nº 123, maio de 2005, p. 119.

[41] OLIVEIRA NETO, Olavo de. Novas perspectivas na execução civil: Cumprimento da Sentença. *In*: SHIMURA, Sérgio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção (coords.). **Execução no processo civil: novidades e tendências.** São Paulo: Método, 2005, p. 194.

[42] MONTENEGRO FILHO, Misael. **Cumprimento da sentença e outras reformas processuais**. São Paulo: Atlas, 2006, p.58.

[43] MORAES, José Rubens de. Cumprimento de sentença e execução – uma breve abordagem histórica. **Revista do Advogado**, nº 85, maio de 2006, p. 87.

[44] CARNEIRO, Athos Gusmão. Nova execução. Aonde vamos? Vamos melhorar. **Revista de Processo**, ano 30, nº 123, maio de 2005, p. 118.

[45] GRECO, Leonardo. Primeiros comentários sobre a reforma da execução oriunda da Lei nº 11.232/2005. **Revista do Advogado**, nº 85, maio de 2006, p. 104.

[46] CÂMARA, Alexandre Freitas. **A nova execução de sentença**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 114.

[47] LUCON, Paulo Henrique dos Santos. **Embargos à execução**. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 84.

[48] ASSIS, Araken de. **Cumprimento de sentença**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 314.

[49] GRECO, Leonardo. Primeiros comentários sobre a reforma da execução oriunda da Lei nº 11.232/2005. **Revista do Advogado**, nº 85, maio de 2006, p. 107.

[50] SANTOS, Ernane Fidélis. *Apud* CÂMARA, Alexandre Freitas. **A nova execução de sentença**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 125-126.

[51] MONTENEGRO FILHO, Misael. **Cumprimento da sentença e outras reformas processuais**. São Paulo: Atlas, 2006, p.97.

[52] MESQUITA, José Ignácio Botelho de. Metamorfose dos embargos. **Revista do Advogado**, nº 85, maio de 2006, p. 59.

[53] MONTENEGRO FILHO, Misael. **Cumprimento da sentença e outras reformas processuais**. São Paulo: Atlas, 2006, p.96-97.

[54] GARBI, Carlos Alberto. Tutela jurisdicional diferenciada e efetividade do processo. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 782, p. 51.

[55] MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Notas sobre o problema da efetividade do processo**. In: Estudos de Direito Processual em homenagem a José Frederico Marques. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 203.

[56] GRINOVER, Ada Pelegrini. A necessária reforma infraconstitucional. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús. **Reforma do Judiciário**. São Paulo: Método, 2005, p. 501.

[57] GRECO, Leonardo. A execução e a efetividade do processo. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 94, p. 34.

[58] DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 297.

[59] OLIVEIRA NETO, Olavo. **A defesa do executado e dos terceiros na execução forçada**. São Paulo:, RT, 2000, p. 103.

[60] THEODORO JR, Humberto. A execução de sentença e a garantia do devido processo legal. São Paulo: Editora Aide, 1987, p. 239. *Apud in* CARNEIRO, Athos Gusmão. Nova execução. Aonde vamos? Vamos melhorar. **Revista de Processo**, ano 30, nº 123, maio de 2005, p. 118.

[61] THEODORO JR, Humberto. A execução de sentença e a garantia do devido processo legal. São Paulo: Editora Aide, 1987, p. 250. *Apud in* CARNEIRO, Athos Gusmão. Nova execução. Aonde vamos? Vamos melhorar. **Revista de Processo**, ano 30, nº 123, maio de 2005, p. 118.

[62] AMARAL, Guilherme Rizzo. **A Lei 10.444/02, as futuras reformas do CPC e a gradual extinção do processo de execução de sentença.** Disponível em: <http://www.tex.pro.br/wwwroot/36de020602>. Acesso em: 09-01-2006.

[63] GERAIGE NETO. O processo de execução no Brasil e alguns tópicos polêmicos. In: SHIMURA, Sérgio; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Processo de execução.** São Paulo: RT, 2001.

[64] Aqui tem-se a opinião de José Roberto dos Santos Bedaque, Athos Gusmão, Ada Pellegrini.

[65] CARNEIRO, Athos Gusmão. Nova execução. Aonde vamos? Vamos melhorar. **Revista de Processo**, ano 30, nº 123, maio de 2005, p. 122..

BREVE ASPECTO SOBRE OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SEUS PRINCÍPIOS

CAIO SOUZA PITTA LIMA: Oficial de Justiça Avaliador, Pós - graduado lato sensu em Direito Notarial e Registral, professor e palestrante.

Resumo: a proteção internacional dos Direitos Humanos é marcada por diversas peculiaridades de ordem principiológica; por exemplo a historicidade é uma marca nuclear dos Direitos Humanos pois indica que eles evoluíram com o passar do tempo, obtendo densidade normativa e posituação nas ordens jurídicas dos Países, formando, assim, os direitos fundamentais da pessoa humana. O presente artigo visa tecer consideração exatamente sobre esses aspectos principiológicos do Direitos Humanos, abordando a análise históricas e os diversos mandamentos nucleares que regem o sistema.

Palavras-Chave: Direitos Humanos; princípios constitucionais dos Direitos Humanos; irrenunciabilidade; Universabilidade; Historicidade; Vedação ao Retrocesso; Indivisibilidade; Efetividade; Inerência.

Introdução

1. Significado das expressões: direitos do homem, direitos fundamentais e direitos humanos

Há três expressões que orientam o estudo dos direitos humanos: direitos do homem, direitos fundamentais e direitos humanos.

Na CR e nos tratados internacionais, não há menção à expressão direitos do homem. Essa expressão provém do direito natural, e são os direitos inatos, não positivados. Ingo Sarlet, Gilmar Mendes e Flávia Piovesan adotam esse entendimento.

Os textos constitucionais passam a ter dois núcleos essenciais quando os direitos inatos transpassam a fase do constitucionalismo:

- i) forma e organização do Estado;

ii) direitos fundamentais (é o chamado bloco de constitucionalidade ou núcleo duro dos direitos humanos);

Quando os direitos são incorporados em um desses pilares, passam a ser considerados como fundamentais. Os direitos fundamentais fazem parte, portanto, do direito interno de um Estado.

Obs.: na CR, a forma e organização do Estado e os direitos fundamentais são considerados cláusulas pétreas. Note que a cláusula pétrea que trata dos direitos e garantias individuais queria, na verdade, falar em direitos fundamentais em sentido amplo. O entendimento majoritário e mais condizente com os direitos humanos é que a CR disse menos do que queria dizer, de forma que a expressão deve ser entendida como direitos e garantias fundamentais (e não individuais).

Quando se emprega a expressão direitos humanos, significa dizer que os direitos conexos ao direito natural foram devidamente positivados em acordos, tratados e convenções internacionais.

A expressão direitos humanos é uma expressão do direito internacional, ao passo que a expressão direitos fundamentais é utilizada no direito constitucional. Já a expressão direitos do homem não tem previsão na CR nem nos tratados internacionais.

Direitos humanos em um sentido mais estrito estão associados à noção de proteção à incolumidade física e psíquica da pessoa. Por isso, os direitos humanos estão muito associados à tortura, maus tratos, etc.

Direitos humanos são direitos essenciais à afirmação da dignidade humana. A doutrina vem entendendo que condição digna é aquela que permita ao ser humano se desenvolver a partir de seus próprios critérios, produto da racionalização. Ou seja, essa ideia está relacionada às potencialidades do ser humano e do livre arbítrio.

Consiste num conjunto mínimo de direitos considerados indispensáveis, essenciais e imprescindíveis para a vida do ser humano pautada na liberdade, igualdade e dignidade.

Obs.: o termo “direitos humanos” deve ser empregado com a máxima cautela em textos jurídicos. Isso porque representa um *bis in idem*, já que, em última análise, somente o homem pode ser titular de direitos. Logo, a expressão “direitos humanos” é redundante, uma vez que não há direitos que não seja titularizados pelo ser humano. Apesar de tal redundância, cabe lembrar que essa expressão é esclarecedora, pois acentua a essencialidade de tais direitos para o exercício de uma vida digna, sendo, por isso, adjetivados como “humanos”.

Cabe lembrar que a estrutura dos direitos humanos é majoritariamente formada por princípios, mas há também regras positivadas de direitos humanos, como, por exemplo, a exigência de ordem judicial ou flagrante delito para que alguém seja preso.

Quais seriam esses direitos? A experiência histórica é levada em conta. Exemplo: direito ao meio ambiente equilibrado. Não nascem todos de uma vez, não são dados, mas sim construídos historicamente, uma invenção humana, em constante processo de construção e reconstrução. Direitos Humanos, não são um dado, mas um construído e daí dizer que são caracterizados pela historicidade.

Os direitos humanos são afirmados historicamente por meio de gerações (não foi criada pelo Bobbio, mas foi disseminada por ele). Essa noção de geração é passível de crítica, como será visto adiante, tendo em vista que há dois equívocos, uma vez que a noção de geração implicaria a substituição, a superação de uma situação anterior. Sustentam, também, que não se pode dizer que cada tipo nasceu em dada quadra histórica e que se congelou porque ao longo do tempo cada geração se aperfeiçoou. O ideal é utilizar a palavra dimensão no lugar de geração.

Pela definição, há consequências:

Há uma abertura muito grande quanto aos direitos humanos, de concepção histórica (abertura e historicidade). Exemplo: atualmente o direito ao meio ambiente é considerado direitos humanos. São construídos pelas necessidades sociais.

A fase legislativa dos direitos humanos não se encerrou, ou seja, há um contínuo momento de implementação, conforme as dinâmicas sociais. Exemplo: surgimento do direito homoafetivo.

São essenciais, isto é, há superioridade normativa, seja no âmbito interno (cláusulas pétreas e bloco de constitucionalidade formal previsto no art. 5º, §3º da CR), seja no âmbito externo.

Bloco de constitucionalidade é uma expressão doutrinária que designa a existência de normas de estatura constitucional fora da Constituição. Poderá ser material (normas que deveriam ter estatura constitucional pelo seu conteúdo) ou formal (as convenções e tratados de direitos humanos aprovados pelo rito de EC: Convenção da ONU sobre Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo).

Controle de convencionalidade também advém dessa definição. Consiste na aferição da compatibilidade entre normas internas e as normas previstas numa convenção ou tratado internacional.

Corresponde ao controle de constitucionalidade, porém para garantir os direitos previstos nos tratados de direitos humanos. Pode ter matriz nacional, aquele feito por órgão interno (preliminar ou provisório) ou internacional, aquele feito por órgãos externos, por isso definitivo, considerando as leis nacionais em face dos direitos internacionais num controle de convencionalidade.

Exemplo: ADPF 153 – a lei de anistia deveria não ser válida em razão do conflito com a CADH. Este controle internacional auxilia na interpretação do tratado, que não fica refém dos órgãos nacionais, sendo contramajoritária (vulnerabilidade), ou seja, que não é refém da maioria.

2. Características dos direitos humanos

Algumas das características dos direitos humanos coincidem com as características dos direitos fundamentais.

2.1. Historicidade

Os direitos humanos são produtos da história, ou seja, evoluem continuamente em um processo histórico. Todos os tratados internacionais provêm dos costumes internacionais. São históricos

por progredirem com o passar do tempo. Os direitos humanos não se sucedem em gerações, mas se fortalecem ao se acumularem.

2.2. Universalidade

Significa que os direitos humanos têm valor igual para todas as pessoas. Ou seja, pertencem ao universo de todas as pessoas. Basta a condição de ser pessoa para que sejam garantidos direitos humanos, independentemente de suas características pessoais.

Os direitos humanos são mais que os direitos fundamentais. Ex.: o direito ao voto é um direito fundamental, na medida em que os estrangeiros e os conscritos não podem votar. Se o direito ao voto fosse considerado direitos humanos, todas as pessoas deveriam poder votar. Os direitos humanos possuem uma maior amplitude.

A universalidade decorre da ideia de inerência, a significar que estes direitos pertencem a todos os membros da espécie humana, sem qualquer distinção.

O Direito Internacional dos Direitos Humanos convive com o grande desafio de criar um rol amplo de direitos, bem como interpretações comuns dos mais importantes temas das heterogêneas sociedades humanas (ser universal na diversidade).

Mesmo que haja a reiteração da chamada universalidade dos direitos humanos em diversos diplomas internacionais, tal reiteração, contudo, não faz calar as dúvidas, muitas delas fundadas em práticas culturais que somente agora são questionadas, gerando fortes críticas dos chamados relativistas.

Os defensores do relativismo cultural adotam três preposições: (i) que é possível empiricamente observar divergências nos julgamentos morais entre as mais diversas sociedades devido às diferenças culturais, políticas e sociais; (ii) que tais divergências não possuem sentido ou validade fora do seu contexto social particular; e (iii) que não há julgamentos morais justificáveis fora de contextos culturais específicos.

Conclui-se de tais preposições que, pela noção de relativismo cultural, argumento muito presente em países de língua islâmica,

apesar de ser possível o compartilhamento de valores, não há como justificar a superioridade de um valor de uma cultura sobre outra, significa dizer que os direitos humanos tal como conhecemos são próprios de uma cultura ocidental que tenta se impor aos países orientais (imperialismo cultural eurocêntrico).

Contudo, depois de décadas de Guerra Fria e seletividade, foi realizada a Conferência Mundial sobre Direitos Humanos de Viena, em 1993, na qual se consagrou a universalidade dos direitos humanos.

Com efeito, a universalidade dos direitos humanos pode ser entendida em três planos. O primeiro plano é o da titularidade. Assim, os direitos humanos são universais porque seus titulares são os seres humanos, sem distinção de qualquer ordem. O segundo plano é o temporal, no qual os direitos humanos são universais, pois os homens os possuem em qualquer época da história. Por fim, há o plano dito cultural, no qual os direitos humanos são universais porque permeiam todas as culturas humanas, em qualquer parte do globo.

Dessa forma, os direitos humanos são direitos que todo ser humano possui, não importando sua nacionalidade, etnia, credo, opção política, etc.

A Declaração de Viena admitiu que as particularidades locais devem ser levadas em consideração, assim como os diversos contextos históricos, culturais e religiosos, mas é dever do Estado promover e proteger todos os direitos humanos, independentemente de seus sistemas políticos, econômicos e culturais. Logo, peculiaridades locais ou ocasionais não poderiam justificar a violação ou amesquinamento desses direitos.

Não se trata de buscar, assim, um denominador comum mínimo dos diversos valores culturais, que aceita diversas condutas humanas apenas por serem integrantes de tradições culturais, em sacrifício da dignidade da pessoa humana, mas de se afirmar que a pluralidade de culturas e orientações religiosas devem ser

respeitadas, com o reconhecimento da liberdade e participação com direitos iguais para todos.

Obs.: A aceitação de justificativas “culturais” a condutas violatórias a direitos humanos carrega forte acento totalitário, na medida em que pode significar a coerção daqueles que, embora membros da comunidade, não mais se identificam com seus valores.

Universalismo de chegada:

Em relação à questão do chamado “universalismo de chegada”, Joaquin Herrera Flores defende que o universalismo abstrato dos direitos humanos (universalismo de ponto de partida) exige uma racionalidade jurídica/formal, assim como o universalismo localista, que exige uma racionalidade material/cultural (universalismo de retas paralelas), são produtos de visões reducionistas da realidade e acabam por dogmatizar seus pontos de vista, pois funcionam como um padrão de medidas e de exclusão.

Em razão disso, o autor propõe uma prática intercultural (universalismo de chegada, de confluência ou de entrecruzamentos), que exige uma racionalidade de resistência, a partir de uma visão complexa dos direitos, cujo conteúdo advém da incorporação dos diferentes contextos físicos e simbólicos na experiência do mundo.

Ou seja, o universalismo de chegada sintetiza as garantias universais aptas a sustentar uma teoria dos direitos humanos intercultural.

Hermenêutica diatópica:

A hermenêutica diatópica constitui proposta de superação do debate sobre universalismo e relativismo cultural. Boaventura de Sousa Santos sugere que o diálogo intercultural dos direitos humanos deve ser confiado à hermenêutica diatópica, que consiste, em apertada síntese, na compreensão mútua dos distintos universos de sentido – i.e., topoi – das culturas envolvidas no diálogo.

A hermenêutica diatópica tem como pedra angular a noção de que não se pode compreender facilmente as construções de uma cultura a partir do topos de outra. Assim, através da hermenêutica diatópica, Boaventura de Sousa Santos procura traçar um caminho para superar as dificuldades que surgem do diálogo intercultural. Em outras palavras, se o que se pretende é o diálogo entre as diversas culturas do mundo, os discursos culturais (dia-logoi) devem ser recolocados em suas respectivas realidades (dia-topoi), de maneira a se tornarem mutuamente inteligíveis.

De acordo com o autor, é o sentimento de frustração e descontentamento com a cultura a que se pertence que provoca a curiosidade por respostas mais satisfatórias. Aguçada a curiosidade por outras respostas culturais, desenvolve-se o sentimento de incompletude, que, por sua vez, impulsiona o diálogo entre as culturas e a hermenêutica diatópica. Nesses casos, pode ocorrer – ou melhor, deve ocorrer – uma mudança recíproca nas crenças que têm status de verdade. É o caminho para a construção de uma concepção multicultural de direitos humanos, que pode ser vislumbrado como se segue:

(completude) frustração e descontentamento → curiosidade → sentimento de incompletude → diálogo intercultural e hermenêutica diatópica

Em contrapartida, à medida que progride o diálogo intercultural, aprofunda a consciência da incompletude:

diálogo intercultural → aprofunda o sentimento de incompletude

Pois bem. Trata-se de uma simbiose que proporciona o constante aprofundamento da consciência da incompletude e do diálogo intercultural. A consciência, que antes era difusa, passa a se tornar auto reflexiva e articulada, à proporção que progride o diálogo entre as culturas. Portanto, se é a consciência da incompletude que dá o primeiro impulso para o diálogo, é a partir deste e da hermenêutica diatópica que as culturas passam a refletir sobre suas construções e a reconhecer as construções alheias.

A percepção da incompletude não é tarefa fácil quando se está dentro da cultura a que se visa contestar. Ou seja, é muito mais fácil perceber a incompletude de determinada cultura quando o sujeito se coloca no exterior dela, a partir de outra perspectiva cultural. Eis o motivo pelo qual se deve adotar o método da hermenêutica diatópica.

Para exemplificar a utilização do método da hermenêutica diatópica, Sousa Santos analisa os topoi da cultura islâmica e hindu, e a possibilidade de diálogos entre estas e a cultura ocidental. Assim, os direitos humanos vistos a partir dos topoi da cultura islâmica e hindu são incompletos. Inversamente, as culturas hindu e islâmica, vistas a partir dos topos dos direitos humanos, são incompletas. Logo, para que se possa alcançar uma compreensão mútua entre os topoi, é preciso que o diálogo se desenvolva “com um pé em uma cultura e outro em outra”.

Qualquer tentativa de diálogo que contrarie as construções de determinados topoi está fadada ao fracasso. É fácil imaginar como deve ser difícil explicar ou justificar para outras culturas ideias ou ações que na cultura ocidental são evidentes. Para exemplificar, pode-se pensar a necessidade de se justificar o direito à igualdade para a cultura islâmica, que, de acordo com seu topos, justifica a discriminação de mulheres e não-muçulmanos.

Todavia, como já salientado, as culturas, e, portanto, os topoi, não são completos. Segundo o autor, é justamente o sentimento de incompletude e frustração que abre as portas para o diálogo. Em contrapartida, uma vez que a partir da própria cultura não se consegue perceber a incompletude de forma articulada e reflexiva, e, dessa forma, desvendar a ausência de sentido de determinadas práticas culturais, a saída é também o diálogo intercultural.

Os seguintes imperativos transculturais devem ser aceitos por todos aqueles interessados no diálogo, que constituem, nas palavras do autor, “condições para um multiculturalismo progressista”:

1. O aprofundamento reflexivo do sentimento de incompletude;

2. A escolha das versões mais amplas de dada cultura, ou seja, das que representam o círculo de reciprocidade mais amplo;

3. A decisão para iniciar o diálogo, que deve resultar de uma convergência entre as culturas envolvidas;

4. A reversibilidade do diálogo, que deve ser deixada ao arbítrio de cada parte;

5. A escolha de parceiros por mútuo acordo;

6. A concentração em temas que reflitam preocupações isomórficas;

7. A articulação entre as exigências de afirmação da igualdade e de reconhecimento das diferenças.

Em suma, a proposta de Sousa Santos consiste em transformar a concepção de direitos humanos como um localismo globalizado num projeto cosmopolita, de forma a realizar a transformação cosmopolita dos direitos humanos. Procura, assim, traçar o caminho para uma concepção multicultural de direitos humanos, “uma concepção que, em vez de recorrer a falsos universalismos, se organiza como uma constelação de sentidos locais, mutuamente inteligíveis, e que se constitui em redes de referências normativas capacitantes”.

2.3. Essencialidade

Os direitos humanos cuidam de direitos essenciais, necessários à existência do ser humano. São essenciais em sentido formal e material. Sob o aspecto formal são essenciais, pois no texto da CR estão localizados antes da organização do Estado. Sob o aspecto material são essenciais, por serem cláusulas pétreas.

2.4. Irrenunciabilidade

A irrenunciabilidade significa que nem mesmo o consentimento do titular pode justificar a sua violação. Os direitos humanos não poderão ser retirados, e qualquer manifestação nesse sentido é nula de pleno direito.

2.5. Inalienabilidade

Os direitos humanos são inalienáveis, ou seja, não podem ser alienados ou cedidos, onerosa ou gratuitamente. Não podem ser

transferidos a outrem, ainda que com a anuência de seu titular. Qualquer manifestação de vontade nesse sentido é nula de pleno direito. Na irrenunciabilidade, se os direitos forem colocados à disposição se perdem; já na inalienabilidade, se o direito for colocado à disposição será apenas restringido.

2.6. Inexauribilidade

Os direitos humanos são inesgotáveis, ou seja, somam-se sempre novos direitos (ex.: dimensões de direitos humanos que se acumulam).

O texto da CR exaure todos os direitos humanos e os direitos fundamentais existentes? Obviamente não, pois a CR não poderia esgotar a matéria dos direitos humanos. Esse entendimento está no art. 5º, §2º, da CR.

§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

É a chamada cláusula de inexauribilidade. Os direitos humanos previstos na CR podem ser completados implícita ou expressamente pelos tratados e princípios internacionais. Ex.: direito de oposição é um direito não previsto expressamente na CR, mas integra os direitos humanos; direito civil de desobediência decorre do regime e dos princípios constitucionais, mas não está expressamente previsto na CR.

2.7. Imprescritibilidade

Os direitos humanos são imprescritíveis, ou seja, não podem ser atingidos pelo lapso temporal. Significa que podem ser vindicados a qualquer tempo, desde que a violação ainda esteja ocorrendo, pois há prazo para ajuizar a ação. Ex.: a Convenção Interamericana prevê o prazo de 6 meses após a violação.

Nas violações de direitos que se perpetuam, a ação pode ser ajuizada a qualquer tempo. É o que ocorreu com o caso Gomes

Lund, vez que os corpos das vítimas desaparecidas não foram encontrados. Se os corpos já tivessem sido encontrados e se já houvesse ação julgada no Brasil, a Corte Interamericana não poderia atuar. Nesse caso, a partir de 1972, a violação começou a ocorrer e, como os corpos não foram encontrados, o crime se protraiu no tempo, o que possibilitou o julgamento pela Corte.

A CR estabelece em seu art. 5º, XLIV e XLII, que a prática de racismo e o crime de ação de grupos armados civis e militares contra a ordem constitucional e o estado democrático são imprescritíveis e inafiançáveis.

XLIV - constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático;

XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei;

O art. 29 do Estatuto de Roma, entretanto, estabelece de maneira inequívoca que os crimes de competência do Tribunal Penal Internacional (TPI) são imprescritíveis.

Artigo 29

Imprescritibilidade

Os crimes da competência do Tribunal não prescrevem.

Pergunta-se: o rol de crimes imprescritíveis previstos na CR é taxativo? Tratando-se de rol taxativo, serão imprescritíveis apenas os crimes relacionados na CR, mas se se entender que o rol é exemplificativo, poderão ser acrescentados outros crimes imprescritíveis (como os previstos no Estatuto de Roma).

O rol é meramente exemplificativo, pois podem ser acrescentados outros crimes imprescritíveis, desde que o objetivo

seja a proteção do ser humano. Isso ocorre porque o rol constitucional de imprescritibilidade constitui direito fundamental, que traz consigo uma proteção mínima aos direitos humanos, de forma que essa tutela sempre poderá ser ampliada.

2.8. Vedação do retrocesso

É o chamado efeito *non cliquet*. Os direitos humanos não podem retroceder, ou seja, o Estado deve protegê-los cada vez mais e de forma melhor. Ex.: se uma lei de 2010 revogou expressamente uma lei de 2003, mas essa lei anterior era mais benéfica, o julgador deve aplicar a lei revogada, em razão da vedação do retrocesso. O magistrado está, então, autorizado a aplicar a lei antiga por ser mais benéfica. Em relação aos direitos humanos, houve a desconstrução do critério cronológico das leis.

Pergunta-se: se o constituinte originário fosse criar uma nova Constituição, poderia instituir a pena de morte, atualmente expressamente vedada pela CR de 1988, somente permitida em casos de guerra declarada? Nesse caso, o constituinte se desvincula das regras da Constituição anterior, mas não poderá se desvincular dos princípios de direitos humanos já estabelecidos. Da mesma forma, a regra da maioria penal não poderá ser alterada nem por nova Constituição.

Os tratados internacionais de direitos humanos contêm, portanto, como cláusula padrão, a menção à primazia da norma mais favorável ao indivíduo, impedindo que a interpretação de suas normas possa diminuir proteção já alcançada.

Veja que mesmo novos tratados internacionais não podem impor restrições ou diminuir a proteção de direitos humanos já alcançada.

É importante mencionar a cláusula do desenvolvimento progressivo, que também incorpora a vedação do retrocesso como característica do regime jurídico dos direitos humanos na esfera internacional. Segundo ela, os Estados comprometem-se a adotar medidas, conforme os recursos disponíveis, para atingir, progressivamente, a plena efetividade dos direitos protegidos.

O conceito de “progressividade” abarca dois sentidos: por um lado, sugere-se a gradualidade da plena efetividade; de outro, impõe-se o dever ao Estado de garantir o progresso dos direitos sociais já concretizados (veda-se o regresso).

2.9. Congênitos

Diz-se que os direitos humanos são congênitos, pois derivam da própria condição humana, pertencem ao ser humano antes mesmo de seu nascimento.

2.10. Interdependência

Os direitos humanos atuam em recíproca dependência, pois alcançam seus objetivos apenas pelo auxílio mútuo.

No âmbito das classificações, é interessante estudar a divisão que se faz entre direitos civis e políticos e direitos sociais, econômicos e culturais, que muito se deve ao advento dos dois Pactos das Nações Unidas de 1966.

No preâmbulo dos dois pactos há a previsão de que a efetividade dos direitos civis e políticos depende da efetividade dos direitos econômicos e sociais e vice-versa. Daí se falar em interdependência, ou seja, da ideia de que a efetividade de um tipo de direito depende da efetividade de outro tipo de direito independentemente de sua classificação (“não há igualdade sem liberdade e não há liberdade sem igualdade”).

Mais recentemente a noção de interdependência foi enriquecida com o advento dos direitos humanos voltados à proteção de bens de interesse de toda a humanidade, como ao desenvolvimento sustentável, ao meio ambiente sadio, ao patrimônio genético, à paz, etc., que visam a criar as condições de vida necessárias ao respeito dos demais direitos humanos.

2.11. Indivisibilidade

Os direitos humanos são indivisíveis, ou seja, não podem ser decompostos, sob pena de desconfiguração de seu interesse. Ex.: direito à vida não é divisível.

A indivisibilidade dos direitos humanos consiste no reconhecimento de que todos os direitos humanos devem ter a

mesma proteção jurídica, significa dizer que ou se respeita um direito porque ele é fundamental ou não se respeita. Ou seja, há uma ideia de que não se pode fazer ressalvas, não se pode atenuar um direito.

Possui duas facetas. A primeira implica reconhecer que o direito protegido apresenta uma unidade incindível em si. A segunda assegura que não é possível proteger apenas alguns dos direitos humanos reconhecidos.

Assim, a classificação dos direitos humanos em direitos civis e políticos, de um lado, e direitos econômicos, sociais e culturais, de outro, perde a importância. Tanto assim, que a Conferência de Teerã de 1968 adotou a tese da impossibilidade da completa realização dos direitos civis e políticos sem o gozo dos direitos sociais, econômicos e culturais.

Dessa forma, a indivisibilidade está ligada ao objetivo maior do sistema internacional de direitos humanos, a promoção e garantia da dignidade do ser humano, tratando-se de uma característica do conjunto de normas e não de cada direito individualmente considerado.

2.12. Complementaridade

Os direitos humanos jamais devem ser interpretados isoladamente, mas sempre em conjunto com os demais direitos, de forma a complementar o ordenamento jurídico de um Estado.

2.13. Inviolabilidade

Os direitos humanos são invioláveis, ou seja, ninguém pode empreender ofensa legítima contra eles. Desse modo, por exemplo, o legislador jamais poderá legislar contra os direitos humanos.

2.14. Efetividade

Não basta o singelo reconhecimento pelo Estado dos direitos humanos, é necessário que empregue medidas efetivas para sua aplicação.

2.15. Inerência

Os direitos humanos são inerentes a cada pessoa, pelo simples fato de existir como ser humano, o que decorre do fundamento

jusnaturalista de base racional adotado pelo direito internacional dos direitos humanos.

O reconhecimento da inerência é premissa racional para a construção da noção de direitos humanos, porque a existência do ser humano livre, anterior à criação do Estado, permite a limitação da ação deste ou seu direcionamento para a criação de condições favoráveis à vida em sociedade.

Outra consequência fundamental é o caráter não taxativo dos direitos humanos até agora reconhecidos, eis que, sendo inerentes aos seres humanos, em grupo ou individualmente, se apresentam em constante mutação, acompanhando e interferindo na evolução social, regional e global.

Assim, ainda que os tratados internacionais tenham conteúdo obrigatório, gerando direitos aos seus beneficiários, nada impede uma nova formulação, seja pela sua inclusão em algum texto legal futuro, seja por via da interpretação das expressões empregadas.

2.16. Indisponibilidade

A indisponibilidade de um direito implica reconhecer a sua total irrenunciabilidade ou que a vontade de seu titular no sentido de renúncia ou disposição somente pode ser manifestada sob controle.

Tradicionalmente, a indisponibilidade de um direito fundamental dependia de sua inserção no contexto genérico de respeito à ordem pública. Essa inserção deixou de ter sentido com a consagração da dignidade humana como valor supremo.

Assim, a contemporânea proteção internacional de direitos humanos impõe limites à autonomia da vontade, em nome da dignidade da pessoa humana e em face das desigualdades materiais dos indivíduos.

2.17. Limitabilidade

A limitabilidade consiste no reconhecimento de que a essencialidade dos direitos humanos e sua superioridade normativa não impedem a existência de limites impostos a um direito em nome da preservação de outro.

Problema da colisão entre direitos: a proporcionalidade consiste na aferição da adequação (idoneidade), necessidade e razoabilidade (relação custo/benefício) de uma determinada restrição a direito.

A idoneidade exige que a medida estatal seja adequada para alcançar os fins almejados. Essa compressão a um direito gera valorização de outro direito hipoteticamente falando? Ex.: em relação à liberdade ao exercício profissional, hipoteticamente um exame nacional da medicina garantiria a melhoria do atendimento. Combate-se as medidas inúteis.

A necessidade exige que seja escolhida a medida menos gravosa entre as de possível adoção, ou seja, que menor gravame causará aos direitos humanos em análise. Afasta-se o perigo do excesso.

Obs.: Como sustenta Alexy, o subprincípio da necessidade é reflexo do ótimo de Pareto, aplicado aos direitos fundamentais, pois graças ao uso de meio mais benigno e menos gravoso, um indivíduo tem sua situação melhorada sem aumentar os custos para outrem.

A proporcionalidade em sentido estrito consiste na valoração comparativa entre, de um lado, as vantagens de uma medida e, de outro, o sacrifício exigido a um direito fundamental (custo/benefício), a fim de evitar medidas desequilibradas. Tem dois sentidos: (i) proibição do excesso e (ii) proibição da insuficiência. A proporcionalidade deve sempre levar em consideração o núcleo essencial dos direitos humanos.

Correntes quanto à análise da colisão:

1ª corrente (inexistência de colisão): para essa corrente, a colisão é sempre meramente aparente. É determinada corrente interna, que entende que uma situação fática não poderá abranger dois ou mais direitos, ou seja, o direito não abrangeria aquele fato (tem sua incidência delimitada).

Ex.: gritar 'fogo' no cinema, quando da inexistência, expondo pessoas a uma situação desnecessária de risco, não pode ser abrangido pela liberdade de expressão. Aqueles que defendem a

corrente interna entendem que ela garante a segurança jurídica, evitando que toda e qualquer relação social seja de direitos humanos.

2ª corrente (aceita a colisão): os direitos, num primeiro momento, são detectáveis *prima facie*. É determinada corrente externa. Aceita a colisão, num segundo momento, usa-se o critério da proporcionalidade para que um direito prepondere.

Para o STF, corresponde ao princípio da razoabilidade ou devido processo legal substancial, que advém da doutrina americana, garantindo não só o devido processo legal formal, mas que aquilo que está sendo aplicado seja também razoável (custo/benefício). Para ela, a teoria interna nega de maneira artificial o conflito ao realizar uma ponderação oculta.

Obs.: Para Häbermas, não há como tecer considerações de custo/benefício em relação a estes direitos humanos. Para Häberle é necessária uma coerência e consistência, deve haver dados empíricos das ciências para auxiliar a análise do argumento de forma coerente, ou seja, essa análise deve ser reproduzida em outros casos (coerência).

Atenção, pois o conteúdo essencial é uma técnica que auxilia a ponderação, pela qual se afasta um direito até atingir um núcleo que não estaria sujeito a qualquer violação. O conteúdo essencial pode ser absoluto (é possível detectar pela fórmula da redação do direito o núcleo essencial, vinculado à dignidade humana) ou relativo (reconhece a arbitrariedade de reconhecimento de elementos imprescindíveis em cada direito, ou seja, deve-se preservar aquilo que foi obtido após o uso da proporcionalidade, sendo dependente do conflito). No Brasil, para alguns, o conteúdo essencial são as cláusulas pétreas e, para outros, não há previsão quanto a um conteúdo essencial, logo, deve-se usar tão somente a ponderação.

A boa interpretação deve buscar compatibilizar uma norma com outra, sem suprimir nenhuma.

Cuidado com a “cláusula geral de não discriminação”, que é um padrão que existe nos tratados internacionais de Direitos Humanos e prevê que o gozo de direitos não pode sofrer qualquer restrição.

Os mecanismos de discriminação positiva foram previstos no Direito Internacional a partir de 1965 com a Convenção contra o Racismo e depois na da Mulher. É um mecanismo que visa impor um tratamento diferenciado adotado para fins de equalização de grupos que são socialmente discriminados. Esta ideia está na base das “cotas” que é justamente uma forma de discriminação positiva. Outro preceito fundamental destes mecanismos é a transitoriedade.

Abuso de direito: não há proteção de direitos humanos para determinadas atividades que tenham como objetivo a destruição de outros direitos ou liberdades, em especial as referentes ao regime democrático. O passado totalitário europeu dos anos vinte e trinta (nazismo) gerou a preocupação de evitar que o regime democrático cometesse suicídio ao proteger (com direitos à liberdade de associação partidária, reunião, expressão, entre outros) aqueles que querem sua destruição.

O papel da teoria do abuso de direito deve ser de reforço ao juízo de proporcionalidade das restrições necessárias em uma sociedade democrática, e nunca ser uma teoria autônoma ou um cheque em branco para que governos, mesmo que eleitos democraticamente, asfixiem ideologias minoritárias ou divergentes.

Estado de emergência: a limitação de um direito protegido pode ser fruto de restrições excepcionais e temporárias de defesa do próprio Estado de Direito (artigo 4º do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos).

Artigo 4

1. Em tempo de uma emergência pública que ameaça a existência da nação e cuja existência seja proclamada por um acto oficial, os Estados Partes no presente Pacto podem tomar, na estrita medida em que a situação o exigir, medidas que derroguem as

obrigações previstas no presente Pacto, sob reserva de que essas medidas não sejam incompatíveis com outras obrigações que lhes impõe o direito internacional e que elas não envolvam uma discriminação fundada unicamente sobre a raça, a cor, o sexo, a língua, a religião ou a origem social.

2. A disposição precedente não autoriza nenhuma derrogação aos artigos 6.º, 7.º, 8.º, parágrafos 1 e 2, 11.º, 15.º, 16.º e 18.º **[direito à vida, vedação à tortura, vedação à escravidão e servidão, vedação à prisão por descumprimento de obrigação contratual, princípio da legalidade, direito à personalidade jurídica, direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião]**.

3. Os Estados Partes no presente Pacto que usam do direito de derrogação devem, por intermédio do secretário-geral da Organização das Nações Unidas, informar imediatamente os outros Estados Partes acerca das disposições derogadas, bem como os motivos dessa derrogação. Uma nova comunicação será feita pela mesma via na data em que se pôs fim a essa derrogação.

Entretanto, há menção a um núcleo de direitos inderrogáveis, aos quais não se admite a aplicação das restrições típicas de situações anormais, que seria composto dos seguintes direitos fundamentais: direito à vida, direito à integridade pessoal, proibição da escravidão, direito a não ser preso por inadimplemento contratual, direito à irretroatividade da lei penal, direito ao reconhecimento da personalidade jurídica, direito à liberdade de pensamento, de consciência e de religião.

Obs.: o Comitê de Direitos Humanos (intérprete do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos) salientou que as medidas de emergência devem ser estritamente proporcionais.

A possibilidade de derrogação da garantia de certos direitos deve ser interpretada somente no sentido de permitir a existência destes mesmos direitos através da defesa do Estado de Direito,

ameaçado pelas circunstâncias excepcionais mencionadas nos tratados internacionais de direitos humanos e em várias Constituições.

Logo, a suspensão de parcela dos direitos humanos reconhecidos é justificada pelo fato de, em algumas hipóteses graves, ser o único meio para atender a situações de emergência pública e preservar os valores superiores da sociedade democrática.

2.18. Caráter *erga omnes*

Pelo caráter *erga omnes* dos direitos humanos, as normas internacionais de direitos humanos aplicam-se a todos os indivíduos, pela simples condição humana, sem qualquer consideração referente à nacionalidade, orientação política, etnia, credo e outras.

2.19. Exigibilidade

A Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993 consagrou, se não a superação da fase legislativa da proteção internacional dos direitos humanos, a crescente preocupação com a implementação dos direitos humanos. Com isso, é possível constatar que o problema grave de nosso tempo não é fundamentar os direitos humanos, mas sim de protegê-los com efetividade, ou seja, implementá-los.

A proteção internacional dos direitos humanos leva à análise da responsabilidade internacional do Estado. Há a possibilidade de aferição da responsabilidade internacional dos Estados por mecanismos unilaterais e coletivos[1].

No mecanismo unilateral, cada Estado analisa o pretendo fato internacionalmente ilícito cometido e requer reparação ao Estado ofensor, podendo, se não atendido, sancionar unilateralmente esse Estado. O Estado vítima se transforma em juiz e parte, o que acarreta perda de objetividade e de imparcialidade na aferição da conduta lesiva. Sem contar que o Estado violador também tem posição jurídica oposta, defensável com base no princípio d igualdade soberana entre os Estados.

Assim, o Estado pretensamente lesado exige reparação e, ao não recebê-la, aplica sanções unilaterais ao Estado infrator, o qual, por seu turno, considera tais sanções injustificadas e ilegais, justamente por não reconhecer como ilícita sua conduta, acarretando o uso de sanções unilaterais agora por parte do Estado pretensamente infrator.

Rapidamente, chega-se a uma situação de impasse, na qual cada Estado aplica sanções unilaterais ao outro. A solução desse impasse está na aceitação de mecanismos coletivos de solução da controvérsia, que acarretam a aferição objetiva da responsabilidade internacional do Estado.

Para tal finalidade foram instituídos mecanismos coletivos (que são aqueles criados por tratados internacionais) nos quais órgãos compostos por pessoas independentes e imparciais analisam os fatos, ouvem os interessados e decidem sobre a responsabilidade internacional do Estado, evitando a seletividade e a parcialidade.

No caso do sistema interamericano de Direitos Humanos, por exemplo, foi criada uma Corte e reconhecida uma parte acusadora independente (a Comissão Interamericana de Direitos Humanos), fixando-se também todas as fases de um processo internacional de apuração da responsabilidade internacional do Estado.

As deliberações da Corte, por força da Convenção, têm força vinculante, sendo forma de restauração compulsória da legalidade interamericana, tornando os direitos humanos inseridos na Convenção Americana normas de atendimento obrigatório e não meras exortações ou conselhos.

É salutar o desenvolvimento e a sedimentação dos diversos processos de responsabilidade internacional do Estado por violações de direitos humanos, objetivando-se, no futuro, a superação do poder unilateral de um Estado de aferir a existência ou não de violação de direitos humanos em outro Estado.

Os mecanismos coletivos podem ser divididos em três modalidades, de acordo com o tipo de atividade desempenhada

pelo órgão de direitos humanos: i) supervisão, ii) controle estrito senso e iii) tutela.

Pela supervisão, o órgão internacional visa induzir os Estados a introduzir a garantia de determinado direito no ordenamento interno e a efetivar tal garantia. É uma forma de pressão sobre os Estados para adoção ou modificação de comportamentos. Seu término consiste na constatação de ilicitude e na elaboração de uma recomendação não vinculante, formando um direito de observação da conduta estatal em face dos direitos humanos protegidos.

O controle estrito senso averigua possíveis violações e cobra dos Estados a reparação às vítimas. Ex.: atividade de processamento de petições individuais do Comitê de DH, órgão de controle estrito senso dos comandos do PIDCP. Discute-se a força vinculante já que em geral os tratados são omissos, mas André de Carvalho Ramos defende que há costume internacional de obediência a tais decisões.

A tutela consiste na existência de uma jurisdição internacional subsidiária e complementar, apta a atuar como verdadeiro juiz internacional imparcial a zelar pelo respeito aos DH. As deliberações têm força vinculante, sendo tal controle verdadeira forma de restauração compulsória da legalidade internacional.

As diversas modalidades interagem, de forma a constituir, no seu conjunto, um sistema interligado de julgamento internacional do Estado.

A apuração coletiva das violações exerce três funções: i) verificação, ii) correção (busca-se estabelecer uma nova conduta estatal para eliminar os efeitos da violação) e iii) interpretação (mecanismos judiciais e não judiciais estabelecem o correto alcance e sentido da norma protetiva de direitos humanos).

André de Carvalho Ramos pondera, ainda, que na medida em que os Estados aceitam os procedimentos coletivos, isola-se também alguns Estados, que utilizam mecanismos unilaterais de combate a violações de direitos humanos e se recusam a aderir a

procedimentos coletivos de apuração das violações, como é o caso dos EUA.

Assim, os procedimentos coletivos de julgamento do Estado vêm para ficar no direito internacional dos direitos humanos com suas múltiplas vantagens. Esses procedimentos reforçam o caráter jurídico das disposições costumeiras e convencionais internacionais protetivas de direitos humanos. Além disso, oferecem uma análise neutra e imparcial dos casos de violação, possibilitando a certeza da existência de um devido processo legal na apuração dos fatos e aplicação do direito tanto para o Estado violador quanto para a vítima. E, por fim, a análise técnica garante aos Estados que se não haverá seletividade em *double standards* na apuração unilateral da responsabilidade internacional do Estado por violação de direitos humanos. Essa garantia reduz a tensão entre os Estados, o que contribui para o fortalecimento dos direitos humanos na esfera internacional, já que esvazia o argumento daqueles que teimam em ventilar a tese de que a internacionalização do direitos humanos agride a soberania estatal.

2.20. Abertura

O processo de alargamento do rol dos direitos humanos explicita a sua não tipicidade e evidencia uma herança do jusnaturalismo, na medida em que se protege um direito pelo seu conteúdo e não por constar de um rol de um instrumento constitucional ou internacional. Com isso, verifica-se a existência de uma cláusula aberta ou mesmo um princípio da não tipicidade dos direitos humanos.

Assim, mesmo com a positivação constitucional e internacional dos direitos humanos, são dotados de uma carga expansiva, devendo a sua interpretação ser ampliativa, de modo a favorecer o indivíduo. Isso é denominado eficácia irradiante dos direitos humanos.

A Corte Europeia de Direitos Humanos tem reconhecido a eficácia irradiante dos direitos humanos em vários casos por meio

da chamada interpretação evolutiva da Convenção Europeia de Direitos Humanos;

Referências bibliográficas:

Oliveira, Erival da Silva, Direito Constitucional – Direitos Humanos, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009 (Elementos de Direito, v.12); **Samaniego, Daniela Paes Moreira**, *Direitos humanos como utopia*, Teresina: Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 46, 1 out. 2000.

Nota:

[1] Extraído do livro “Processo Internacional de Direitos Humanos”, do professor André de Carvalho Ramos, pg. 41.

A COIBIÇÃO DA INTERMEDIÇÃO DE MÃO DE OBRA PELA NOVA LEI DA TERCEIRIZAÇÃO

RICARDO SOUZA CALCINI: Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, onde obteve o título de Especialista em Direito Social. É também Pós-Graduado em Direito Processual Civil pela Escola Paulista da Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo. Assessor de Desembargador no Tribunal Regional de São Paulo da 2ª Região, tem atuação direta na área do Direito do Trabalho, com ênfase em Direito Material, Processual, Ambiental e Desportivo do Trabalho. É membro do Instituto Brasileiro de Direito Aplicado (IDA) e do Instituto Brasileiro de Direito Desportivo (IBDD).

O Projeto de Lei (PL) 4.330/2004, de autoria do Deputado Federal Sandro Mabel, foi aprovado na Câmara dos Deputados e, atualmente, segue seu trâmite perante o Senado Federal, com atual denominação de Projeto de Lei da Câmara (PLC) 30/2015.

Importante notar que nem todas as questões trazidas originalmente pelo PL 4.330/2004 foram mantidas no PLC 30/2015. Outras, porém, foram acrescentadas ao longo dos últimos dez anos de discussão envolvendo o tema, em especial aquelas surgidas em audiências públicas. E, no caso, uma dessas inovações, a exemplo da estipulação da responsabilidade solidária pelos créditos trabalhistas devidos aos terceirizados, se deu com a inclusão do § 3º ao artigo 4º, o qual, até o presente momento, tem a seguinte redação:

“Art. 4º É lícito o contrato de terceirização relacionado a parcela de qualquer atividade da contratante que obedeça aos requisitos previstos nesta Lei, não se configurando vínculo de emprego entre a contratante e os empregados da contratada, exceto se verificados os requisitos previstos nos arts. 2º e 3º da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.

(...)

§ 3º *É vedada a intermediação de mão de obra, salvo as exceções previstas em legislação específica.*” (destacou-se)

Logo, se aprovado o PLC 30/2015 e mantida a redação do § 3º do artigo 4º, não será permitido o uso da terceirização como instrumento de intermediação de mão de obra, exceto nas hipóteses previstas em legislação específica. Isso significa dizer que, segundo a futura lei de terceirização, a modalidade de contratação de serviços determinados e específicos, como nos casos, por exemplo, das atividades de “call center”, não se confunde, muito menos viabiliza e/ou fomenta a intermediação da mão de obra.

De se destacar que a ideia principal do legislador é, em síntese, evitar o mero fornecimento de mão de obra por empresa interposta. Para tal finalidade, e também a título exemplificativo, o ordenamento jurídico dispõe sobre os “serviços de vigilância e de transporte de valores”, disciplinados na Lei 7.102/1983. Desta forma, a finalidade primordial do PLC 30/2015 é aperfeiçoar a prestação de serviços por empresas terceirizadas que efetivamente possuam qualificação técnica para a sua execução, além de capacidade econômica compatível com o objeto do contrato.

Nesse sentido, se a terceirização de serviços for utilizada com o propósito apenas de ofertar mão de obra, restará caracterizada a prática de ato com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT, artigo 9º). E nesse contexto, será imperativo o reconhecimento de vínculo empregatício entre a contratante dos serviços terceirizados e os empregados da contratada, afinal, a força de trabalho deve ser vista como meio de colaboração, livre e eficaz, na produção de riquezas, e não considerada como simples “artigo ou mercadoria de comércio”, conforme dispõe o Tratado de Versalhes, de 1919.

Essa é a razão pela qual o labor na modalidade de contrato temporário (Lei 6.019/1974), que se traduz em mais um exemplo de legislação específica autorizadora da intermediação de mão de obra, não será objeto de revogação pelo atual PLC 30/2015, embora isso tivesse constado do texto inicial do PL 4.330/2004.

De resto, a terceirização passará a ser definida, nos termos do inciso I do artigo 2º do PLC 30/2015, como a “transferência feita pela contratante da execução de parcela de qualquer de suas atividades à contratada para que esta a realize na forma prevista nesta lei”. Conclui-se, daí, que será solucionada a controvérsia então existente no âmbito da jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho (TST) que, por meio do seu verbete sumular 331, faz expressa alusão e diferenciação entre atividade-fim e atividade-meio, para justificar a ilicitude ou não da terceirização e, conseqüentemente, impor responsabilidade à empresa contratante pelos débitos trabalhistas devidos e inadimplidos pela empresa terceirizada.

A NÃO INCIDÊNCIA DO IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS NA IMPORTAÇÃO DE BENS POR DESTINATÁRIO FINAL PESSOA FÍSICA

DANIELA SOARES ALVIENES: Servidora Pública do Estado e graduação em Direito.

RESUMO: A Constituição Federal em seu art. 153, IV, prevê que a União tem competência para instituir impostos sobre produtos industrializados. Em seu §3, prevê que este imposto será seletivo em função da essencialidade do produto, será não cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação com o montante cobrado nas anteriores, não incidirá sobre produtos industrializados destinados ao exterior, e terá reduzido seu impacto sobre a aquisição de bens de capital pelo contribuinte do imposto, na forma da lei.

Palavras-chave: Imposto. Produtos Industrializados. Operação. Não incidência. Importação. Bens. Pessoa Física.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho é uma análise crítica de julgado sobre a não incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), na importação de bens por destinatário final pessoa física, que de acordo com a Constituição Federal, compete a União instituir impostos sobre produtos industrializados, conforme estabeleceu em seu artigo 153, inciso IV. Mas uma parte desta arrecadação vai para os Estados e Municípios. A União mantém a cobrança nos portos no momento do desembarço aduaneiro, que é a liberação de uma mercadoria pela alfândega para a entrada no país. Hoje o IPI incide nas operações de que participa o industrial que industrializou o produto e não na venda do comerciante ao consumidor.

1 IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS(IPI)

1.1 BENS MÓVEIS

Conforme o artigo 82 do Código Civil, bens móveis são aqueles suscetíveis de movimento próprio ou de remoção por força alheia sem que isso altere a sua substância ou destinação econômica. Exemplos de bens que podem ser transportados sem a perda das suas características, são: cadeiras, eletrodomésticos, eletroeletrônicos, automóveis, entre outros.

Continuando no artigo 83 do Código Civil, considera-se bens móveis, as energias com valores econômicos; os direitos reais sobre os bens móveis e suas respectivas ações; os direitos pessoais de caráter patrimonial e suas respectivas ações.

2 A NÃO INCIDÊNCIA DO IPI NA IMPORTAÇÃO DE BENS POR DESTINATÁRIO FINAL PESSOA FÍSICA

Antes de assim ser chamado, o imposto sobre produtos industrializados era denominado de imposto sobre consumo de mercadorias, previsto na Constituição Federal de 1946, pois era pago pelos consumidores, hoje é preciso que se trate de operação com produto que tenha sido industrializado por um dos contratantes. Já numa venda entre comerciante e consumidor não incide IPI, pois não se trata de operação de produto industrializado por nenhuma das partes.[\[1\]](#)

A arrecadação do IPI é um dos maiores valores dos impostos federais, perdendo apenas para o imposto de renda, que embora seja competência da União tributar o IPI, parte desta arrecadação vai para os Estados e Municípios, como descreve a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 159, incisos I e II.

Art. 159. A União entregará: (Vide Emenda Constitucional nº 55, de 2007)

I - do produto da arrecadação dos impostos sobre renda e proventos de qualquer natureza e sobre produtos industrializados, 49% (quarenta e nove por cento), na seguinte forma: (Redação

dada pela Emenda Constitucional nº 84, de 2014)

a) vinte e um inteiros e cinco décimos por cento ao Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal;

b) vinte e dois inteiros e cinco décimos por cento ao Fundo de Participação dos Municípios;

c) três por cento, para aplicação em programas de financiamento ao setor produtivo das Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, através de suas instituições financeiras de caráter regional, de acordo com os planos regionais de desenvolvimento, ficando assegurada ao semi-árido do Nordeste a metade dos recursos destinados à Região, na forma que a lei estabelecer;

d) um por cento ao Fundo de Participação dos Municípios, que será entregue no primeiro decêndio do mês de dezembro de cada ano; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 55, de 2007)

e) 1% (um por cento) ao Fundo de Participação dos Municípios, que será entregue no primeiro decêndio do mês de julho de cada ano; (Incluída pela Emenda Constitucional nº 84, de 2014)

II - do produto da arrecadação do imposto sobre produtos industrializados, dez por cento aos Estados e ao Distrito Federal, proporcionalmente ao valor das respectivas exportações de produtos industrializados.

A importância do IPI decorre do seu caráter extrafiscal e sua natureza seletiva, ou seja, o imposto serve de instrumento para a implementação de políticas monetárias, econômicas, de comércio

exterior, de incentivo à produção, de determinados setores, entre outras e a seletividade, é que o legislador pode ajustar o impacto tributário que terá cada classe social, sendo capaz de suportar.

No artigo 153, §1º da Constituição Federal se tem a atenuação ao princípio da legalidade, possibilitando ao Poder Executivo a alteração das alíquotas, respeitando a anterioridade nonagesimal.

Uma das características fundamentais do IPI, é a seletividade, que acaba tornando o imposto um instrumento de justiça social, na medida em que o legislador ajusta o impacto tributário que cada classe social é capaz de suportar.[\[2\]](#)

O produto terá alíquotas diferenciadas dependendo de sua essencialidade. O que é essencial é consumido por toda a população, então terá uma alíquota menor, o que for supérfluo, desnecessário terá uma alíquota maior.[\[3\]](#)

Outra característica importante é a não cumulatividade, que também está prevista na Constituição Federal, o valor cobrado em cada operação de venda deve ser compensado com aquele montante pago nas etapas anteriores. Este princípio é obrigatório inclusive na importação[\[4\]](#)

Para que haja a incidência do IPI, necessita-se a existência de uma mercadoria, ou seja, a busca pelo lucro com a circulação de um produto, o que de fato não ocorre quando se trata de importador pessoa física, que não pratica atos de comércio com habitualidade, o qual se equipara ao consumidor final, se submetendo ao princípio da não-cumulatividade, na forma do artigo 153, § 3º, II da Constituição Federal. Uma vez que pessoa física importa o veículo para uso pessoal, não pode compensar o valor do IPI recolhido nem repassar depois.

Há previsão no Código Tributário Nacional de três fatos geradores para as operações de produtos industrializados, conforme prevê em seu artigo 46. O desembaraço aduaneiro quando de procedência estrangeira, a saída do produto industrializado de qualquer estabelecimento de importador,

industrial, comerciante ou arrematante e a sua arrematação, quando for apreendido ou abandonado e encaminhado a leilão. O contribuinte do imposto pode ser o importador, o industrial, o comerciante e o arrematante de produtos leiloados, que foram apreendidos ou abandonados.

É ilegal a cobrança do IPI para o procedimento de desembaraço aduaneiro de produto importado por pessoa física, pois, não é o importador, o destinatário da mercadoria contribuinte do imposto, ele é incapaz de aproveitar o crédito advindo da operação, o que fere o princípio da não cumulatividade.^[5]

Configura-se a não incidência quando não se tem previsão normativa para determinada situação atípica, o que prejudica a ocorrência do fato gerador e a formação da relação jurídica tributária.

Não se pode confundir a não incidência com a isenção, uma vez que na isenção a incidência do tributo acontece, mas a obrigação principal é dispensada por uma lei infraconstitucional, denominada de “lei isentiva” ^[6]

3 Análise do acórdão

Já houve uma orientação por parte do Supremo Tribunal Federal de que não há incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), na importação de veículo realizada por pessoa física, que não é comerciante e nem empresária é apenas para uso próprio.

Assim o Superior Tribunal de Justiça acompanha este posicionamento do STF em sua jurisprudência, no sentido de que não incide este imposto sobre a importação por pessoa física de produtos industrializados para uso próprio. Como é o caso do Agravo em Recurso Especial 245.312, do Estado do Paraná, de 9 de abril de 2013. Na qual o Ministro Ari Pargendler é o relator.

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE
PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS.

É inexigível o imposto sobre produtos industrializados na importação de veículo por pessoa física para uso próprio.

Agravo regimental desprovido.

Não se tem distinção por parte do legislador entre pessoa física ou jurídica ao se tratar do importador como contribuinte do imposto. Refere-se apenas ao importador ou quem a lei a ele equiparar, seja comerciante, industrial, prestador de serviço ou pessoa física, conforme argumentos da Fazenda Nacional no Agravo.

Assim como este acórdão do STJ como outros e também do STF, percebe-se que os precedentes afastam a cobrança do IPI nessas operações, sob o único fundamento da necessidade de aplicação do princípio da não cumulatividade, por ser inerente ao IPI.

A partir da leitura do acórdão, entende-se que o critério material para incidência do IPI não decorre do simples ingresso do produto no país, já que não é um imposto próprio do comércio exterior, mas sobre a produção de produtos industrializados. Pouco importando se o importador é pessoa física ou jurídica prestadora

de serviços, o que é preponderante é que tanto a pessoa física ou a jurídica não sejam contribuintes habituais.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tanto o Supremo Tribunal Federal quanto o Superior Tribunal de Justiça entendem que não há incidência de Imposto de Produtos Industrializados na importação de bens por pessoa física, não comerciante e nem empresária com destinação a uso próprio. Essa não incidência é constitucional e legal.

A Receita Federal exige o Imposto sobre Produtos Industrializados na importação de qualquer bem industrializado, não dependendo se o importador é ou não contribuinte do imposto. Consta-se que o importador pessoa física, não é contribuinte do imposto, pois vai contra o princípio da não cumulatividade. A pessoa física não pode usufruir dos créditos gerados pela exação.

Todos devemos obediência à Lei. A legalidade é um princípio que constitui pressuposto constitucional para a instituição de direitos e deveres do contribuinte. O Princípio da Legalidade no sistema tributário nacional tem objetivo de limitar o poder de tributar da União e Estados Federados. Se houver dúvida sobre o dever de se recolher ou como recolher determinado tributo, se é ou não devido, deve estar em lei complementar.

Logo, a Lei é o ponto de partida para a regulamentação do tributo, todos os atos devem estar submetidos ao Princípio da Legalidade e, no caso específico do IPI, somando-se o Princípio da não-cumulatividade, justifica-se sua não incidência em importações de produtos industrializados feitas por pessoas físicas.

O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça vem decidindo pela não incidência de Imposto sobre Produtos Industrializados na importação de bens que o destinatário final é pessoa física.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEJARRA, Luis Eduardo Oliveira. A não incidência do IPI no desembaraço aduaneiro de importação por pessoa física.

Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11932&revista_caderno=26>. Acesso em 29 de agosto de 2015.

ALENCASTRO, Carlos Henrique dos Santos. O IPI, o princípio da não cumulatividade e a importação de veículo para uso pessoal. Disponível em <<http://jus.com.br/artigos/36042/o-ipi-o-principio-da-nao-cumulatividade-e-a-importacao-de-veiculos-para-uso-pessoal>> Acesso em 19 de setembro de 2015.

Código Tributário Nacional. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5172.htm> Acesso em 19 de setembro de 2015.

Constituição Federal de 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 29 de agosto de 2015.

PAULSEN, Leandro; MELO, José Eduardo Soares de. Impostos federais, estaduais e municipais. 8ª Ed. Rev. Atual. Porto Alegre: Livr. do Advogado. 2013

STF. Importação sobre produtos industrializados por pessoa física. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28tribut%E1rio+ipi+pessoa+fisica%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/pzreemh>> Acesso em 27 de setembro de 2015.

STF. Importação sobre produtos industrializados por pessoa física. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28tribut%E1rio+ipi+peessoa+fisica%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/pzreemh>> Acesso em 27 de setembro de 2015

STJ. Importação sobre produtos industrializados por pessoa física. Disponível em: <<http://stj.jus.com.br/jurisprudencia/23340871/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-aresp-245312-pr-2012-0220718-9-stj/inteiro-teor-23340872>> Acesso em 21 de agosto de 2015.

STJ. Importação sobre produtos industrializados por pessoa física. AgRg no AREsp 204.994-PR. Relatoria Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Julgado em outubro de 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/36042/o-ipi-o-principio-da-nao-cumulatividade-e-a-importacao-de-veiculos-para-uso-pessoal#ixzz3mzeAomd6>> Acesso em 22 de setembro de 2015

STJ. Importação sobre produtos industrializados por pessoa física. Disponível em <

<http://www.direitonet.com.br/jurisprudencia/exibir/477284/STJ-REsp-411478-PR-RECURSO-ESPECIAL-2002-0014704-0>> Acesso em 27 de setembro de 2015

SILVA FILHO, Márcio Clemente Lima de Barros; CAMPOS, Hélio Sílvio Ourém. A incidência do ipi na importação de veículo automotor por pessoa física para uso próprio. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/1918/1916>> Acesso em 20

Notas:

[1] PAULSEN, Leandro; MELO, José Eduardo Soares de. Impostos federais, estaduais e municipais. 8ª Ed. Rev. Atual. Porto Alegre: Livr. do Advogado. 2013. Pg.89-92.

[2] ALEJARRA, Luis Eduardo Oliveira. A não incidência do IPI no desembaraço aduaneiro de importação por pessoa física. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11932&revista_caderno=26>. Acesso em 29 de agosto de 2015.

[3] PAULSEN, Leandro; MELO, José Eduardo Soares de. Impostos federais, estaduais e municipais. 8ª Ed. Rev. Atual. Porto Alegre: Livr. do Advogado. 2013. Pg.94-97.

[4] ALENCASTRO, Carlos Henrique dos Santos. O IPI, o princípio da não cumulatividade e a importação de veículo para uso pessoal. Disponível em < <http://jus.com.br/artigos/36042/o-ipi-o-principio-da-nao-cumulatividade-e-a-importacao-de-veiculos-para-uso-pessoal>> Acesso em 19 de setembro de 2015.

[5] ALEJARRA, Luis Eduardo Oliveira. A não incidência do IPI no desembaraço aduaneiro de importação por pessoa física. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11932&revista_caderno=26>. Acesso em 29 de agosto de 2015.

DA INTERVENÇÃO OU SUPRESSÃO EVENTUAL E DE BAIXO IMPACTO AMBIENTAL: ANOTAÇÕES À RESOLUÇÃO CONAMA Nº 369/2006

TAUÃ LIMA VERDAN RANGEL: Doutorando vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF), linha de Pesquisa Conflitos Urbanos, Rurais e Socioambientais. Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Especializando em Práticas Processuais - Processo Civil, Processo Penal e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário São Camilo-ES. Produziu diversos artigos, voltados principalmente para o Direito Penal, Direito Constitucional, Direito Civil, Direito do Consumidor, Direito Administrativo e Direito Ambiental.

Resumo: O meio ambiente artificial, também denominado humano, se encontra delimitado no espaço urbano construído, consistente no conjunto de edificações e congêneres, denominado, dentro desta sistemática, de espaço urbano fechado, bem como pelos equipamentos públicos, nomeados de espaço urbano aberto. Cuida salientar, ainda, que o meio-ambiente artificial alberga, ainda, ruas, praças e áreas verdes. Trata-se, em um primeiro contato, da construção pelo ser humano nos espaços naturais, isto é, uma transformação do meio-ambiente natural em razão da ação antrópica, dando ensejo à formação do meio-ambiente artificial. Além disso, pode-se ainda considerar alcançado por essa espécie de meio-ambiente, o plano diretor municipal e o zoneamento urbano. Nesta esteira, o parcelamento urbanístico do solo tem por escopo efetivar o cumprimento das funções sociais da sociedade, fixando regramentos para melhor aproveitamento do espaço urbano e, com isso, a obtenção da sadia qualidade de vida, enquanto valor agasalhado pelo princípio do meio ecologicamente equilibrado, preceituado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Ora, não se pode olvidar que o meio-ambiente artificial é o local, via de regra, em que o ser humano se desenvolve, enquanto indivíduo sociável, objetivando-se a sadia qualidade de vida nos espaços habitados.

Palavras-chaves: Meio Ambiente Artificial. Plano Diretor Urbano. Estatuto das Cidades. Supressão de Baixo Impacto Ambiental.

Sumário: 1 Ponderações Introdutórias: A construção teórica da Ramificação Ambiental do Direito; 2 Comentários à concepção de Meio Ambiente; 3 Ponderações ao Meio Ambiente Artificial: Introdução à Ambiência do Homem Contemporâneo; 4 Objetivo da Política de Desenvolvimento Urbano; 5 As Cidades Sustentáveis como Paradigma perseguido pelo Estatuto das Cidades: A Ambiência Urbana Contemporânea e seus matizes como o Meio Ambiente Artificial; 6 Da Intervenção ou Supressão Eventual e de Baixo Impacto Ambiental: Anotações à Resolução CONAMA Nº 369/2006.

1 Ponderações Introdutórias: A construção teórica da Ramificação Ambiental do Direito

Inicialmente, ao se dispensar um exame acerca do tema colocado em tela, patente se faz arrazoar que a Ciência Jurídica, enquanto um conjunto multifacetado de arcabouço doutrinário e técnico, assim como as robustas ramificações que a integram, reclama uma interpretação alicerçada nos plurais aspectos modificadores que passaram a influir em sua estruturação. Neste alar, lançando à tona os aspectos característicos de mutabilidade que passaram a orientar o Direito, tornou-se imperioso salientar, com a ênfase reclamada, que não mais subsiste uma visão arimada em preceitos estagnados e estanques, alheios às necessidades e às diversidades sociais que passaram a contornar os Ordenamentos Jurídicos. Ora, infere-se que não mais prospera o arcabouço imutável que outrora sedimentava a aplicação das leis, sendo, em decorrência dos anseios da população, suplantados em uma nova sistemática.

Cuida hastear, com bastante pertinência, como flâmula de interpretação o *“prisma de avaliação o brocardo jurídico 'Ubi societas, ibi jus', ou seja, 'Onde está a sociedade, está o Direito', tornando explícita e cristalina a relação de interdependência que esse binômio mantém”*[1]. Destarte, com clareza solar, denota-se que há uma interação consolidada na mútua dependência, já que o primeiro tem suas balizas fincadas no constante processo de evolução da sociedade, com o fito de que seus Diplomas Legislativos e institutos não fiquem inquinados de inaptidão e arcaísmo, em total descompasso com a realidade vigente. A segunda, por sua vez, apresenta estrutural dependência das regras consolidadas pelo Ordenamento Pátrio, cujo escopo primevo é assegurar que não haja uma vingança privada, afastando, por extensão, qualquer ranço que rememore priscas eras em que o homem valorizava a Lei de Talião (*“Olho por olho, dente por dente”*), bem como para evitar que se robusteça um cenário caótico no seio da coletividade.

Ademais, com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, imprescindível se fez adotá-la como maciço axioma de sustentação do Ordenamento Brasileiro, precipuamente quando se objetiva a amoldagem do texto legal, genérico e abstrato, aos complexos anseios e múltiplas necessidades que influenciam a realidade contemporânea. Ao lado disso, há que se citar o voto magistral voto proferido pelo Ministro Eros Grau, ao apreciar a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº. 46/DF, *“o direito é um organismo vivo, peculiar porém porque não envelhece, nem permanece jovem, pois é contemporâneo à realidade. O direito é um dinamismo. Essa, a sua força, o seu fascínio, a sua beleza”*[2]. Como bem pontuado, o fascínio da Ciência Jurídica jaz, justamente, na constante e imprescindível mutabilidade que apresenta, decorrente do dinamismo que reverbera na sociedade e orienta a aplicação dos Diplomas Legais e os institutos jurídicos neles consagrados.

Ainda neste substrato de exposição, pode-se evidenciar que a concepção pós-positivista que passou a permear o Direito, ofertou, por via de consequência, uma rotunda independência dos estudiosos e profissionais da Ciência Jurídica. Aliás, há que se citar o entendimento de Verdan, *“esta doutrina é o ponto culminante de uma progressiva evolução acerca do valor atribuído aos princípios em face da legislação”*[3]. Destarte, a partir de uma análise profunda dos mencionados sustentáculos, infere-se que o ponto central da corrente pós-positivista cinge-se à valoração da robusta tábua principiológica que Direito e, por conseguinte, o arcabouço normativo passando a figurar, nesta tela, como normas de cunho vinculante, flâmulas hasteadas a serem adotadas na aplicação e interpretação do conteúdo das leis, diante das situações concretas.

Nas últimas décadas, o aspecto de mutabilidade tornou-se ainda mais evidente, em especial, quando se analisa a construção de novos que derivam da Ciência Jurídica. Entre estes, cuida destacar a ramificação ambiental, considerando como um ponto de congruência da formação de novos ideários e cânones, motivados, sobretudo, pela premissa de um manancial de novos valores adotados. Nesta trilha de argumentação, de boa técnica se apresenta os ensinamentos de Fernando de Azevedo Alves Brito que, em seu artigo, aduz: *“Com a intensificação, entretanto, do interesse dos estudiosos do Direito pelo assunto, passou-se a desvendar as peculiaridades ambientais, que, por estarem muito mais ligadas às ciências biológicas, até então era marginalizadas”*[4]. Assim, em decorrência da proeminência que os temas ambientais vêm, de maneira paulatina, alcançando, notadamente a partir das últimas discussões internacionais envolvendo a necessidade de um desenvolvimento econômico pautado em sustentabilidade, não é raro que prospere, mormente em razão de novos fatores, um verdadeiro remodelamento ou mesmo uma releitura dos conceitos que abalizam a ramificação ambiental do Direito, com o fito de permitir que ocorra a

conservação e recuperação das áreas degradadas, primordialmente as culturais.

Ademais, há de ressaltar ainda que o direito ambiental passou a figurar, especialmente, depois das décadas de 1950 e 1960, como um elemento integrante da farta e sólida tábua de direitos fundamentais. Calha realçar, com cores quentes, que mais contemporâneos, os direitos que constituem a terceira dimensão recebem a alcunha de direitos de fraternidade ou, ainda, de solidariedade, contemplando, em sua estrutura, uma patente preocupação com o destino da humanidade^[5]. Ora, daí se verifica a inclusão de meio ambiente como um direito fundamental, logo, está umbilicalmente atrelado com humanismo e, por extensão, a um ideal de sociedade mais justa e solidária. Nesse sentido, ainda, é plausível citar o artigo 3º., inciso I, da Carta de 1988 que abriga em sua redação tais pressupostos como os princípios fundamentais do Estado Democrático de Direitos: “**Art. 3º - Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária**” ^[6].

Ainda nesta esteira, é possível verificar que a construção dos direitos encampados sob a rubrica de terceira dimensão tende a identificar a existência de valores concernentes a uma determinada categoria de pessoas, consideradas enquanto unidade, não mais prosperando a típica fragmentação individual de seus componentes de maneira isolada, tal como ocorria em momento pretérito. Com o escopo de ilustrar, insta trazer à colação o entendimento do Ministro Celso de Mello, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade N°. 1.856/RJ, em especial quando coloca em destaque que:

Cabe assinalar, Senhor Presidente, que os direitos de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos, genericamente, e

de modo difuso, a todos os integrantes dos agrupamentos sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem, por isso mesmo, ao lado dos denominados direitos de quarta geração (como o direito ao desenvolvimento e o direito à paz), um momento importante no processo de expansão e reconhecimento dos direitos humanos, qualificados estes, enquanto valores fundamentais indisponíveis, como prerrogativas impregnadas de uma natureza essencialmente inexaurível[7].

Ora, é conveniente anotar que os direitos inseridos sob a rubrica *terceira dimensão* assenta seus feixes principiológicos na promoção e difusão da solidariedade. Ao lado disso, não é possível olvidar que tal sedimento ideológico volta-se para a espécie humana na condição de coletividade, superando a tradicional ótica que privilegia o aspecto individual do ser humano. Ademais, segundo o magistério de Paulo Bonavides, “*têm primeiro por destinatários o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta*”[8]. Com efeito, os direitos de terceira dimensão, dentre os quais se inclui ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, positivado na Constituição Federal de 1988, emerge com um claro e tangível aspecto de familiaridade, como ápice da evolução e concretização dos direitos fundamentais.

2 Comentários à concepção de Meio Ambiente

Em uma primeira plana, ao lançar mão do sedimentado jurídico-doutrinário apresentado pelo inciso I do artigo 3º da Lei Nº. 6.938, de 31 de agosto de 1981[9], que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências, salienta que o meio ambiente consiste no conjunto e conjunto de condições, leis e influências de

ordem química, física e biológica que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas. Com o escopo de promover uma facilitação do aspecto conceitual apresentado, é possível verificar que o meio ambiente se assenta em um complexo diálogo de fatores abióticos, provenientes de ordem química e física, e bióticos, consistentes nas plurais e diversificadas formas de seres vivos. Consoante os ensinamentos de Silva, considera-se meio-ambiente como *“a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas”*[\[10\]](#).

Nesta senda, ainda, Fiorillo[\[11\]](#), ao tecer comentários acerca da acepção conceitual de meio ambiente, coloca em destaque que tal tema se assenta em um ideário jurídico indeterminado, incumbindo, ao intérprete das leis, promover o seu preenchimento. Dada à fluidez do tema, é possível colocar em evidência que o meio ambiente encontra íntima e umbilical relação com os componentes que cercam o ser humano, os quais são de imprescindível relevância para a sua existência. O Ministro Luiz Fux, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade N°. 4.029/, salientou, com bastante pertinência, que:

(...) o meio ambiente é um conceito hoje geminado com o de saúde pública, saúde de cada indivíduo, sadia qualidade de vida, diz a Constituição, é por isso que estou falando de saúde, e hoje todos nós sabemos que ele é imbricado, é conceitualmente geminado com o próprio desenvolvimento. Se antes nós dizíamos que o meio ambiente é compatível com o desenvolvimento, hoje nós dizemos, a partir da Constituição, tecnicamente, que não pode haver desenvolvimento senão com o meio ambiente ecologicamente equilibrado. A geminação do

conceito me parece de rigor técnico, porque salta da própria Constituição Federal[12].

É denotável, desta sorte, que a constitucionalização do meio ambiente no Brasil viabilizou um verdadeiro salto qualitativo, no que concerne, especificamente, às normas de proteção ambiental. Tal fato decorre da premissa que os robustos corolários e princípios norteadores foram alçados ao patamar constitucional, assumindo colocação eminente, ao lado das liberdades públicas e dos direitos fundamentais. Superadas tais premissas, aprovou o Constituinte, ao entalhar a Carta Política Brasileira, ressoando os valores provenientes dos direitos de terceira dimensão, insculpir na redação do artigo 225, conceder amplo e robusto respaldo ao meio ambiente como pilar integrante dos direitos fundamentais. “*Com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, as normas de proteção ambiental são alçadas à categoria de normas constitucionais, com elaboração de capítulo especialmente dedicado à proteção do meio ambiente*”[13]. Nesta toada, ainda, é observável que o *caput* do artigo 225 da Constituição Federal de 1988[14] está abalizado em quatro pilares distintos, robustos e singulares que, em conjunto, dão corpo a toda tábua ideológica e teórica que assegura o substrato de edificação da ramificação ambiental.

Primeiramente, em decorrência do tratamento dispensado pelo artífice da Constituição Federal, o meio ambiente foi içado à condição de direito de todos, presentes e futuras gerações. É encarado como algo pertencente a toda coletividade, assim, por esse prisma, não se admite o emprego de qualquer distinção entre brasileiro nato, naturalizado ou estrangeiro, destacando-se, sim, a necessidade de preservação, conservação e não-poluição. O artigo 225, devido ao cunho de direito difuso que possui, extrapola os limites territoriais do Estado Brasileiro, não ficando centrado, apenas, na extensão nacional, compreendendo toda a humanidade.

Neste sentido, o Ministro Celso de Mello, ao apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade N° 1.856/RJ, destacou que:

A preocupação com o meio ambiente - que hoje transcende o plano das presentes gerações, para também atuar em favor das gerações futuras (...) tem constituído, por isso mesmo, objeto de regulações normativas e de proclamações jurídicas, que, ultrapassando a província meramente doméstica do direito nacional de cada Estado soberano, projetam-se no plano das declarações internacionais, que refletem, em sua expressão concreta, o compromisso das Nações com o indeclinável respeito a esse direito fundamental que assiste a toda a Humanidade^[15].

O termo “todos”, aludido na redação do *caput* do artigo 225 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, faz menção aos já nascidos (presente geração) e ainda aqueles que estão por nascer (futura geração), cabendo àqueles zelar para que esses tenham à sua disposição, no mínimo, os recursos naturais que hoje existem. Tal fato encontra como arrimo a premissa que foi reconhecido ao gênero humano o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao gozo de condições de vida adequada, em ambiente que permita desenvolver todas as suas potencialidades em clima de dignidade e bem-estar. Pode-se considerar como um direito transgeracional, ou seja, ultrapassa as gerações, logo, é viável afirmar que o meio-ambiente é um direito público subjetivo. Desta feita, o ideário de que o meio ambiente substancializa patrimônio público a ser imperiosamente assegurado e protegido pelos organismos sociais e pelas instituições estatais, qualificando verdadeiro encargo irrenunciável que se impõe, objetivando sempre o benefício das presentes e das futuras gerações, incumbindo tanto

ao Poder Público quanto à coletividade considerada em si mesma. Assim, decorrente de tal fato, produz efeito *erga omnes*, sendo, portanto, oponível contra a todos, incluindo pessoa física/natural ou jurídica, de direito público interno ou externo, ou mesmo de direito privado, como também ente estatal, autarquia, fundação ou sociedade de economia mista. Impera, também, evidenciar que, como um direito difuso, não subiste a possibilidade de quantificar quantas são as pessoas atingidas, pois a poluição não afeta tão só a população local, mas sim toda a humanidade, pois a coletividade é indeterminada. O direito à integridade do meio ambiente substancializa verdadeira prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, ressoando a expressão robusta de um poder deferido, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas num sentido mais amplo, atribuído à própria coletividade social.

Com a nova sistemática entabulada pela redação do artigo 225 da Carta Maior, o meio-ambiente passou a ter autonomia, tal seja não está vinculada a lesões perpetradas contra o ser humano para se agasalhar das reprimendas a serem utilizadas em relação ao ato perpetrado. Figura-se, *ergo*, como bem de uso comum do povo o segundo pilar que dá corpo aos sustentáculos do tema em tela. O axioma a ser esmiuçado, está atrelado o meio-ambiente como vetor da sadia qualidade de vida, ou seja, manifesta-se na salubridade, precipuamente, ao vincular a espécie humana está se tratando do bem-estar e condições mínimas de existência. Igualmente, o sustentáculo em análise se corporifica também na higidez, ao cumprir os preceitos de ecologicamente equilibrado, salvaguardando a vida em todas as suas formas (diversidade de espécies). Por derradeiro, o quarto pilar é a corresponsabilidade, que impõe ao Poder Público o dever geral de se responsabilizar por todos os elementos que integram o meio ambiente, assim como a condição positiva de atuar em prol de resguardar. Igualmente, tem a obrigação de atuar no sentido de zelar, defender e preservar, asseverando que o meio-ambiente permaneça intacto. Aliás, este

último se diferencia de conservar que permite a ação antrópica, viabilizando melhorias no meio ambiente, trabalhando com as premissas de desenvolvimento sustentável, aliando progresso e conservação. Por seu turno, o cidadão tem o dever negativo, que se apresenta ao não poluir nem agredir o meio-ambiente com sua ação. Além disso, em razão da referida corresponsabilidade, são titulares do meio ambiente os cidadãos da presente e da futura geração.

Em tom de arremate, é possível destacar que a incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresarias nem manter dependência de motivações de âmbito essencialmente econômico, notadamente quando estiver presente a atividade econômica, considerada as ordenanças constitucionais que a norteiam, estando, dentre outros corolários, subordinadas ao preceito que privilegia a defesa do meio ambiente, que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral. O corolário do desenvolvimento sustentável, além de estar impregnando de aspecto essencialmente constitucional, encontra guarida legitimadora em compromissos e tratados internacionais assumidos pelo Estado Brasileiro, os quais representam fator de obtenção do justo equilíbrio entre os reclamos da economia e os da ecologia, porém, a invocação desse preceito, quando materializada situação de conflito entre valores constitucionais e proeminentes, a uma condição inafastável, cuja observância não reste comprometida nem esvaziada do aspecto essencial de um dos mais relevantes direitos fundamentais, qual seja: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações.

3 Ponderações ao Meio Ambiente Artificial: Introdução à Ambiência do Homem Contemporâneo

O meio ambiente artificial, também denominado humano, se encontra delimitado no espaço urbano construído, consistente no conjunto de edificações e congêneres, denominado, dentro desta sistemática, de espaço urbano fechado, bem como pelos equipamentos públicos, nomeados de espaço urbano aberto, como tão bem salienta Fiorillo^[16]. Cuida salientar, ainda, que o meio-ambiente artificial alberga, ainda, ruas, praças e áreas verdes. Trata-se, em um primeiro contato, da construção pelo ser humano nos espaços naturais, isto é, uma transformação do meio-ambiente natural em razão da ação antrópica, dando ensejo à formação do meio-ambiente artificial. Além disso, pode-se ainda considerar alcançado por essa espécie de meio-ambiente, o plano diretor municipal e o zoneamento urbano. É possível ilustrar as ponderações estruturadas utilizando o paradigmático entendimento jurisprudencial que direciona no sentido que:

Ementa: Administrativo. Conflito negativo de competência. Ação civil pública. Propaganda eleitoral. Degradação do meio ambiente. Ausência de matéria eleitoral. Competência da Justiça Estadual. [...] 4. A pretensão ministerial na ação civil pública, voltada à tutela ao meio ambiente, direito transindividual de natureza difusa, consiste em obrigação de fazer e não fazer e, apesar de dirigida a partidos políticos, demanda uma observância de conduta que extravasa período eleitoral, apesar da maior incidência nesta época, bem como não constitui aspecto inerente ao processo eleitoral. 5. A ação civil pública ajuizada imputa conduta tipificada no art. 65 da Lei 9.605/98 em face do dano

impingido ao meio ambiente, no caso especificamente, artificial, formado pelas edificações, equipamentos urbanos públicos e comunitários e todos os assentamentos de reflexos urbanísticos, conforme escólio do Professor José Afonso da Silva. Não visa delimitar condutas regradas pelo direito eleitoral; visa tão somente a tutela a meio ambiente almejando assegurar a função social da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes, nos termos do art. 182 da Constituição Federal. 6. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo de Direito da 2ª Vara Cível de Maceió - AL, ora suscitado. (Superior Tribunal de Justiça – Primeira Seção/ CC 113.433/AL/ Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima/ Julgado em 24.08.2011/ Publicado no DJe em 19.12.2011).

Ementa: Processual civil e administrativo. Ação civil pública. Praças, jardins e parques públicos. Direito à cidade sustentável. Art. 2º, incisos I e IV, d Lei 10.257/01 (Estatuto da Cidade). Doação de bem imóvel municipal de uso comum à União para construção de agência do INSS. Desafetação. Competência. Inaplicabilidade da súmula 150/STJ. Exegese de normas locais (Lei Orgânica do Município de Esteio/RS). [...] 2. Praças, jardins, parques e bulevares públicos urbanos constituem uma das mais expressivas manifestações do processo civilizatório, porquanto encarnam o ideal de qualidade de vida da cidade, realidade físico-cultural refinada no decorrer de longo processo histórico em que a urbe se viu transformada, de

amontoado caótico de pessoas e construções toscas adensadas, em ambiente de convivência que se pretende banhado pelo saudável, belo e aprazível. 3. Tais espaços públicos são, modernamente, objeto de disciplina pelo planejamento urbano, nos termos do art. 2º, IV, da Lei 10.257/01 (Estatuto da Cidade), e concorrem, entre seus vários benefícios supraindividuais e intangíveis, para dissolver ou amenizar diferenças que separam os seres humanos, na esteira da generosa acessibilidade que lhes é própria. Por isso mesmo, fortalecem o sentimento de comunidade, mitigam o egoísmo e o exclusivismo do domínio privado e viabilizam nobres aspirações democráticas, de paridade e igualdade, já que neles convivem os multifacetários matizes da população: abertos a todos e compartilhados por todos, mesmo os "indesejáveis", sem discriminação de classe, raça, gênero, credo ou moda. 4. Em vez de resíduo, mancha ou zona morta - bolsões vazios e inúteis, verdadeiras pedras no caminho da plena e absoluta explorabilidade imobiliária, a estorvarem aquilo que seria o destino inevitável do adensamento -, os espaços públicos urbanos cumprem, muito ao contrário, relevantes funções de caráter social (recreação cultural e esportiva), político (palco de manifestações e protestos populares), estético (embelezamento da paisagem artificial e natural), sanitário (ilhas de tranquilidade, de simples contemplação ou de escape da algazarra de multidões de gente e veículos) e ecológico (refúgio para a biodiversidade local). Daí o dever não

discricionário do administrador de instituí-los e conservá-los adequadamente, como elementos indispensáveis ao direito à cidade sustentável, que envolve, simultaneamente, os interesses das gerações presentes e futuras, consoante o art. 2º, I, da Lei 10.257/01 (Estatuto da Cidade). [...] 8. Recurso Especial não provido. (Superior Tribunal de Justiça – Segunda Turma/ REsp 1.135.807/RS/ Relator: Ministro Herman Benjamin/ Julgado em 15.04.2010/ Publicado no DJe em 08.03.2012)

O domínio em apreço é caracterizado por ser fruto da interferência humana, logo, *“aquele meio-ambiente trabalhado, alterado e modificado, em sua substância, pelo homem, é um meio-ambiente artificial”*[\[17\]](#). Como robusto instrumento legislativo de tutela do meio ambiente artificial, pode-se citar a Lei Nº. 10.257, de 10 de Julho de 2001[\[18\]](#), que regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências, conhecido como “Estatuto da Cidade”, estabelece os regramentos e princípios influenciadores da implementação da política urbana. Nesta esteira, cuida trazer à colação o entendimento firmado por Fiorillo, em especial quando destaca que o diploma legislativo em apreço *“deu relevância particular, no âmbito do planejamento municipal, tanto ao plano diretor (art. 4º, III, a, bem como arts. 39 a 42 do Estatuto) como à disciplina do parcelamento, uso e ocupação do solo”* [\[19\]](#).

Com efeito, um dos objetivos da política de desenvolvimento urbano previsto no artigo 182 da Constituição Federal[\[20\]](#), são as funções sociais da cidade, que se realizam quando se consegue propiciar ao cidadão qualidade de vida, com concretização dos direitos fundamentais, e em consonância com o que disciplina o artigo 225 da Carta Magna, que garante a todos o direito ao meio

ambiente ecologicamente equilibrado. E as funções sociais da cidade se concretizam quando o Poder Público consegue dispensar ao cidadão o direito à habitação, à livre circulação, ao lazer e ao trabalho. Ora, “*dado ao conteúdo pertinente ao meio ambiente artificial, este em muito relaciona-se à dinâmica das cidades. Desse modo, não há como desvinculá-lo do conceito de direito à sadia qualidade de vida*”^[21], tal como o direito à satisfação dos valores da dignidade humana e da própria vida.

Nesta esteira, o parcelamento urbanístico do solo tem por escopo efetivar o cumprimento das funções sociais da sociedade, fixando regramentos para melhor aproveitamento do espaço urbano e, com isso, a obtenção da sadia qualidade de vida, enquanto valor agasalhado pelo princípio do meio ecologicamente equilibrado, preceituado na Carta de 1988. Neste sentido, colacionar se faz premente o entendimento jurisprudencial que:

Ementa: Apelação Cível. Direito Público. Município de Caxias do Sul. Planejamento Urbanístico. Estatuto da Cidade. Plano Diretor. Código de Posturas Municipal. Construção de Passeio Público. Meio Ambiente Artificial. O passeio público deve estar em conformidade com a legislação municipal, sobretudo com o Código de Posturas do Município e o Plano Diretor. Tal faz parte da política de desenvolvimento municipal, com o adequado planejamento e controle do uso, parcelamento e ocupação do solo urbano, nos exatos termos em que disciplina a Constituição Federal e a legislação infraconstitucional que regulamenta a matéria. A prova pericial carreada aos autos demonstra a total viabilidade de adequação do passeio público de frente à residência dos autores, não se podendo admitir que eventual

prejuízo causado aos demais réus, moradores vizinhos, que utilizam a área para acesso à sua residência, venha a ser motivo para a não regularização da área, de acordo com o planejamento municipal em termos de desenvolvimento urbano. Eventual desgaste entre os autores e seus vizinhos deverá ser resolvido em demanda própria que não esta. Se os vizinhos dos demandantes utilizam o passeio público em frente à residência dos autores como entrada de suas casas, terão que deixar de fazê-lo e também se adequarem ao que disciplina a lei. O que não pode é o Município ser proibido de fiscalizar e de fazer cumprir com legislação que é, ou deveria ser, aplicável a todos. Recurso Provido. (Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – Primeira Câmara Cível/ Apelação Cível Nº 70038560991/ Relator: Desembargador Carlos Roberto Lofego Canibal/ Julgado em 11.05.2011).

EMENTA: Administrativo. Poluição Visual. Propaganda em meio aberto (frontlights, moving signs, outdoors). Ilegalidade. 1. Cabe ao Município regular e policiar a propaganda em meio aberto, seja qual for o veículo (frontlights, moving signs, outdoors), pois tal atividade é altamente nociva ao meio ambiente artificial e, no caso da cidade de Porto Alegre, provocou grosseira poluição visual, de acordo com a prova técnica. É necessária prévia licença para expor propaganda no meio aberto e a prova revelou que as empresas exploradoras dessa atividade econômica não se ocuparam em cumprir a lei. Demonstrado o dano ao meio ambiente, devem

os responsáveis indenizá-lo, fixando-se o valor da reparação pecuniária em valor módico. Por outro lado, mostra-se prematura a fixação de multa ante a necessidade de examinar caso a caso as hipóteses de remoção na execução. 2. Apelações das rés desprovidas e apelação do município provida em parte. (Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – Quarta Câmara Cível/ Apelação Cível Nº 70011527215/ Relator: Desembargador Araken de Assis/ Julgado em 30.11.2005).

Assim, é plenamente possível traçar um íntimo liame entre o conceito de cidade e os próprios paradigmas integrantes do meio-ambiente artificial. Ora, não se pode olvidar que o meio-ambiente artificial é o local, via de regra, em que o ser humano se desenvolve, enquanto indivíduo sociável, objetivando-se a sadia qualidade de vida nos espaços habitados. Deste modo, temas como a poluição sonora ou mesmo visual se revelam dotados de grande relevância, eis que afetam ao complexo equilíbrio existentes no meio-ambiente urbano, prejudicando, direta ou indiretamente, a saúde, a segurança e o bem-estar da população, tal como a criar condições adversas às atividades dotadas de cunho social e econômico ou mesmo afetando as condições estéticas ou sanitárias em que são estabelecidas.

4 Objetivo da Política de Desenvolvimento Urbano:

Inicialmente, cuida anotar que o meio ambiente artificial não está disciplinado tão somente na redação do artigo 225 da Constituição Federal^[22], mas sim é regido por múltiplos dispositivos dentre os quais o artigo 182 do Texto Constitucional, que disciplina a política urbana, desempenha papel proeminente no tema em comento. Nesta toada, é possível evidenciar que o meio ambiente recebe uma tutela mediata e imediata. “*Tutelando de*

forma mediata, revela-se o art. 225 da Constituição Federal, em que encontramos uma proteção geral ao meio ambiente. Imediatamente, todavia, o meio ambiente artificial recebe tratamento jurídico no art. 182 do mesmo diploma^[23]. Salta aos olhos, deste modo, que o conteúdo atinente ao meio ambiente artificial está umbilicalmente atrelado à dinâmica das cidades, não sendo possível, por consequência, desvincula-lo da sadia qualidade de vida, tal como a satisfação dos valores estruturantes da dignidade humana e da própria existência do indivíduo. A política urbana afixa como preceito o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade, sendo esta observada na satisfação dos axiomas alocados nos artigos 5º e 6º da Carta da República Federativa do Brasil de 1988^[24]. Ora, sobreleva ponderar que a função social da cidade é devidamente materializada quando esta proporciona a seus habitantes o direito à vida, à segurança, à igualdade, à propriedade e à liberdade, tal como assegura a todos um piso vital mínimo, abrangendo os direitos sociais à educação, à saúde, ao lazer, ao trabalho, à previdência social, à maternidade, à infância, à assistência aos desamparados, dentre outros insertos na redação do artigo 6º do Texto Constitucional vigente.

Com efeito, não se pode olvidar que o pleno desenvolvimento reclama uma participação municipal intensa, consoante estabelece a redação do inciso VIII do artigo 30 da Constituição Federal^[25], *“que atribui ao Município a competência de promover o adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano*^[26], tal como estabelecendo competência suplementar residual. Em um aspecto mais amplo, é possível destacar que a função social da cidade é devidamente atendida quando propicia a seus habitantes uma vida com qualidade, satisfazendo os direitos fundamentais, mantendo harmonia com os feixes axiomáticos irradiados pelo artigo 225 da Carta de 1988. Nesta perspectiva, é possível destacar que uma cidade só cumpre a sua função social

quando possibilita aos seus habitantes uma moradia digna, incumbindo o Poder Público, por conseguinte, proporcionar condições de habitação adequada e fiscalizar sua ocupação. Tais ponderações são, ainda mais, robustecidas ao se verificar que a Constituição Federal, em seus artigos 183[27] e 191[28], consagrou modalidades especiais de usucapião urbano e rural. “*Outra função importante da cidade é permitir a livre e tranquila circulação, através de um adequado sistema da rede viária e de transportes, contribuindo com a melhoria dos transportes coletivos*”[29]. O tema em debate recebe ainda mais realce nos grandes centros urbanos, porquanto o trânsito caótico se apresenta como um óbice à livre e adequada circulação. Além disso, para uma cidade cumprir a sua função social é imprescindível que destine áreas ao lazer e à recreação, edificando praças e implementando áreas verdes. Incumbe, ainda, à cidade viabilizar o desenvolvimento de atividades laborativas, produzindo reais possibilidades de trabalho aos seus habitantes, com o escopo de assegurar a existência de condições econômicas destinadas à realização do consumo de produtos e serviços fundamentais para a existência da pessoa humana, bem como da ordem econômica estabelecida no país.

5 As Cidades Sustentáveis como Paradigma perseguido pelo Estatuto das Cidades: A Ambiência Urbana Contemporânea e seus matizes como o Meio Ambiente Artificial

Agasalhado nas ponderações articuladas alhures, é verificável que o Estatuto das Cidades, na condição de lei que ambiciona o equilíbrio ambiental na órbita das cidades, estabeleceu a garantia do direito a cidades sustentáveis, colocando-a como diretriz geral entalhada na redação do artigo 2º, inciso I, da Lei Nº. 10.257, de 10 de Julho de 2001[30], que regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Desta feita, “os direitos

enumerados no art. 2º, I, do Estatuto da Cidade, garantidos também pela Lei n. 10.257/2001, têm caráter meta individual, sendo tutelados não só pelo próprio Estatuto da Cidade como particularmente pelas Leis n. 7.347/85 e 8.078/90”[\[31\]](#).

Nesta seara, a garantia do direito a cidades sustentáveis significa, por extensão, importante diretriz destinada a nortear a política do desenvolvimento urbano em proveito da dignidade da pessoa humana e seus destinatários, compreendendo-se os brasileiros e os estrangeiros residentes no território nacional, a ser executada pelo Poder Público municipal, dentro da denominada tutela dos direitos materiais meta individuais. Decorre de tal ideário a necessidade de estabelecer-se o conteúdo de cada um dos direitos que edificam a garantia do direito a cidades sustentáveis, no viés de adotar posição clara diante da defesa em decorrência de episódica lesão ou ameaça a esse rol de importantes componentes constituintes do meio ambiente artificial. Há que se destacar que se trata, com efeito, de diretriz geral vinculada aos objetivos da política urbana estabelecida como patamar de direitos meta individuais destinados a brasileiros e estrangeiros residentes no território nacional, a partir de uma perspectiva de tutela do meio ambiente artificial, objetivando realizar os objetivos contidos na Lei Nº. 10.257, de 10 de Julho de 2001[\[32\]](#), que regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências.

Com clareza solar, é perceptível que apenas por meio dos instrumentos da política urbana, estabelecida no Estatuto das Cidades, que será possível a concreção da gama de direitos agasalhados em seu âmago, afigurando, neste aspecto, proeminente a gestão orçamentária participativa alçada ao status de importante instituto econômico orientado a viabilizar recursos financeiros para que cada cidade possa estruturar seu desenvolvimento pautado na sustentabilidade em face não apenas de suas necessidades, mas também de suas possibilidades. Estabelecido em decorrência da estruturação do direito ambiental

constitucional, como bem afixa Fiorillo, “a garantia do direitos a cidades sustentáveis em nada se vincula com superados conceitos de direito administrativo que teimam em compreender as cidades como ‘abstrações’ única e exclusivamente formais adaptadas ao ‘princípio da legalidade’”^[33].

Desta feita, harmonizando-se com os alicerces estruturantes do Estado Democrático do Direito, é possível colocarem destaque que a diretriz geral que consagra a garantia do direito a cidades sustentáveis propiciará a todos os brasileiros e estrangeiros residentes em território nacional uma tutela mais adequada do equilíbrio ambiental. Com efeito, trata-se de paradigma jurídica impregnado de aspectos de solidariedade, bem como de valores provenientes do meio ambiente ecologicamente equilibrado, içado à condição de princípio fundamental que viabiliza a materialização da dignidade da pessoa humana. Ao lado disso, denota-se que o Estatuto das Cidades, na condição de diploma inspirado pelos valores consagrados pela nova ordem inaugurada pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, objetiva a materialização de uma nova realidade na qual seja possível conjugar a urbanização com o meio ambiente, de modo a obter núcleos urbanos sustentáveis e sensíveis aos elementos primordiais para se alcançar a materialização do super princípio da dignidade da pessoa humana.

6 Da Intervenção ou Supressão Eventual e de Baixo Impacto Ambiental: Anotações à Resolução CONAMA Nº 369/2006

Em um primeiro comentário, cuida explicitar que as áreas verdes urbanas compreendem extensões com função ecológica, estética e de lazer, no entanto, com uma extensão maior que as praças e jardins públicos. De acordo com o artigo 10 da Resolução CONAMA Nº 369, de 28 de março de 2006, que dispõe sobre os casos excepcionais, de utilidade pública, interesse social ou baixo

impacto ambiental, que possibilitam a intervenção ou supressão de vegetação em Área de Preservação Permanente-APP, o órgão ambiental competente poderá autorizar em qualquer ecossistema a intervenção ou supressão de vegetação, eventual e de baixo impacto ambiental, em APP. Considera-se, nos termos do artigo 11 da resolução supramencionada, intervenção ou supressão de vegetação, eventual e de baixo impacto ambiental, em APP: I - abertura de pequenas vias de acesso interno e suas pontes e pontilhões, quando necessárias à travessia de um curso de água, ou à retirada de produtos oriundos das atividades de manejo agroflorestal sustentável praticado na pequena propriedade ou posse rural familiar; II - implantação de instalações necessárias à captação e condução de água e efluentes tratados, desde que comprovada a outorga do direito de uso da água, quando couber; III - implantação de corredor de acesso de pessoas e animais para obtenção de água; IV - implantação de trilhas para desenvolvimento de ecoturismo; V - construção de rampa de lançamento de barcos e pequeno ancoradouro; VI - construção de moradia de agricultores familiares, remanescentes de comunidades quilombolas e outras populações extrativistas e tradicionais em áreas rurais da região amazônica ou do Pantanal, onde o abastecimento de água se de pelo esforço próprio dos moradores.

Considera-se, ainda, nos termos do artigo 11 da resolução supramencionada, intervenção ou supressão de vegetação, eventual e de baixo impacto ambiental, em APP: VII - construção e manutenção de cercas de divisa de propriedades; VIII - pesquisa científica, desde que não interfira com as condições ecológicas da área, nem enseje qualquer tipo de exploração econômica direta, respeitados outros requisitos previstos na legislação aplicável; IX - coleta de produtos não madeireiros para fins de subsistência e produção de mudas, como sementes, castanhas e frutos, desde que eventual e respeitada a legislação específica a respeito do acesso a recursos genéticos; X - plantio de espécies nativas produtoras de

frutos, sementes, castanhas e outros produtos vegetais em áreas alteradas, plantados junto ou de modo misto; XI - outras ações ou atividades similares, reconhecidas como eventual e de baixo impacto ambiental pelo conselho estadual de meio ambiente.

Em todos os casos, incluindo os reconhecidos pelo conselho estadual de meio ambiente, a intervenção ou supressão eventual e de baixo impacto ambiental de vegetação em APP não poderá comprometer as funções ambientais destes espaços, especialmente: I - a estabilidade das encostas e margens dos corpos de água; II - os corredores de fauna; III - a drenagem e os cursos de água intermitentes; IV - a manutenção da biota; V - a regeneração e a manutenção da vegetação nativa; e VI - a qualidade das águas. A intervenção ou supressão, eventual e de baixo impacto ambiental, da vegetação em APP não pode, em qualquer caso, exceder ao percentual de 5% (cinco por cento) da APP impactada localizada na posse ou propriedade. O órgão ambiental competente poderá exigir, quando entender necessário, que o requerente comprove, mediante estudos técnicos, a inexistência de alternativa técnica e locacional à intervenção ou supressão proposta.

REFERÊNCIA:

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 21 ed. atual. São Paulo: Editora Malheiros Ltda., 2007.

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 22 ago. 2015.

_____. **Lei Nº. 6.938, de 31 de Agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências.

Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 22 ago. 2015.

_____. **Lei Nº. 10.257, de 10 de Julho de 2001.** Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 22 ago. 2015.

_____. **Resolução CONAMA Nº 369, de 28 de março de 2006.** Dispõe sobre os casos excepcionais, de utilidade pública, interesse social ou baixo impacto ambiental, que possibilitam a intervenção ou supressão de vegetação em Área de Preservação Permanente-APP. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=489>>. Acesso em: 22 ago. 2015.

_____. **Superior Tribunal de Justiça.** Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em 22 ago. 2015.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 22 ago. 2015.

_____. **Tribunal Regional Federal da Primeira Região.** Disponível em: <www.trf1.jus.br>. Acesso em 22 ago. 2015.

_____. **Tribunal Regional Federal da Segunda Região.** Disponível em: <www.trf2.jus.br>. Acesso em 22 ago. 2015.

BRITO, Fernando de Azevedo Alves. A hodierna classificação do meio-ambiente, o seu remodelamento e a problemática sobre a existência ou a inexistência das classes do meio-ambiente do trabalho e do meio-ambiente misto. **Boletim Jurídico**, Uberaba, ano 5, n. 968. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br>>. Acesso em 22 ago. 2015.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 13 ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

MOTTA, Sylvio; DOUGLAS, Willian. **Direito Constitucional – Teoria, Jurisprudência e 1.000 Questões** 15 ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2004.

RIO GRANDE DO SUL (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**. Disponível em: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em 22 ago. 2015.

SILVA, Carlos Sérgio Gurgel da. **Direito à arborização urbana**. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 20, n. 4211, 11 jan. 2015. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/30098>>. Acesso em 22 ago. 2015.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Arborização urbana e meio ambiente – Aspectos Jurídicos**. Disponível em: <<http://www.justitia.com.br/artigos/7c2a76.pdf>>. Acesso em 22 ago. 2015.

THOMÉ, Romeu. **Manual de Direito Ambiental: Conforme o Novo Código Florestal e a Lei Complementar 140/2011**. 2 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012.

VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: <<http://jornal.jurid.com.br>>. Acesso em 22 ago. 2015.

NOTAS:

[1] VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: <<http://jornal.jurid.com.br>>. Acesso em 22 ago. 2015.

[2] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº. 46/DF. Empresa Pública de Correios e Telégrafos. Privilégio de Entrega de Correspondências. Serviço Postal. Controvérsia referente à Lei Federal 6.538, de 22 de Junho de 1978. Ato Normativo que regula direitos e obrigações concernentes ao Serviço Postal. Previsão de Sanções nas Hipóteses de Violação do Privilégio Postal. Compatibilidade com o Sistema Constitucional Vigente. Alegação de afronta ao disposto nos artigos 1º, inciso IV; 5º, inciso XIII, 170, caput, inciso IV e parágrafo único, e 173 da Constituição do Brasil. Violação dos Princípios da Livre Concorrência e Livre Iniciativa. Não Caracterização. Arguição Julgada Improcedente. Interpretação conforme à Constituição conferida ao artigo 42 da Lei N. 6.538, que estabelece sanção, se configurada a violação do privilégio postal da União. Aplicação às atividades postais descritas no artigo 9º, da lei. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Marcos Aurélio. Julgado em 05 ago. 2009. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 22 ago. 2015.

[3] VERDAN, 2009, s.p.

[4] BRITO, Fernando de Azevedo Alves. A hodierna classificação do meio-ambiente, o seu remodelamento e a problemática sobre a existência ou a inexistência das classes do meio-ambiente do trabalho e do meio-ambiente misto. **Boletim Jurídico**, Uberaba, ano 5, n. 968. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br>>. Acesso em 22 ago. 2015.

[5] MOTTA, Sylvio; DOUGLAS, Willian. **Direito Constitucional – Teoria, Jurisprudência e 1.000 Questões** 15 ed., rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2004, p. 69.

[6] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 22 ago. 2015.

[7] Idem. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade N° 1.856/RJ. Ação Direta De Inconstitucionalidade - Briga de galos (Lei Fluminense N° 2.895/98) - Legislação Estadual que, pertinente a exposições e a competições entre aves das raças combatentes, favorece essa prática criminosa - Diploma Legislativo que estimula o cometimento de atos de crueldade contra galos de briga - Crime Ambiental (Lei N° 9.605/98, ART. 32) - Meio Ambiente - Direito à preservação de sua integridade (CF, Art. 225) - Prerrogativa qualificada por seu caráter de metaindividualidade - Direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade - Proteção constitucional da fauna (CF, Art. 225, § 1º, VII) - Descaracterização da briga de galo como manifestação cultural - Reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei Estadual impugnada - Ação Direta procedente. Legislação Estadual que autoriza a realização de exposições e competições entre aves das raças combatentes - Norma que institucionaliza a prática de crueldade contra a fauna – Inconstitucionalidade. . Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 26 mai. 2011. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 22 ago. 2015.

[8] BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 21 ed. atual. São Paulo: Editora Malheiros Ltda., 2007, p. 569.

[9] BRASIL. **Lei N° 6.938, de 31 de Agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 22 ago. 2015.

[10] SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p.20.

[11] FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 13 ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 77.

[12] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade N° 4.029/AM. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei Federal N° 11.516/07. Criação do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade. Legitimidade da

Associação Nacional dos Servidores do IBAMA. Entidade de Classe de Âmbito Nacional. Violação do art. 62, caput e § 9º, da Constituição. Não emissão de parecer pela Comissão Mista Parlamentar. Inconstitucionalidade dos artigos 5º, caput, e 6º, caput e parágrafos 1º e 2º, da Resolução Nº 1 de 2002 do Congresso Nacional. Modulação dos Efeitos Temporais da Nulidade (Art. 27 da Lei 9.868/99). Ação Direta Parcialmente Procedente. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgado em 08 mar. 2012. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 22 ago. 2015.

[13] THOMÉ, Romeu. **Manual de Direito Ambiental: Conforme o Novo Código Florestal e a Lei Complementar 140/2011**. 2 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012, p. 116.

[14] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 22 ago. 2015: “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 as presentes e futuras gerações”.

[15] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido em Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 1.856/RJ. Ação Direta De Inconstitucionalidade - Briga de galos (Lei Fluminense Nº 2.895/98) - Legislação Estadual que, pertinente a exposições e a competições entre aves das raças combatentes, favorece essa prática criminosa - Diploma Legislativo que estimula o cometimento de atos de crueldade contra galos de briga - Crime Ambiental (Lei Nº 9.605/98, ART. 32) - Meio Ambiente - Direito à preservação de sua integridade (CF, Art. 225) - Prerrogativa qualificada por seu caráter de metaindividualidade - Direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão) que consagra o postulado da solidariedade - Proteção constitucional da fauna (CF, Art. 225, § 1º, VII) - Descaracterização da briga de galo como manifestação cultural - Reconhecimento da inconstitucionalidade da Lei Estadual impugnada - Ação Direta procedente. Legislação Estadual que autoriza a realização de exposições e competições entre aves das raças combatentes -

Norma que institucionaliza a prática de crueldade contra a fauna – Inconstitucionalidade. . Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 26 mai. 2011. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 22 ago. 2015.

[16] FIORILLO, 2012, p. 79.

[17] BRITO, Fernando de Azevedo Alves. A hodierna classificação do meio-ambiente, o seu remodelamento e a problemática sobre a existência ou a inexistência das classes do meio-ambiente do trabalho e do meio-ambiente misto. **Boletim Jurídico**, Uberaba, ano 5, n. 968. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br>>. Acesso em 22 ago. 2015.

[18] BRASIL. **Lei Nº. 10.257, de 10 de Julho de 2001**. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 22 ago. 2015..

[19] FIORILLO, 2012, p. 467.

[20] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 22 ago. 2015..

[21] FIORILLO, 2012, p. 549.

[22] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 22 ago. 2015..

[23] FIORILLO, 2012, p. 549.

[24] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 22 ago. 2015.

[25] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 22 ago. 2015. “**Art.30**. Compete aos Municípios: [omissis] **VIII** - promover, no que

couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano”.

[26] FIORILLO, 2012, p. 550.

[27] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 22 ago. 2015. “**Art. 183**. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural”.

[28] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 22 ago. 2015. “**Art. 191**. Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade”

[29] FIORILLO, 2012, p. 550.

[30] BRASIL. **Lei Nº. 10.257, de 10 de Julho de 2001**. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 22 ago. 2015.

[31] FIORILLO, 2012, p. 564.

[32] BRASIL. **Lei Nº. 10.257, de 10 de Julho de 2001**. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 22 ago. 2015.

[33] FIORILLO, 2012, p. 580.

DA IMPENHORABILIDADE DOS PROVENTOS DE APOSENTADORIA, ALVOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO NA SATISFAÇÃO DO CRÉDITO EXEQUENDO E PARTICULARIDADES DO INSTITUTO "PENHORA ON LINE"

LORENA CARNEIRO VAZ DE CARVALHO ALBUQUERQUE:
Advogada, inscrita na OAB/GO. Bacharel em Direito pela PUC/GO. Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela UNIDERP.

INTRODUÇÃO

A Carta Magna, em seu art. 7º, preconiza:

“São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

X - proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa”.

Nesse mesmo diapasão é o entendimento do Código de Processo Civil, em seu art. 649, IV, no sentido da mencionada impenhorabilidade.

Vejamos:

“Art. 649. **São absolutamente impenhoráveis:**

(...) IV - os vencimentos, subsídios, soldos, **salários**, remunerações, **proventos de aposentadoria**, pensões, pecúlios e montepios; as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e **destinadas ao sustento do devedor e sua família**, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, observado o disposto no § 3º deste artigo.

Diverso não é o entendimento exarado em nossos Tribunais pátrios, conforme mais adiante se verá, vez que no julgamento do Agravo de Instrumento Nº 70024708620, proferido

pela 19ª Câmara Cível do TJRS, o relato e desembargador José Francisco Pellegrini, assim ementou:

“EXECUÇÃO. PENHORA ON LINE. CONTA SALÁRIO.

IMPENHORABILIDADE.PRELIMINAR DE INTEMPESTIVIDADE. Rejeitada.

É possível a penhora de dinheiro depositado em conta-corrente. No entanto, demonstrado que se trata de provento decorrente da aposentadoria, inviável acolher o pedido de constrição. Decisões proferidas em sede de cognição sumária não fazem coisa julgada material.” [1](grifo e sublinhado nosso).

E ainda:

“EMENTA-MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO. PENHORA ON-LINE EM CONTA SALÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. Nos termos do ART. 649, inc. IV, do CPC, os salários percebidos pelo trabalhador, em respeito à sua natureza alimentícia, são impenhoráveis. Dessa forma, restando demonstrado que as contas correntes apontadas na exordial destinam-se ao pagamento da remuneração do impetrante, tem-se como patente o seu DIREITO líquido e certo em não sofrer qualquer bloqueio judicial sobre os valores depositados a título de contraprestação pelos serviços prestados aos seus empregadores. Ação conhecida e segurança parcialmente concedida. NUMERO ÚNICO:00296-2006-000-16-00-5-MS - IMPETRANTE: JÚLIO CÉSAR BEZERRA NEVES - DES(A). RELATOR(A): AMÉRICO BEDÊ FREIRE - DES(A). PROLATOR(A) DO ACÓRDÃO: AMÉRICO BEDÊ FREIRE - DATA DE JULGAMENTO: 31/05/2007 - DATA DE

PUBLICAÇÃO: 28/06/2007. (grifo e sublinhado nosso).

Em situações semelhantes, nossa jurisprudência tem se posicionado da seguinte maneira:

“Conta salário. Bloqueio de conta. **Recaindo a determinação de bloqueio e penhora em conta salário do impetrante, manifesta a violação ao seu DIREITO líquido e certo. O ART. 649, IV, do CPC, qualifica os salários, a qualquer título, como absolutamente impenhoráveis.** A ordem jurídico-positiva privilegiou a sobrevivência pessoal em prejuízo de outros débitos, ainda que decorrentes da ação de emprego. Segurança que se concede. (TRT da 6ª Região. PROCESSO n.º 00832-2002-000-06-00-3. RELATOR: Valdir José Silva de Carvalho). (grifo e sublinhado nosso).

“Ementa: AGRAVO REGIMENTAL: DECISÃO RECONSIDERADA. AGRAVO DE INSTRUMENTO: PROVIDO. **CONTA-CORRENTE DESTINADA A RECEBIMENTO DA APOSENTADORIA - IMPENHORABILIDADE. OS VENCIMENTOS, SUBSÍDIOS, SOLDOS, SALÁRIOS, REMUNERAÇÕES, PROVENTOS DE APOSENTADORIA, PENSÕES, PECÚLIOS E MONTEPIOS SÃO IMPENHORÁVEIS.** AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO. UNÂNIME. Processo: AGI 20080020139748 DF. Relator(a): JOÃO MARIOS A Julgamento: 03/12/2008 Órgão Julgador: 3ª Turma Cível Publicação: DJU 16/12/2008 Pág.: 53”. (grifo e sublinhado nosso).

Dessa forma, sabe-se que os saldos existentes em contas bancárias provenientes de **salários**, bem como os de

aposentadorias são legalmente considerados **impenhoráveis** ante o seu **caráter alimentício**, ou seja, serem imprescindíveis ao sustento de quem sofreu a penhora/construção.

DESENVOLVIMENTO

A impenhorabilidade dos salários encontra-se determinada no artigo 649, inciso IV, do CPC que determina a **impenhorabilidade absoluta dos vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadorias etc.**

Trata-se de **direito líquido e certo do devedor**. Se assim não fosse, **sua própria subsistência ficaria comprometida, o que se pode interpretar como desrespeito ao princípio da dignidade da pessoa humana.**

Se conteúdo as contas ilegal e arbitrariamente penhoradas comprovam judicialmente que **destinam-se exclusivamente ao recebimento mensal de salários e soldos de aposentadoria daquele que sofreu a construção, não se destacando outros depósitos além daqueles oriundos dos salários e proventos de aposentadoria**, mas apenas saques, débitos oriundos de pagamentos de contas necessárias á subsistência deste, denotando-se que as contas bancárias não ostentam numerários que exorbitem dos valores percebidos á título de salários e proventos de aposentadoria, destinado ao suprimento das necessidades básicas do prejudicado pela penhora, poderá pleitear a ilegalidade dessa construção, sanada judicialmente via Mandado de Segurança, requerendo o imediato desbloqueio dos valores ilegalmente contristados e a consequente autorização para levantamento de todos os valores penhorados.

É de amplo conhecimento que na Justiça do Trabalho, vem sendo aplicada largamente a teoria da desconsideração da personalidade jurídica no procedimento executório, atingindo, na satisfação do crédito exequendo, o patrimônio dos sócios das empresas reclamadas, caso os bens destas últimas não sejam suficientes para o pagamento do total devido aos reclamantes.

Essas circunstâncias levam a crer que, havendo necessidade, o magistrado poderia, amparado por lei, fazer uso da penhora on-line de valores depositados em nome do devedor em qualquer banco do país, agilizando dessa forma, o trâmite processual, entretanto, essa possibilidade não recai sobre os vencimentos nem tampouco remunerações ou proventos de aposentadoria, protegidos legalmente pelo manto da impenhorabilidade disciplinada no artigo 649, inciso IV do CPC.

Caso haja a penhora sobre vencimentos, remunerações ou proventos de aposentadoria, caracterizar-se-á a ilegalidade de tal ato vez que, nos casos específicos dos aposentados, a percepção mensal de suas aposentadorias são a suas únicas fontes de renda e subsistência/renda, e, por serem idosos e dependerem exclusivamente dessa renda para sua sobrevivência própria e muitas vezes de sua família, estes certamente passarão por necessidades básicas prementes, inaceitável sob a ótica constitucional!

Assim, diante da natureza alimentícia dos proventos de salário e de aposentadoria, bem como das disposições legais acerca da matéria, temos como irrefutável a ilegalidade das penhoras que recaem sobre contas salário e de proventos de aposentadoria, legalmente impenhoráveis!!!

De mais a mais, ressalta-se que tais bloqueios são ilegais por violarem frontalmente dispositivos de lei que asseguram a **impenhorabilidade dos salários e aposentadorias**, causando transtornos irreparáveis para qualquer aposentado, geralmente mantenedor do seu lar, pois, sua aposentadoria é fonte de sustento de própria e toda família, e, tais sustentos, se ilegalmente **BLOQUEADOS** causarão prejuízos irremediáveis ante as inúmeras dificuldades financeiras, restando suprimido ilegal e arbitrariamente todos os meios necessários á uma vida digna e saudável, violando por conseguinte, a Constituição Federal e o dispositivo que trata da **DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**, especificamente o artigo 1º, inciso III, que aduz, “ex vi”:

“A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...) III - a dignidade da pessoa humana.”

Quando se é quebrado um princípio jurídico, o ato violador não é só o direito do ofendido ou da pessoa prejudicada, mas do sistema como um todo, pois, como bem leciona Celso Antônio Bandeira de Mello, Curso de Direito Administrativo, 12ª edição, Malheiros, 2000, p. 748:

“Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a forma mais grave de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra”.

Geraldo Ataliba, em sua obra República e Constituição, alerta para o papel determinante dos princípios constitucionais como condicionantes da interpretação e eficácia das demais regras e para a gravidade da violação a estes impingida.

Apoiado em lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, consignou o autor:

"Princípio é, pois, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, precisamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo,

conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico. (...) Qualquer disposição, qualquer regra jurídica (...) para ser constitucional, necessita estar afinada com o princípio (...) realizar seu espírito, atender à sua direção estimativa, coincidir com seu sentido axiológico, expressar seu conteúdo. Não se pode entender corretamente uma norma constitucional sem atenção aos princípios consagrados na Constituição e não se pode tolerar uma lei que fira um princípio adotado na Carta Magna. Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio violado, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra." (Ataliba, República e Constituição, Malheiros Editores, 1998, p.34/35).

Cumpramos trazer os entendimentos atualizados e majoritários de nossos Tribunais pátrios abaixo transcritos, vejamos:

“RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. BLOQUEIO DE 20% DOS PROVENTOS. IMPENHORABILIDADE ABSOLUTA. 1. A indigitada autoridade coatora determinou a penhora de 20% dos proventos do impetrante, razão pela qual decidiu o Tribunal Regional conceder a segurança, com base no preceito contido no artigo 649, VII, do CPC, que

garante a impenhorabilidade de salários e proventos de aposentadoria, cassando o apontado ato coator. **2. A jurisprudência desta Corte se consolidou no sentido da aplicação integral do disposto no artigo 649, IV, do CPC, considerando ilegal e arbitrária a ordem de penhora sobre salários, ainda que limitada a um determinado percentual.** Precedentes. Incidência da Orientação Jurisprudencial 153 desta c. Subseção. 3. Recurso ordinário a que se nega provimento. (RO - 11989-75.2010.5.02.0000 , Relator Ministro: Guilherme Augusto Caputo Bastos, Data de Julgamento: 26/06/2012, Subseção II Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação:**29/06/2012**)”. (destacamos e grifamos).

“RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PENHORA DE SALÁRIOS E DE PROVENTOS DE APOSENTADORIA. ILEGALIDADE. ART. 649, IV, DO CPC. INCIDÊNCIA DA COMPREENSÃO DEPOSITADA NA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL Nº 153 DA SBDI-2 DO TST. 1. Nos termos do art. 649, IV, do CPC, são absolutamente impenhoráveis os vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios; as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal-, salvo para pagamento de prestação alimentícia (§ 2º).

2. Constatada a compatibilidade da norma processual comum com os princípios que orientam o Processo do Trabalho, tanto que aprovada a edição da Orientação Jurisprudencial nº 153 da SBDI-2 do TST, impõe-se a aplicação subsidiária da norma. 3. O legislador, ao **fixar a impenhorabilidade absoluta, enaltece a proteção do ser humano, seja em atenção à sobrevivência digna e com saúde do devedor e de sua família, seja sob o foco da segurança e da liberdade no conviver social dos homens (CF, arts. 5º, -caput-, e 6º).** 4. Diante do comando do inciso IV do art. 649 do CPC e da inteligência da Orientação Jurisprudencial nº 153/SBDI-2/TST, **não se autoriza a penhora de salários ou de proventos de aposentadoria, sob pena de ofensa a direito líquido e certo do devedor.** Recurso ordinário em mandado de segurança conhecido e desprovido. (RO - 3226-90.2010.5.09.0000 , Relator Ministro: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira, Data de Julgamento: 19/06/2012, Subseção II Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação:**22/06/2012**). (grifo e sublinhado nosso).

“RECURSO ORDINÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ORDEM DE PENHORA SOBRE 30% DA REMUNERAÇÃO DO SÓCIO DA EXECUTADA PERCEBIDA DE SEU EMPREGADOR. ILEGALIDADE. NATUREZA ALIMENTÍCIA DO CRÉDITO PENHORADO. Os valores pagos a título de remuneração são alcançados pela **impenhorabilidade absoluta**

prevista no artigo 649, inciso IV, do Código de Processo Civil. Não se admite a interpretação ampliativa do preceito legal para incluir os créditos deferidos em reclamação trabalhista na definição de prestação alimentícia. Configurada, portanto, a **ilegalidade do ato que determinou a penhora de 30% sobre a remuneração do impetrante.** Recurso ordinário a que se dá provimento. (RO - 155-57.2011.5.05.0000 , Relator Ministro: Pedro Paulo Manus, Data de Julgamento: 26/06/2012, Subseção II Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: **29/06/2012**). (destacamos e grifamos).

“I - AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. EXECUÇÃO. ORDEM DE PENHORA DE 20% DOS PROVENTOS DE APOSENTADORIA DO SÓCIO DA EXECUTADA. Diante da possível violação do artigo 7º, inciso X, da Constituição da República, dá-se provimento ao Agravo de Instrumento. II - RECURSO DE REVISTA. **EXECUÇÃO. ORDEM DE PENHORA DE 20% DOS PROVENTOS DE APOSENTADORIA DO SÓCIO DA EXECUTADA. É ilegal a ordem de penhora de valores existentes em conta de salários, no caso concreto de proventos de aposentadoria, em face do princípio constitucional da proteção dos salários insculpido no art. 7º, X, da Constituição da República.** Precedentes. Recurso de Revista conhecido e provido”. (RR - 138000-15.2003.5.04.0009, Relatora Juíza Convocada: Maria Laura Franco Lima de Faria, Data de

Julgamento: 13/06/2012, 8ª Turma, Data de Publicação: 15/06/2012). (destacamos e grifamos).

“RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. **PENHORA SOBRE PROVENTOS DE APOSENTADORIA. ILEGALIDADE.** **Os proventos de aposentadoria são alcançados pela impenhorabilidade absoluta prevista no artigo 649, inciso IV, do CPC. Portanto, constitui ato ilegal a determinação de bloqueio e penhora sobre os proventos de aposentadoria recebidos pelo Impetrante, ainda que limitado a determinado percentual dos valores recebidos mensalmente e a ser cumprido diretamente pelo órgão pagador.** Assim sendo, deve ser cassado o ato impugnado. Incidência da Orientação Jurisprudencial nº 153 da SBDI-2 do TST. Recurso ordinário provido. (RO - 305-38.2011.5.05.0000 , Relator Ministro: Emmanoel Pereira, Data de Julgamento: 05/06/2012, Subseção II Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: 15/06/2012). (destacamos e grifamos).

“RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO PELOS EXECUTADOS CONTRA DESPACHO DO JUIZ TITULAR DA 1.ª VARA DO TRABALHO DE SANTOS, QUE **DETERMINOU A PENHORA DE 10% DOS PROVENTOS DE APOSENTADORIA.** **PROVIMENTO. Impenhorabilidade absoluta dos proventos de aposentadoria, nos termos do artigo 659,**

IV, do CPC. Contrariedade à OJ n.º 153 da SBDI-1 do TST. Ilegalidade. Recurso Ordinário a que se dá provimento para conceder a segurança pretendida. (RO - 851-93.2011.5.05.0000 , Relatora Ministra: Maria de Assis Calsing, Data de Julgamento: 05/06/2012, Subseção II Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: 08/06/2012). (destacamos e grifamos).

De mais a mais, não nos esqueçamos de que no que se refere aos bloqueios “*on line*” dos valores dos proventos de aposentadoria, bem como das ordens judiciais que o precedem, dizem respeito ao fato de que esse sistema propicia a quebra do sigilo bancário do devedor via Internet, fato impedido pela Constituição Federal.

Trata-se evidentemente, a penhora "on-line", de medida extrema, que deverá ser adotada tão somente **após a citação** e possibilidade de nomeação de bens (art. 652 do C.P.C.), visto que a execução será feita exclusivamente **"pelo meio menos gravoso para o devedor"** (art. 620 do C.P.C.), sob pena de ofensa ao devido processo legal.

Entretanto, ressalta-se que na justiça do trabalho corriqueiramente essas constrações vem sendo efetivadas em desacordo com o elencado acima, tornando assim, completamente ilegais e arbitrárias que incidam sobre vencimentos, subsídios, soldos salários, remunerações, proventos de aposentadorias, pensões, pecúlios, montepios, as quantias recebidas por liberalidade de terceiros e destinadas ao sustento do devedor e sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, nos moldes do inciso IV do artigo 649 do CPC.

O reconhecimento da invalidade/nulidade dessas constrações sobre contas salários e de proventos de aposentadoria já se encontram pacificadas no Tribunal Superior do Trabalho pela **Orientação Jurisprudencial 153**, aprovada em dezembro de

2008, bem como nos mais diversificados julgados acima e abaixo colacionados, senão vejamos:

“MANDADO DE SEGURANÇA. PENHORA SOBRE PARTE DOS SALÁRIOS. ILEGALIDADE. Os salários são alcançados pela impenhorabilidade absoluta prevista no artigo 649, inciso IV, do Código de Processo Civil. Portanto, reveste-se de ilegal a determinação de penhora dos salários recebidos por sócio da empresa Executada, ainda que limitada a determinado percentual dos valores recebidos mensalmente. Recurso ordinário conhecido e provido” (TST – SDI-II – ROMS nº 284.2006.000.10.00 – Rel. Min. Emmanoel Pereira – j. 20/11/2007 – DJ 14/12/2007). (grifo e sublinhado nosso).

MANDADO DE SEGURANÇA - PENHORA DE CONTA-SALÁRIO. Se a penhora no processo de execução recaiu em conta-salário do devedor (servidora pública municipal), violou direito líquido e certo do executado. Com efeito, o artigo 649, IV, do CPC qualifica como absolutamente impenhoráveis os vencimentos dos funcionários públicos, salvo para o pagamento de prestação alimentícia. A ordem jurídico-positiva privilegiou a sobrevivência pessoal em prejuízo de outros débitos, ainda que decorrentes da relação de emprego. Segurança que se concede parcialmente. (Mandado de Segurança nº 10972 (Ac. 2003003558), SDI do TRT da 2ª Região, Rel. Nelson Nazar. j. 21.11.2002, unânime, DOE 14.02.2003). (grifo e sublinhado nosso)

MANDADO DE SEGURANÇA - PENHORA DE CONTA SALÁRIO -

IMPENHORABILIDADE. São absolutamente impenhoráveis, nos termos do artigo 649, IV do CPC., os créditos de natureza salarial, tornando a constrição ofensiva a direito líquido e certo do impetrante. Segurança concedida. (Mandado de Segurança nº 10829 (Ac. 2003000311), SDI do TRT da 2ª Região, Rel^a. Sônia Maria Prince Franzini. j. 26.11.2002, unânime, DOE 28.02.2003). (grifo e sublinhado nosso).

No mesmo diapasão, temos:

“RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ORDEM DE PENHORA DE PROVENTOS DE APOSENTADORIA DAS EXECUTADAS. CABIMENTO DO WRIT. IMPOSSIBILIDADE DA PENHORA. VEDAÇÃO EXPRESSA NO INCISO IV DO ART. 649 DO CPC. Recurso Ordinário interposto contra acórdão que extinguiu o feito sem resolução do mérito, nos termos do art. 267, VI, do CPC, por considerar **incabível no caso dos autos o mandado de segurança contra ato da Juíza da 5ª Vara do Trabalho de Goiânia que determinou a penhora e o bloqueio de 10% (dez por cento) dos proventos mensais das Executadas**, considerando haver recurso próprio para atacá-lo. Este TST tem admitido que se ultrapasse a barreira de cabimento do writ em hipóteses excepcionais onde a inexistência de remédio jurídico imediato possa causar dano de difícil reparação e seja flagrante a ilegalidade ou abusividade do ato impugnado. O art. 649, IV, do CPC contém norma imperativa que não admite interpretação ampliativa, no sentido de se permitir a penhora de salários e proventos do executado, para pagamento de créditos trabalhistas, ainda que considerada a sua

natureza alimentar. Recurso Ordinário provido” (TST – SDI-II – ROMS nº 407.2005.000.18.00 – Rel. Min. José Simpliciano Fontes de F. Fernandes – j. 13/3/2007 – DJ 23/3/2007).

E mais:

“MANDADO DE SEGURANÇA. PENHORA SOBRE PARTE DOS SALÁRIOS. ILEGALIDADE. Os salários são alcançados pela impenhorabilidade absoluta prevista no artigo 649, inciso IV, do Código de Processo Civil. Portanto, reveste-se de ilegal a determinação de penhora dos salários recebidos por sócio da empresa Executada, ainda que limitada a determinado percentual dos valores recebidos mensalmente. Recurso ordinário conhecido e provido”.(TST – SDI-II – ROMS nº 284.2006.000.10.00 – Rel. Min. Emmanoel Pereira – j. 20/11/2007 – DJ 14/12/2007). (grifo e sublinhado nosso).

No mesmo diapasão, o Egrégio Tribunal Superior do Trabalho, ao julgar o RR 941/1992-018-10-40.4, reafirmou ser inválida a retenção ao passo que o ínclito ministro Walmir Oliveira da Costa explicou que o princípio da proteção do salário está explicitamente declarado na Constituição. Além de previsto nos artigos 462 da CLT e 649, inciso IV, do Código de Processo Civil.

“Por conta dessa proteção é que, além de irreduzíveis, os salários são impenhoráveis, irrenunciáveis e constituem créditos privilegiados na falência e na recuperação judicial da empresa, além de constituir crime sua retenção dolosa (apropriação indébita)”, afirmou.

CONCLUSÃO

Observa-se, em conclusão, que a chamada "penhora *on line*", da maneira como se vem praticando principalmente na seara trabalhista, sem comedimentos e em extremado desvio dos limites impostos pelo interesse econômico e social, constitui em **INEGÁVEL ATO ILÍCITO, ARBITRÁRIO E MEIO DE COERÇÃO ILÍCITA E DESMEDIDA** - a teor do artigo 187/CCB/2002.

Assim, impõe-se a sua imediata proibição, bem como a decretação da ilegalidade do malsinado "convênio da Justiça e Bacen" ou então, ao menos, o ajustamento, por freios e contrapesos, de modo a não permitir que este (convênio) sirva, pela utilização extremada e desvirtuada, de estrangimentos ilegais, pelos excessos, violência contra a ordem econômica e social, sob pena de incorrer, em paralelismo, na figura da morte civil, (aqui econômica) como posta no artigo 116 e seguintes da Carta Constitucional "polaquinha" de 1937, fascista e imposta pela Ditadura de Getúlio Vargas.

De modo que resta clara e evidente a ilegalidade das penhoras realizadas sobre contas salário e de proventos de aposentadoria, bem como ilegal os atos que determinam os bloqueios.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Celso Antônio Bandeira de Mello, Curso de Direito Administrativo, 12ª edição, Malheiros, 2000, p. 748.

Ataliba, República e Constituição, Malheiros Editores, 1998, p.34/35.

[1] Grifo nosso.

FACULDADE DE DIREITO PROFESSOR DAMÁSIO DE JESUS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *LATO SENSU* EM DIREITO
CONSTITUCIONAL APLICADO

**A possibilidade de adequação da maioria penal no Brasil à luz da
Constituição Federal de 1988.**

Aluno Marcelo Henrique Lourenço Mendes

Guaratinguetá-SP

2015

FACULDADE DE DIREITO PROFESSOR DAMÁSIO DE JESUS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO LATO SENSU EM DIREITO
CONSTITUCIONAL APLICADO

**A possibilidade de adequação da maioria penal no Brasil à luz da
Constituição Federal de 1988.**

Aluno Marcelo Henrique Lourenço Mendes

Monografia de conclusão do curso de Pós-Graduação “*lato sensu*” em Direito Constitucional Aplicado, sob orientação da Prof^a. Fabíola Cassel Ferri.

Guaratinguetá-SP

2015

DEDICATÓRIA

*AOS MEUS VALOROSOS PAIS, À MINHA
QUERIDA IRMÃ E AOS MEUS AMIGOS QUE ME
INCENTIVAM E APOIAM NOS ESTUDOS.*

AGRADECIMENTOS

A DEUS ACIMA DE TUDO, À MINHA FAMÍLIA QUE TANTO ME APOIA, AOS ILUSTRES DOCENTES DO CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO DA FACULDADE DE DIREITO PROFESSOR DAMÁSIO DE JESUS, À PROF^a FABÍOLA CASSEL FERRI, MINHA ORIENTADORA NESTE TRABALHO, E AOS DILETOS AMIGOS OFICIAIS DA POLÍCIA MILITAR DO ESTADO DE SÃO PAULO.

EPÍGRAFE

*DE TODO AQUELE A QUEM MUITO É DADO,
MUITO SERÁ REQUERIDO; E DAQUELE A QUEM
MUITO É CONFIADO, MAIS AINDA LHE SERÁ
EXIGIDO. (Lucas 12:48)*

RESUMO

O objetivo geral deste trabalho foi demonstrar a possibilidade jurídico-constitucional de se adequar a maioria penal no Brasil ao atual contexto sociocultural em que o país se encontra. Com a Constituição Federal de 1988 a maioria penal foi erigida à categoria jurídico-normativa de norma constitucional, o que exige que qualquer reforma desse preceito seja realizada através de *Emenda à Constituição*, dada a nota de rigidez que a referida Carta Política possui, consentânea do *Princípio da Supremacia da Constituição*. Nesse sentido, num primeiro momento foi realizada uma explanação acerca do que vem a ser imputação penal, demonstrando os principais sistemas de imputação existentes, com seus requisitos, características, consequências e implicações para a *persecutio criminis* e para o direito de punir do Estado. Em seguida, em capítulo próprio, tratou-se dos direitos civis e políticos de cujo gozo e fruição o Estado brasileiro defere aos adolescentes a partir dos 16 anos de idade, a fim de demonstrar, em cotejo com a idade que distingue a maioria penal, a falta de unidade e coerência de que se ressente o ordenamento jurídico pátrio, ao conceber presunções de capacidades e de incapacidades. Por seu turno, foi reservado um capítulo para tratar da natureza jurídica da norma insculpida no art. 228 da Constituição da República, a qual veicula o preceito da maioria penal e estabelece a presunção absoluta de inimputabilidade para os menores de 18 anos, sujeitando-os às normas da legislação especial, leia-se: Estatuto da Criança e do Adolescente. Nesse mesmo capítulo foi feita uma digressão sobre as tendências e a evolução histórica da legislação penal que tratou do tema da maioria penal no Brasil, desde a época de sua colonização até os dias atuais, em que a maioria encontra-se alçada à categoria de norma constitucional, o que torna mais dificultoso o processo de sua alteração. Em remate, os principais argumentos jurídicos colhidos da doutrina e jurisprudência pátrias a respeito da temática que a redução da maioria penal envolve foram trazidos à colação e, sem olvidar da condição de pessoa em desenvolvimento que os adolescentes possuem, pugnou-se pela defesa daqueles que militam a favor da possibilidade jurídico-constitucional dessa redução, dos 18 para 16 anos, mas com delineamentos feitos à luz de valores e princípios constitucionais, notadamente os da razoabilidade e proporcionalidade, o que se afigura mais adequado diante da realidade sociocultural em que se encontram inseridos os adolescentes de hoje, considerados em sua generalidade, comparativamente aos de 1940, ano em que a idade de 18 anos passou a constar como marco distintivo da maioria penal na legislação penal fundamental ainda em vigor no Brasil (Código Penal de 1940), ou mesmo em relação aos jovens de 1988, ano de promulgação de nossa *Lex Mater*, que também assentou em 18 anos o marco da maioria penal.

PALAVRAS CHAVES: maioria penal – adequação – possibilidade jurídico-constitucional – sistemas de imputação – direitos civis e políticos – norma constitucional – natureza jurídica

ABSTRACT

The purpose of this study was to demonstrate the legal and constitutional possibility to adapt the legal age in Brazil to the current socio-cultural context. The legal age was erected to legal-normative category of constitutional law with the Federal Constitution of 1988, requiring that any reform of this nature shall be through amendment to the Constitution, considering the rigid note in accordance with the *Principle of Supremacy of the Constitution*. In this sense, at a first stage, it was explained what criminal imputation turns out to be, demonstrating the main existing imputation systems with its requirements, characteristics, consequences and implications for *criminis persecutio* and the right to punish of the state. Then, in a separate chapter, it was considered the civil and political rights that the Brazilian State grants to adolescents from 16 years old, in order to demonstrate the comparison with the age that distinguishes the legal age, to the lack of unity and coherence that resents the Brazilian legal system when it creates assumptions of capabilities and disabilities. It was reserved a chapter to discuss the legal nature of the norm in art. 228 of the Republic Constitution, which links the precept of criminal responsibility and establishes an absolute presumption of not imputable for those under 18, subjecting them to the rules of a special legislation, read: Statute of Children and Adolescents. In this same chapter it was made a digression of the tendencies and the historical evolution of criminal law that dealt with the issue of criminal responsibility in Brazil, from the time of its colonization to the present day, where the age is related to a legal normative category, becoming a difficult change process. The main legal arguments of the national doctrine and jurisprudence on the theme that the reduction of criminal responsibility involves, were referred in this study, and, without forgetting the condition of person under development that adolescents have, it decided for the defense of those who militate in favor of legal and constitutional possibility of reduction, from 18 to 16 years, however, with designs based on values and constitutional principles, particularly those of reasonableness and proportionality, which is more appropriate in the face of socio-cultural reality in what the adolescents are inserted today, considered in its generality, compared to 1940, year in which the age of 18 was established as a distinctive landmark of legal age in the fundamental criminal law still in force in Brazil (Penal Code of 1940), or still related to the youths from 1988, year of promulgation of our Lex Mater, that also established in 18 years the landmark of legal age.

KEY WORDS: legal age - adequacy - legal and constitutional possibility - imputation systems - civil and political rights - constitutional law - legal

LISTA DE ABREVIACÕES E SIGLAS

Art. – artigo

ADCT – Ato das Disposições Constitucionais Transitórias

CC/02 – Código Civil de 2002

CCJC – Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania

CF/88 – Constituição Federal de 1988

CP – Código Penal

CPP – Código de Processo Penal

CR – Constituição da República

EC – Emenda Constitucional

ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente

PEC – Proposta de Emenda à Constituição

RE – Recurso Extraordinário

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

DEDICATÓRIA	3
AGRADECIMENTOS	4
EPIÍGRAFE.....	5
RESUMO.....	6
ABSTRACT	7
LISTA DE ABREVIACES E SIGLAS	8
INTRODUO	10
DOS SISTEMAS DE IMPUTABILIDADE PENAL	14
1.1. Introduo	14
1.2. Da imputabilidade penal.....	15
1.3. Dos sistemas de aferio da inimputabilidade penal.....	18
1.3.1. O sistema biolgico	18
1.3.2. O sistema psicolgico.....	20
1.3.3. O sistema biopsicolgico	21
A ADOO DA IDADE CRONOLGICA NO ORDENAMENTO JURDICO BRASILEIRO COMO CONDIO PARA O EXERCCIO DE DIREITOS CIVIS E POLTICOS	24
2.1. Introduo	24
2.2. Do direito ao voto.....	25
2.3. Da capacidade civil.....	27
2.3.1 Da capacidade de direito ou de gozo.....	29
2.3.2 Da capacidade de fato ou de exerccio	29
2.3.2.1 Dos absolutamente incapazes para os atos da vida civil	31
2.3.2.2 Dos relativamente incapazes para os atos da vida civil.....	36

NORMAS CONSTITUCIONAIS ENVOLVIDAS NA ADEQUAÇÃO DA MAIORIDADE PENAL NO BRASIL.....	43
3.1. Introdução	43
3.2. Escorço histórico da legislação brasileira que tratou da maioria penal.....	43
3.2.1. O Código Criminal do Império	44
3.2.2. O Código Penal de 1890	46
3.2.3. O Código Penal de 1940	48
3.3. Natureza jurídica da norma insculpida no art. 228 da Constituição Federal	50
3.4. Conceito e características dos Direitos e das Garantias Fundamentais	54
3.5. Classificação da Constituição quanto ao seu conteúdo	57
3.6. Interpretação do sentido e do alcance do disposto no art. 60, § 4º, da CF	59
3.7. Documentos internacionais que dispõem sobre garantias penais fundamentais.....	62
3.7.1. Da Convenção Americana de Direitos Humanos	63
3.7.2. Do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional	64
3.7.3. Convenção sobre os Direitos da Criança.....	65
CONCLUSÃO	66
GLOSSÁRIO.....	72

INTRODUÇÃO

O Estado brasileiro preceitua em sua Carta Política que os menores de 18 anos são penalmente inimputáveis, sujeitando-os, por via de consequência, às normas estabelecidas na legislação especial, leia-se: Estatuto da Criança e do Adolescente. Idêntico dispositivo já havia sido previsto no Código Penal de 1940, com a reforma de 1984 processada pela Lei nº 7.209, editada no mesmo ano.

Assim, com fulcro nessa presunção legal, e constitucional, os adolescentes, cujo conceito é dado pelo referido Estatuto e compreende as pessoas com mais de 12 anos de idade e menos de 18, não sofrem a incidência normativa da legislação penal em vigor quando praticam condutas violadoras de bens jurídicos penalmente tutelados, isto é, quando praticam fatos ilícitos tipificados como crimes.

Tema candente, amplamente discutido nos dias atuais no Brasil, a questão da maioria penal permeia o debate entre parlamentares e autoridades governamentais, juristas e outros setores da sociedade civil que, na tentativa de encontrar respostas e soluções para conter a crescente onda de violência que aflige a sociedade, propõem sua redução, o que permitiria sujeitar adolescentes infratores à incidência normativa da legislação penal em vigor, igualando-os, nesse tanto, aos maiores de 18 anos no que concerne à reprovabilidade e ao tratamento jurídico-penal decorrentes da prática de atos configuradores de delitos.

É fato notório que os adolescentes de hoje, comparativamente aos de 1940, ano de edição do Código Penal vigente, que assentou em 18 anos a idade que assinala a maioria penal, dispõem de mais possibilidades fáticas de atingirem a consciência moral, um dos imperativos da vida em sociedade, sobre o que é certo e errado do ponto de vista da moral social, porquanto vivenciam o fulgor de profundas transformações sociais havidas com a revolução tecnológica, que lhes facilitou sobremaneira o processo de aprendizagem e de desenvolvimento pessoal, através da disseminação de conhecimentos e de informações, imprimindo um novo ritmo às relações sociais de que participam.

Com efeito, o atual cenário em que o adolescente se encontra inserido insta-nos a repensar alguns paradigmas que servem como critério com base no qual se estabelece a presunção absoluta de que o sujeito com menos de 18 anos de idade, a despeito de possuir

saúde mental perfeita e viver socialmente integrado à realidade acima referida, não dispõe de capacidade de entendimento (cognitiva) e de autodeterminação (volitiva), quando, deliberadamente, dirige sua conduta à prática de um injusto penal, isto é, quando pratica um fato ilícito tipificado como crime, presunção esta que o subtrai do campo de incidência normativa da legislação penal.

Assim, verifica-se que a adoção de critério puramente etário, em função do qual se criou distinção de tratamento jurídico-penal entre sujeitos menores e maiores de 18 anos de idade, revela que o ordenamento jurídico brasileiro perfilha o sistema (ou critério) biológico de imputabilidade penal no que concerne à maioridade, o qual, sem levar em conta elementos de natureza biopsicológica (biológicos + psicológicos), ligados à saúde e ao desenvolvimento mental e às capacidades de entendimento e de autodeterminação do indivíduo, tem na idade cronológica a causa única e exclusiva que permite presumir, de forma absoluta, ausência de capacidade de imputação, de ordem a ensejar que lhes seja dispensado tratamento diferenciado em relação aos adultos que cometem crimes.

Contudo, verificar-se-à que a escolha da idade cronológica aquém da qual o sujeito autor de um injusto penal não pode ser considerado imputável no Brasil não está calcada em estudos científicos, mas sim em decisões de política criminal, e essa falta de base científica fica evidente diante da fruição e do gozo de importantes direitos civis e políticos que o Estado brasileiro defere a indivíduos com idade entre 16 e 18 anos incompletos, dentre os quais destacamos, por quão relevante é o exercício, o direito ao sufrágio instrumentalizado através do voto, assegurado pela Constituição da República aos adolescentes a partir dos 16 anos de idade, o que se afigura-nos um disparate dentro do sistema jurídico-normativo brasileiro.

Bem assim, se realizada uma análise comparativa da maioridade penal estabelecida no ordenamento jurídico de diversos países, constatar-se-á que diversos são os patamares fixados, o que vem a corroborar a prevalência da motivação política na adoção de diferentes idades aquém das quais o sujeito não pode ser considerado penalmente imputável pelo Estado, pois, uma vez que essa escolha se pautasse em critérios e estudos científicos relacionados ao desenvolvimento mental e intelectual da pessoa em função da faixa etária em que se encontra, levaria à eleição de uma só idade, dado o caráter universal que as ciências biológicas possuem, ressalvadas as peculiaridades climatológicas e socioculturais entre os países, a justificar outras escolhas.

Nesse diapasão, não nos prendendo apenas ao apelo do argumento de que os adolescentes cada vez mais têm participação em crimes graves, nos quais, no sentir da sociedade, acabam ficando impunes, procuraremos demonstrar a razoabilidade de se adequar a maioria penal no Brasil, à luz de nossa Carta Maior, à realidade que se apresenta, não apenas com o único fito de tentar refrear o cometimento de delitos por adolescentes, como medida de política criminal de redução de cifras criminais e da violência, mas, sobretudo, para conferir unidade e coerência ao ordenamento jurídico brasileiro, enquanto sistema de normas que, a um só tempo, elege a idade cronológica como critério permissivo da fruição e do gozo de importantes direitos civis e políticos, de inuidosa relevância jurídica e social, e, de outro lado, utiliza esse mesmo critério para presumir, de forma absoluta, a incapacidade de imputação penal dos adolescentes.

Nessa ordem de ideias, partindo-se da análise da ciência do Direito enquanto sistema ou conjunto de normas, do que se pressupõe sua unidade, harmonia e normatividade, é possível inferir, sem despendar muito esforço, que o sistema jurídico brasileiro resente-se de critérios mais justos e adequados para prevenir a delinquência juvenil.

Estabelecidas tais premissas, temos que o presente estudo tem por objetivo geral demonstrar a possibilidade jurídico-constitucional de adequação da maioria penal ao atual contexto sociocultural do país, a fim de se conferir tratamento jurídico-penal aos adolescentes infratores a partir dos seus 16 anos de idade, semelhante àquele que é dispensado aos adultos que cometem crimes, sem, entretanto, que essa igualação venha a ofuscar os matizes constitucionais ou vulnerar valores que emanam da Carta Política de 1988 e do regime por ela adotado, dentre os quais destacamos *a dignidade da pessoa humana*.

Nesse desiderato, traçaremos num primeiro momento o panorama dos sistemas de imputabilidade penal adotados no Brasil, destacando o biológico, que, como se verá, adota como causa geradora da inimputabilidade penal apenas a idade cronológica, a qual separa adolescentes de adultos.

Em seguida, demonstraremos o rol dos já mencionados direitos civis e políticos cujo exercício o Estado brasileiro deferiu aos adolescentes com idade entre 16 e 18 anos incompletos, o que evidencia a aludida falta de unidade e coerência no sistema jurídico brasileiro, bem assim, também demonstraremos as tendências e a evolução histórica da

legislação penal que tratou da menoridade penal no Brasil, desde sua colonização até os dias atuais, em que verificamos a maioridade penal alçada a nível constitucional.

Em remate, não obstante haver argumentos contrários, defenderemos neste trabalho aqueles que militam a favor da possibilidade jurídico-constitucional de se adequar o limite da maioridade penal no Brasil à atual realidade do país, o que significa poder aplicar o sistema biopsicológico de imputabilidade penal não apenas aos adultos que cometem crimes, mas também aos adolescentes infratores a partir dos 16 anos de idade, sem, entretanto, olvidar da condição de pessoa em desenvolvimento, o que, a nosso ver, requer que sejam feitos delineamentos no que respeita à sujeição à legislação penal em vigor, em observância aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, tomados no sentido de equivalência entre meios e fins.

DOS SISTEMAS DE IMPUTABILIDADE PENAL

1.1. Introdução

Neste capítulo abordaremos os sistemas ou critérios de aferição da inimputabilidade penal adotados pelo ordenamento jurídico brasileiro, com base nos quais a imputabilidade penal dos autores de fatos típicos e antijurídicos pode ser afastada, isentando, assim, da imposição de pena, o sujeito autor de um ilícito penal, porquanto a imputabilidade é elemento normativo que, ao lado da potencial consciência da ilicitude e da exigibilidade de conduta diversa, ou conforme ao Direito, integra a *culpabilidade*, substrato que compõe a estrutura sistemática do delito de acordo com a teoria finalista do crime.

Verificaremos que os sistemas de aferição da inimputabilidade penal existentes em nosso ordenamento, marcadamente no Código Penal de 1940, nossa legislação penal fundamental, ora operam o afastamento da culpabilidade após a comprovação da inimputabilidade do agente por meio de diagnósticos baseados em exames e perícias médicas, e ora o fazem através de presunções legais, de que é exemplo a menoridade, que no Brasil possui matriz constitucional, por força do disposto no art. 228 da Constituição da República, que assentou o que já fora previsto no Código Penal com a reforma de 1984.

Ocorre que tal presunção de inimputabilidade penal, concernente à maioridade, decorre da adoção de critério que não possui fundamentação científica sólida, ao revés, e o que se procurará demonstrar neste trabalho, é fruto de decisões de política criminal do legislador penal, despidas, portanto, de rigor científico. Essa afirmação é corroborada pela Exposição de Motivos da Parte Geral do Código Penal de 1940 após a reforma de 1984¹, bem como se compararmos as diversas idades adotadas por diferentes países, e até mesmo dentro do território de um único país, como é o caso dos Estados Unidos, por exemplo.

¹ Manteve o Projeto a inimputabilidade penal ao menor de 18 (dezoito) anos. Trata-se de opção apoiada em critérios de Política Criminal. Os que preconizam a redução do limite, sob a justificativa da criminalidade crescente, que a cada dia recruta maior número de menores, não consideram a circunstância de que o menor, ser ainda incompleto, é naturalmente anti-social na medida em que não é socializado ou instruído. O reajustamento do processo de formação do caráter deve ser cometido à educação, não à pena criminal. De resto, com a legislação de menores recentemente editada, dispõe o Estado dos instrumentos necessários ao afastamento do jovem delinqüente, menor de 18 (dezoito) anos, do convívio social, sem sua necessária submissão ao tratamento do delinqüente adulto, expondo-o à contaminação carcerária.

Assim, verifica-se a ausência de consenso acerca da adoção da idade cronológica a partir da qual o indivíduo socialmente integrado e que goza de higidez mental pode ser considerado capaz de sofrer a imposição de pena em decorrência de fatos por ele praticados que se amoldam a figuras típicas e antijurídicas, ensejadores do juízo de reprovabilidade penal.

Nesse sentido, o que se pretende neste capítulo é conceituar imputabilidade penal e demonstrar os diferentes sistemas de imputabilidade penal existentes no ordenamento jurídico pátrio, com seus fundamentos, requisitos, desdobramentos e consequências para o autor de um injusto penal, adotando-se para esta análise a teoria finalista do delito, para a qual crime “*latu sensu*” é fato típico, antijurídico e culpável, residindo o exame da conduta, se dolosa ou culposa, no fato típico, e integrando a *culpabilidade* os seguintes elementos, todos normativos: a *imputabilidade*, a *potencial consciência da ilicitude* e a *exigibilidade de conduta diversa, conforme ao Direito*.

1.2. Da imputabilidade penal

Antes de adentrarmos a análise dos sistemas de imputabilidade penal vigentes no ordenamento jurídico brasileiro, cabe tecer algumas considerações, em apertada síntese, acerca do conceito de culpabilidade adotado neste trabalho bem como da evolução desse conceito, na medida em que esta categoria jurídica, que compõe a estrutura sistemática do delito, tem na imputabilidade penal um dos seus elementos.

Iniciando tal análise, com apoio nas lições de Bitencourt verificamos que é recente a sistematização conceitual da culpabilidade, neste sentido, ensina o citado autor que “*Em meados do século XIX, com Adolf Merkel e, especialmente, com Binding, foram lançados os primeiros delineamentos das definições e estruturação contemporâneas da culpabilidade.*”².

Desse modo, no contexto de uma evolução da dogmática jurídico-penal ocorrida no século XIX, o que se chamou de sistema clássico da teoria do delito, ou sistema causal-naturalista, é que a culpabilidade separou-se da antijuridicidade e consolidou-se como categoria jurídica autônoma, pairando ao lado das outras duas categorias sistemáticas do delito: a antijuridicidade e o fato típico.

² BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: Parte Geral. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 954.

A culpabilidade, com isso, passou a ser entendida como um juízo individualizado de atribuição de responsabilidade penal, afastando, dessa forma, a responsabilidade penal objetiva, o que representou um avanço à época para a dogmática penal e ao mesmo tempo uma garantia para o autor de um delito ante os possíveis excessos que podiam advir do exercício do poder punitivo do Estado, compreensão esta sintetizada no princípio de que não há pena sem culpabilidade "*nulla poena sine culpa*".

Com efeito, a respeito dessa sistematização da teoria do delito, Bitencourt³ ensina que dela resultou uma transformação fundamental no estudo dogmático penal, que se difundiu a partir da obra de Von Liszt, defensor da ideia de que através do aperfeiçoamento da teoria da culpabilidade podia-se aferir o progresso do Direito Penal⁴, para quem a culpabilidade consistia em um vínculo subjetivo que unia o autor da conduta ao fato típico e antijurídico, sob uma concepção puramente psicológica de seu conceito.

Contudo, a despeito dos avanços produzidos nessa época no tocante ao estudo da culpabilidade, não foi verificado um consenso acerca de seu conceito e de sua missão no âmbito da teoria geral do crime, pois um conceito dogmático de culpabilidade requeria uma justificativa clara sobre os motivos e a finalidade da pena, tendo em vista que é através dela (culpabilidade) que se busca a fundamentação da imposição de pena justa por parte do Estado, a quem não é dado o direito de impor pena àquele de quem não se pode exigir um comportamento diverso, conforme ao Direito, seja por não possuir capacidade de entendimento (consciência ou previsão) sobre o caráter ilícito do fato ou de determinar-se (vontade) de acordo com esse entendimento, seja por estar presente no caso concreto uma causa de exculpação, e disso resulta sua relevância para a teoria geral do delito.

Assim, prosseguindo com a análise da culpabilidade, verificamos ainda que na esteira da evolução da dogmática jurídico-penal ocorrida nos meados do século XX, sob os influxos do método neokantista, que enaltece a adoção de valores ético-morais como vetores de interpretação e fundamentação do sistema jurídico, ocorreu a mudança do conceito substancial de culpabilidade, de modo que esta deixou de ser entendida como mero vínculo psicológico que une autor ao fato, e passou a ser vista como juízo de reprovação (ou

³ BITENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., p. 944.

⁴ LISZT, Franz Von. Tratado de Derecho Penal, Madrid: Editora Reus, t. 2, p. 390. apud BITENCOURT, Cezar Roberto. op cit., loc. cit.

valoração) que recai sobre o autor de um injusto penal, comportando em sua estrutura, tanto elementos psicológicos como normativos.

Por seu turno, com os avanços proporcionados pela teoria finalista, verifica-se a reestruturação das categorias sistemáticas do delito, de modo que o dolo e a culpa que antes compunham a estrutura da culpabilidade, dela são extraídos e passam a compor o próprio injusto penal (fato típico), restando àquela, dentro de uma concepção normativa pura, apenas elementos estruturantes de natureza normativa, quais sejam: *imputabilidade* (capacidade de culpabilidade), *exigibilidade de conduta diversa, conforme ao Direito*, e *potencial consciência da ilicitude*.

De outro giro, sob a ótica das teorias funcionalistas, a culpabilidade também é entendida como um instrumento para a prevenção de delitos e sob esse prisma cumpre com a função de proteger bens jurídicos e conferir estabilidade ao sistema jurídico, confirmando a obrigatoriedade do cumprimento das normas.

Em síntese, várias são as concepções existentes acerca da culpabilidade, cada qual com suas variantes que condicionam o entendimento do seu conceito, mas nenhuma delas olvida do seu principal mister, qual seja, fundamentar e limitar a punição estatal bem como prevenir a prática de delitos, e nesta pesquisa trabalharemos com o conceito segundo o qual culpabilidade é juízo de reprovação que tem na imputabilidade um de seus elementos normativos estruturantes, a qual, por sua vez, diz respeito à capacidade de entendimento (capacidade cognitiva) que possui o autor de um injusto penal sobre o caráter ilícito do fato (o que a ordem jurídica diz que é ilícito) e de determinar-se de acordo com esse entendimento (capacidade volitiva).

Nesse lanço, o Código Penal de 1940, com a redação dada pela Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984, não tratou do conceito de imputabilidade penal de forma direta, mas o fez ao estabelecer dentre as causas de exclusão da culpabilidade, ou dirimentes, aquelas ligadas à inimputabilidade, com isso, podemos extrair o conceito de imputabilidade penal a partir da leitura, *a contrario sensu*, dos artigos 26, *caput*, 27 e 28, § 1º, do CP, que dizem o seguinte:

Art. 26. É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Art. 27. Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial.

Art. 28. (...) § 1º - É isento de pena o agente que, por embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Sobre o conceito de imputabilidade penal elaborado pela doutrina, destacamos a lição do Professor e Desembargador Guilherme de Souza Nucci, que leciona o seguinte:

É o conjunto das condições pessoais, envolvendo inteligência e vontade, que permite ao agente ter entendimento do caráter ilícito do fato, comportando-se de acordo com esse conhecimento. O binômio necessário para a formação das condições pessoais do imputável consiste em sanidade mental e maturidade. (NUCCI, 2014, p. 269.).

Em síntese, as causas que excluem a imputabilidade penal no sistema jurídico brasileiro, todas necessariamente previstas em lei, são: doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, menoridade e embriaguez completa e involuntária proveniente de caso fortuito ou força maior. Todavia, o foco neste trabalho será a menoridade penal, prevista no art. 27 do estatuto repressor e no art. 228 da CR, sobre a qual nos debruçaremos nos próximos capítulos.

1.3. Dos sistemas de aferição da inimputabilidade penal

Nos tópicos seguintes apresentaremos os diferentes sistemas ou critérios existentes no âmbito do Direito Penal, com base nos quais se presume ou se busca aferir a inimputabilidade dos autores de fatos típicos e ilícitos, com seus requisitos e implicações para o *jus puniendi* do Estado, na medida em que a aplicação de um sistema em detrimento do outro interfere na verificação da imputabilidade do agente e, em última análise, no juízo de reprovação (culpabilidade) que recai sobre o injusto penal e seu autor, podendo resultar na não configuração de crime, na hipótese da menoridade, e nos demais casos na isenção de pena ou na substituição desta por medida de segurança, sempre que ficar demonstrada, no bojo do processo penal, a ausência, ao tempo da ação ou omissão delituosa, das capacidades de entendimento sobre o caráter ilícito do fato ou de autodeterminação do agente.

1.3.1. O sistema biológico

No sistema ou critério biológico de aferição da inimputabilidade penal, também chamado etiológico ou francês, irá se perquirir se o indivíduo autor de um fato típico e antijurídico (injusto penal) é portador de doença mental ou se possui desenvolvimento mental incompleto ou retardado para, a partir daí, e uma vez verificada a presença de tais condições,

presumir-se que esse indivíduo não tem condições psíquicas de discernir que a conduta que adotou é contrária ao Direito, seja por não gozar da capacidade de entendimento sobre o caráter ilícito do fato que praticou ou por não possuir comando sobre sua própria vontade, o que o leva a agir compulsivamente, sem autodeterminação.

Assim, para o sistema em análise, pouco importa saber se o comprometimento do psiquismo do indivíduo decorrente de enfermidade mental ou de desenvolvimento mental incompleto ou retardado efetivamente veio a afetar no momento da prática da conduta sua compreensão acerca da ilicitude do fato, ou sua capacidade de determinar-se de acordo com essa compreensão, para que seja declarado inimputável e, por via de consequência, não sofra o juízo de reprovação que lhe poderia culminar na imposição de uma pena.

Sobre o tema, ensina o Professor Fernando Capez:

A este sistema somente interessa saber se o agente é portador de alguma doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado. Em caso positivo, será considerado inimputável, independentemente de qualquer verificação concreta de essa anomalia ter retirado ou não a capacidade de entendimento e autodeterminação. Há uma presunção legal de que a deficiência ou doença mental impede o sujeito de compreender o crime ou comandar a sua vontade, sendo irrelevante indagar acerca de suas reais e efetivas consequências no momento da ação ou omissão. (CAPEZ, 2012, p. 338.).

O ordenamento jurídico brasileiro adotou o sistema biológico em relação aos sujeitos com idade inferior a 18 anos, conforme se verifica na norma insculpida no texto do artigo 228 da CR, a seguir transcrito: “*Art. 228. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial.*”.

Idêntico dispositivo já havia sido previsto com a reforma do Código Penal, processada pela Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984, que conferiu nova redação ao art. 27 do estatuto repressor: “*Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial.*”.

Neste diapasão, a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que instituiu o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), reforçando os comandos normativos que emanam da Constituição Federal de 1988 e de nossa legislação penal fundamental, também estabeleceu em seu art. 104, *caput*, a idade de 18 anos como marco distintivo da maioridade penal, sujeitando os menores às medidas socioeducativas nele previstas: “*Art. 104. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às medidas previstas nesta Lei.*”.

A seu turno, focaremos nossa atenção neste trabalho na análise da possibilidade jurídico-constitucional de adequação do preceito que veicula essa presunção legal (e constitucional) de inimputabilidade penal aos 18 anos de idade, por força da qual, em se tratando de fato tipificado como crime praticado por um adolescente, cuja definição é dada pelo ECA: “*Art. 2º Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.*” (grifamos), pouco importa saber se possuía a compreensão de que estava fazendo algo contrário ao Direito, ou se possuía capacidade de dirigir a sua vontade de modo a não praticar a conduta, para que fique isento de pena e se sujeite às normas estabelecidas no referido Estatuto, ao qual fazem referência a Constituição (art. 228) e o Código Penal (art. 27).

Em remate, por força dessa presunção legal, os fatos ilícitos tipificados como crimes, quando praticados por adolescentes, em razão destes não possuírem capacidade de imputação ou imputabilidade, não podem ser chamados de crimes, tecnicamente falando, porquanto, como se viu, a culpabilidade é um dos elementos indispensáveis na estrutura do delito.

Com efeito, tais fatos recebem a denominação de *atos infracionais*, cujo conceito é dado pelo art. 103 do ECA: “*Art. 103. Considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal.*”, sendo que a tais atos não corresponde, como consequência, a aplicação de uma pena, mas aos seus autores podem ser cominadas, observadas as garantias processuais, as medidas sócio-educativas previstas no Estatuto⁵.

1.3.2. O sistema psicológico

O sistema psicológico, por sua vez, também constitui um critério de aferição da inimputabilidade penal, porém, distingue-se do primeiro (biológico) na medida em que, enquanto naquele se fundamenta a inimputabilidade exclusivamente em sua causa geradora (doença mental ou perturbação da saúde mental), neste deve ser verificada a ausência das capacidades de compreensão acerca da ilicitude do fato (cognitiva) ou de autodeterminação (volitiva), tendo como referência o momento da prática da conduta, sendo despicienda, portanto, a análise das causas geradoras dessas incapacidades.

⁵ Estatuto da Criança e do Adolescente, Art. 112. Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas: I - advertência; II - obrigação de reparar o dano; III - prestação de serviços à comunidade; IV - liberdade assistida; V - inserção em regime de semi-liberdade; VI - internação em estabelecimento educacional; VII - qualquer uma das previstas no art. 101, I a VI.

Esse sistema fora adotado pelo Direito Penal brasileiro com o Código Penal de 1890, que vigorou entre nós até a promulgação do Código Penal de 1940, quando então deixou de ser adotado, como se pode inferir da leitura do art. 28 do atual estatuto repressor: “*Não excluem a imputabilidade penal: I - a emoção ou a paixão; (...)*”; porquanto, caso o sistema em comento ainda fosse aplicável, o indivíduo que sob a influência de violenta emoção viesse a ceifar uma vida humana após uma discussão banal no trânsito, por exemplo, poderia ter excluída sua imputabilidade penal, ficando, desse modo, isento de pena sob a alegação de que no momento da conduta não possuía capacidade de comandar a própria vontade, sendo irrelevante para tal efeito a sua causa geradora, o que definitivamente não se coaduna com a atual dogmática do nosso Direito Penal.

1.3.3. O sistema biopsicológico

Por fim, encerramos a análise dos sistemas de aferição da inimputabilidade penal, tratando do sistema ou critério biopsicológico, o qual é adotado como regra pelo CP e contempla como requisitos, tanto as causas geradoras da inimputabilidade penal, as quais possuem natureza biológica, e necessariamente devem estar previstas em lei, quanto os efeitos ou consequências psíquicas que eventualmente delas decorrem, somando-se a esses dois requisitos, um terceiro, de natureza temporal, que vai ter no momento da prática da conduta o referencial para a análise dos outros dois.

O sistema biopsicológico ora analisado serve de fundamento para as causas de exclusão da imputabilidade penal previstas na legislação penal, sobretudo no CP, notadamente em seus artigos 26, *caput*, e 28, § 1º. Assim, nos termos do referido *Codex*, aquele que por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado; ou por embriaguez completa e involuntária (requisitos causais) era, ao tempo da ação ou da omissão (requisito temporal), inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento (requisito consequencial), ficará isento de pena, isto é, não sofrerá a imposição de uma pena como medida de caráter retributivo-preventivo diante do injusto penal praticado, mas será submetido à medida de segurança, cujo fundamento de aplicação difere do que é utilizado para a imposição de pena, pois enquanto esta se fundamenta na reprovabilidade da conduta e tem por fim a retribuição-prevenção e também a ressocialização do agente, aquela se fundamenta na periculosidade do agente e volta-se apenas à prevenção de delitos.

Bem assim, além do disposto em nossa legislação penal fundamental, há também na Lei de Drogas⁶ (Lei nº 11.343/06) uma dirimente que tem por fundamento o sistema biopsicológico em apreço.

Nessa senda, prosseguindo com a análise desse sistema, cabe destacar as questões processuais que decorrem de sua aplicação, iniciando pela previsão dos art. 149 e 153 do Código de Processo Penal (CPP), que impõem ao juiz, no caso de haver dúvida acerca da integridade mental do acusado, o dever de adotar providências, de ofício ou mediante representação da autoridade policial, na fase do inquérito, ou de requerimento do Ministério Público, do defensor, do cônjuge, ascendente, descendente ou irmão do acusado, no sentido de submetê-lo a exame médico-legal, a fim de verificar se estão presentes, concomitantemente, os requisitos acima mencionados (causal, consequencial e temporal), o que permitirá concluir por sua (in)imputabilidade.

Para tal fim, instaura-se um incidente processual denominado *insanidade mental*, que constitui um processo incidente, de cujo deslinde depende o processo principal, cujo processamento, previsto nos artigos 149 a 152 da norma penal instrumental, ocorre em autos apartados até a apresentação de laudos conclusivos por peritos, que consubstanciam os resultados dos exames da higidez mental do acusado, quando então o incidente será apensado ao processo principal.

Uma vez verificada, no bojo desse incidente processual, a presença dos requisitos contemplados pelo sistema em epígrafe, ou seja, que o acusado não possuía ao tempo da ação ou da omissão capacidade de entendimento ou de autodeterminação em razão das causas previstas no CP (art. 26, *caput*, e art. 28, § 1º), ou na legislação penal especial, deverá o juiz absolver o acusado com fundamento em sua inimputabilidade, causa excludente da culpabilidade, ou dirimente, que isenta de pena o agente da infração.

Todavia, tal hipótese configura o que a doutrina nominou de *absolvição imprópria*, já que ao acusado, neste caso, será imposta pelo juiz uma *medida de segurança* de internação ou

⁶ Lei nº 11.343/06: Art. 45. É isento de pena o agente que, em razão da dependência, ou sob o efeito, proveniente de caso fortuito ou força maior, de droga, era, ao tempo da ação ou da omissão, qualquer que tenha sido a infração penal praticada, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. Parágrafo único. Quando absolver o agente, reconhecendo, por força pericial, que este apresentava, à época do fato previsto neste artigo, as condições referidas no caput deste artigo, poderá determinar o juiz, na sentença, o seu encaminhamento para tratamento médico adequado.

tratamento ambulatorial, conforme o caso. Tais medida de segurança constituem, ao lado da pena, espécies do gênero sanção penal, e como já mencionado, tem por fundamento a periculosidade do agente, não se confundindo com a pena, que se funda na reprovabilidade da conduta, conforme se depreende da leitura do art. 97 do CP e parágrafos (grifos nossos):

Art. 97 - Se o agente for inimputável, o juiz determinará sua internação (art. 26). Se, todavia, o fato previsto como crime for punível com detenção, poderá o juiz submetê-lo a tratamento ambulatorial.

§ 1º - A internação, ou tratamento ambulatorial, será por tempo indeterminado, perdurando enquanto não for averiguada, mediante perícia médica, a cessação de periculosidade. O prazo mínimo deverá ser de 1 (um) a 3 (três) anos.

§ 2º - A perícia médica realizar-se-á ao termo do prazo mínimo fixado e deverá ser repetida de ano em ano, ou a qualquer tempo, se o determinar o juiz da execução.

§ 3º - A desinternação, ou a liberação, será sempre condicional devendo ser restabelecida a situação anterior se o agente, antes do decurso de 1 (um) ano, pratica fato indicativo de persistência de sua periculosidade.

§ 4º - Em qualquer fase do tratamento ambulatorial, poderá o juiz determinar a internação do agente, se essa providência for necessária para fins curativos.

Nessa esteira, não sem razão, a Lei nº 11.719, que no ano de 2008 produziu importantes e substanciais mudanças no CPP, ressaltou no inciso II do art. 397 dessa norma instrumental, a hipótese da inimputabilidade dentre as dirimentes ou causas excludentes da culpabilidade que autorizam a absolvição sumária, já que o reconhecimento da inimputabilidade pelo juiz não deixa de acarretar ao acusado um gravame a ser por ele suportado, consistente na imposição de uma medida de segurança de internação ou tratamento ambulatorial.

Com efeito, dispositivo semelhante fora incluído pela Lei nº 11.689, de 2008, ao art. 415 do CPP⁷, ressaltando também a hipótese da inimputabilidade das causas de exclusão da culpabilidade, no âmbito do procedimento do júri, exceto quando se tratar de única tese defensiva.

Com isso, sem esgotar o assunto, encerramos nossa análise das principais características que compõem os sistemas de imputabilidade penal, destacando seus requisitos, ou elementos, suas consequências e implicações para o direito de punir do Estado, com ênfase para o sistema biológico, que, como se pode ver, encontra-se umbilicalmente ligado à maioria penal, fio condutor deste trabalho.

⁷ Código de Processo Penal, Art. 415. O juiz, fundamentadamente, absolverá desde logo o acusado, quando: (...) IV – demonstrada causa de isenção de pena ou de exclusão do crime. Parágrafo único. Não se aplica o disposto no inciso IV do caput deste artigo ao caso de inimputabilidade prevista no caput do art. 26 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, salvo quando esta for a única tese defensiva.

A ADOÇÃO DA IDADE CRONOLÓGICA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO COMO CONDIÇÃO PARA O EXERCÍCIO DE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS

2.1. Introdução

O Estado brasileiro, através da Constituição e de suas leis, ressalvadas as hipóteses de doença mental ou perturbação da saúde mental, presume a capacidade do adolescente para a prática de diversos atos da vida civil, deferindo-lhe, em razão disso, o gozo e a fruição de importantes direitos civis e políticos, dentre os quais se sobreleva o direito ao sufrágio, instrumentalizado através do voto, cujo exercício fora facultado aos adolescentes a partir dos seus 16 anos de idade pelo constituinte de 1988, que, nesse tanto, colocou-os em situação jurídica de igualdade em relação aos adultos maiores de 18 anos.

Todavia, não obstante a isso, verifica-se que esse mesmo Estado presume ser o adolescente (sujeito com 18 anos de idade incompletos, de acordo com o ECA) penalmente inimputável, sujeitando-o, em razão disso, às normas da legislação especial, conforme preceituam o art. 228 da CR e o art. 27 do Código Penal, seguidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 104), o que afigura-se-nos um disparate dentro do nosso ordenamento jurídico.

Sobre o assunto, o ilustre constitucionalista Manoel Gonçalves Ferreira filho, citado por Pedro Lenza, faz a seguinte crítica: *“timbra o texto, no art. 228, ao consagrar a inimputabilidade penal do menor de dezoito anos. É incoerente esta previsão se se lembrar que o direito de votar – a maioria política – pode ser alcançada aos dezesseis anos. (...)”*¹.

Assim, verifica-se a ausência de unidade e coerência no sistema jurídico brasileiro, que elege a idade como o parâmetro que, a um só tempo, serve para marcar a inimputabilidade penal de forma absoluta, de um lado, e para atribuir capacidade de exercício, ou de fato, necessária à prática de atos jurídica e socialmente relevantes, de outro; e neste capítulo

discorreremos sobre os direitos civis e políticos previstos no ordenamento jurídico brasileiro, de cuja possibilidade de exercício tem por pressuposto o atingimento de determinada idade por parte dos seus titulares.

Com isso, procuraremos demonstrar que, não obstante à tenra idade, os dispositivos espalhados pelo sistema jurídico pátrio conferem aos adolescentes, ao atingirem determinada idade prevista em lei, a possibilidade jurídica de fruírem importantes direitos de natureza civil e política, de cujo exercício, não se pode olvidar, tem relevância jurídica e social, na medida em que possuem o condão de criar, modificar ou extinguir relações jurídicas das mais complexas, irradiando seus efeitos sobre terceiros.

2.2. Do direito ao voto

A Constituição Federal de 1988, no capítulo que trata dos direitos políticos, defere aos adolescentes com mais de 16 anos de idade o exercício do sufrágio através do voto nos pleitos eleitorais e em consultas populares, bem como a possibilidade de participar de iniciativa popular de lei.

Tais direitos estão expressamente previstos na alínea “c” do inciso II do § 1º do art. 14 da CR, a seguir transcrito (grifo nosso):

CR, Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: I - plebiscito; II - referendo; III - iniciativa popular.

§ 1º - O alistamento eleitoral e o voto são:

I - obrigatórios para os maiores de dezoito anos; II - facultativos para: (...)

c) os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos.

Assim, o direito ao voto, que consubstancia uma das formas de participação do sujeito na sociedade politicamente organizada de que faz parte, e também revela seu interesse pelos assuntos de natureza pública, pressupõe sua capacidade eleitoral ativa e lhe confere, desse modo, a condição de cidadão².

¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de direito constitucional. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 373. apud LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquemático. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 1321-1322.

² A capacidade eleitoral ativa é definida pelo Glossário Eleitoral como o reconhecimento legal da qualidade de eleitor no tocante ao exercício do sufrágio. Assim, eleitor é o cidadão brasileiro, devidamente alistado na forma da lei, no gozo dos seus direitos políticos e apto a exercer a soberania popular, consagrada no artigo 14 da Constituição Federal, por meio do sufrágio universal, pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos e mediante os instrumentos de plebiscito, referendo e iniciativa popular das leis. Notícias do TSE, Brasília-DF:

Cumpra anotar, neste ponto, que o exercício consciente desse direito é de fundamental importância para a vida de uma nação, na medida em que irá produzir e irradiar seus efeitos sobre diversos setores da sociedade e, uma vez manipulado ou mal exercido, poderá acarretar na escolha de candidatos com interesses escusos e inconfessos, quando não ímprobos e indignos de ocuparem cargos eletivos importantes.

Com efeito, o deferimento da capacidade eleitoral ativa aos adolescentes a partir dos 16 anos de idade, condição *sine qua non* para o exercício de direitos políticos de fundamental importância do ponto de vista político e social em um Estado Democrático de Direito, implica no reconhecimento por parte do Estado brasileiro de que os adolescentes, considerados em sua generalidade, ao atingirem a idade em questão, já detêm a maturidade e o discernimento necessários para o exercício do sufrágio nos pleitos eleitorais e em consultas populares, de que são exemplos o plebiscito e o referendo, bem como para a iniciativa popular de leis e para a propositura da *Ação Popular* prevista no art. 5º, LXXIII, de nossa Carta Política³.

No sentido da legitimação ativa dos adolescentes com idade entre 16 e 18 anos para a propositura de ação popular, destacamos o magistério do constitucionalista Alexandre de Moraes: *“somente o cidadão, seja brasileiro nato ou naturalizado, inclusive aquele entre 16 e 18 anos, e ainda, o português equiparado, no gozo de seus direitos políticos, possuem legitimação constitucional para a propositura da ação popular”*.⁴

De todo o exposto, impende reconhecer, portanto, a relevância política, social e jurídica que a atribuição de capacidade eleitoral ativa aos adolescentes possui para o fortalecimento de nossa democracia, porquanto é notório que o exercício dos direitos políticos possui o condão de influir sobremaneira no processo eleitoral de escolha dos candidatos aos diversos cargos eletivos da República; na formação da vontade geral do povo, através da deflagração do processo legislativo com a iniciativa popular de leis e, bem assim, na tomada de importantes

2013. Disponível em <<http://www.tse.jus.br/noticias-tse/2013/Marco/glossario-confira-o-que-e-capacidade-eleitoral-ativa-e-passiva>>. Acesso em: 07 abr. 2015.

³ CR, Art. 5º, LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a 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;

⁴ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 2005, p. 167. apud CAVALCANTI, Lívio Coêlho. Legitimidade ativa em ação popular. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 27 dez. 2012. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.41447&seo=1>>. Acesso em: 07 abr. 2015.

decisões políticas por parte de nossos representantes eleitos, as quais ficam atreladas aos resultados das consultas populares, plebiscito e referendo.

Em remate, cabe destacar também que o direito de voto é regido pelo princípio da igualdade, por força do qual a todo e qualquer voto é atribuído igual valor, independente da idade, do grau de instrução, qualidade ou condição da pessoa que exerce o direito de votar. Sobre o assunto, ensina o Professor Uadi Lammêgo Bulos:

O voto é igual para todos, porque cada cidadão tem a mesma importância política. Tanto é assim que ninguém pode votar duas vezes ou mais em diversas circunscrições eleitorais, praticando o voto múltiplo, plural ou familiar. Nessa matéria, o constituinte de 1988 inspirou-se no princípio norte-americano *one man, one vote* ("um homem, um voto"). Adotou, assim, o voto igualitário, típico reflexo do ditame da isonomia (CF, art. 5º, *caput*). (BULOS, 2014, p. 869).

Nesse sentido, trazemos à baila trecho da decisão do Supremo Tribunal Federal que, no julgamento do RE nº 163.727, da relatoria do Ministro Ilmar Galvão, reforçou o caráter igualitário do voto⁵:

O art. 32, § 42, da Lei Complementar nº 59/90, do Estado do Rio de Janeiro, ao exigir a observância do quórum de comparecimento em cada um dos distritos envolvidos num único processo de emancipação, não ofendeu o princípio da igualdade de voto, consagrado no art. 14 da Carta Federal, que nada tem a ver com valor proporcional de cada voto, cuidando, ao revés, de simples aplicação, no campo do direito político, do princípio da igualdade de todos perante a lei, de molde a assegurar que o voto de cada cidadão tenha o mesmo peso político e a mesma influência, qualquer que seja sua idade, suas qualidades, sua instrução e seu papel na sociedade. (STF, RE 163.727, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ de 20-4-2001).

2.3. Da capacidade civil

O Código Civil de 2002, instituído pela Lei nº 10.406, de 10 de janeiro do mesmo ano, tratou da personalidade e da capacidade das pessoas naturais dentro do Título I do Livro I de sua Parte Geral, estatuinto em seu artigo 1º o seguinte: *“Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.”*

Tal declaração decorre do reconhecimento pela ordem jurídica de que toda pessoa, sem exceção, é dotada de personalidade jurídica, que, por sua vez, pode ser definida como qualidade ou atributo inerente a todo ser humano, ou, conforme ensina o ilustre civilista

⁵ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigobd.asp?item=%20215>> Acesso em: 07 abr. 2015.

Carlos Roberto Gonçalves: “(...) *Pode ser definida como aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações ou deveres na ordem civil.*”⁶

Sobre a personalidade jurídica, Haroldo Valladão, citado por Gonçalves, leciona o seguinte:

É pressuposto para a inserção e atuação da pessoa na ordem jurídica. A personalidade é, portanto, o conceito básico da ordem jurídica, que a estende a todos os homens, consagrando-a na legislação civil e nos direitos constitucionais de vida, liberdade e igualdade. (GONÇALVES, 2014, p. 206.)

Nesse diapasão, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald acrescentam à noção de personalidade jurídica o seguinte:

Enfim, além de servir como fonte de afirmação da aptidão genérica para titularizar relações jurídicas, a personalidade civil traduz o valor maior do ordenamento jurídico, servindo como órbita ao redor da qual gravitará toda a legislação infraconstitucional. É valor ético, oriundo dos matizes constitucionais, especialmente a *dignidade da pessoa humana*. (FARIAS, ROSENVALD, 2013, p. 174. grifos dos autores).

Feitas essas breves considerações sobre o conceito de personalidade jurídica, passemos ao exame da capacidade jurídica, que, consoante a lição de Gonçalves: “*É a maior ou menor extensão dos direitos de uma pessoa. É, portanto, a medida da personalidade.*”⁷

A par disso, verificamos que os conceitos de uma e de outra se relacionam, sendo a personalidade um valor jurídico reconhecido a todas as pessoas e a capacidade jurídica a projeção desse valor, conforme ensina o citado autor, apoiado em Francisco Amaral: “*Enquanto a personalidade é um valor, a capacidade é a projeção desse valor que se traduz em um quantum. Pode-se ser mais ou menos capaz, mas não se pode ser mais ou menos pessoa.*”⁸

Sobre os conceitos em apreço, insta destacar a lição de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, por quão esclarecedora e de grande valia é para a compreensão do assunto:

Em síntese apertada, porém completa: enquanto a personalidade tende ao exercício das relações existenciais, a capacidade diz respeito ao exercício de relações patrimoniais. Exemplificando, ter personalidade é titularizar os direitos da

⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Esquematizado. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. (Coleção Esquematizado v. 1.), p. 206.

⁷ Ibidem, p. 209.

⁸ AMARAL, Francisco. Direito Civil. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 214. apud GONÇALVES, Carlos Roberto. op. cit., loc. cit.

personalidade, enquanto ter capacidade é poder concretizar relações obrigacionais, como o crédito e o débito. (FARIAS, ROSENVALD, 2013, p. 174.)

Nessa ordem de ideias, tratando da capacidade jurídica, verificamos que esta se divide em capacidade de direito, também chamada de capacidade de aquisição ou de gozo, e capacidade de fato, ou de exercício.

2.3.1 Da capacidade de direito ou de gozo

O legislador civil, ao enunciar no citado artigo 1º do CC/2002 que todas as pessoas são capazes de direitos e deveres na ordem civil, esta a referir-se à capacidade de direito ou de gozo, pois apenas esta é reconhecida indistintamente a todas as pessoas, consoante o magistério de Flávio Tartuce:

A norma em questão trata da capacidade de direito ou de gozo, que é aquela para ser sujeito de direitos e deveres na ordem privada, e que todas as pessoas têm sem distinção. Em suma, em havendo pessoa, está presente tal capacidade, não importando questões formais como ausência de certidão de nascimento ou de documentos. (TARTUCE, 2014, p. 75.).

A capacidade de direito, como visto, é uma projeção da personalidade, inerente a todas as pessoas; é dizer: todo ser humano a possui desde o nascimento com vida, independentemente de seu grau de desenvolvimento intelectual e higidez mental, ou de possuir discernimento para a prática dos atos da vida civil, por esse motivo é também chamada por alguns autores de capacidade de aquisição de direitos.

2.3.2 Da capacidade de fato ou de exercício

A capacidade de fato ou de exercício, por sua vez, pressupõe a de direito e consiste na aptidão para praticar, *de per se*, os atos da vida civil, sendo que algumas pessoas dela não dispõem em sua plenitude, embora possuam a capacidade de direito, inerente a todos, sendo, por via de consequência, chamadas de incapazes, o que será mais bem analisado neste capítulo em tópico próprio.

Anote-se que, ao tratar dessa temática, o civilista argentino Ricardo Rabinovich-Berkman, citado por Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, propõe que seria mais

próprio e correto falar em “*capacidade de titularizar direitos e capacidade de exercer direitos.*”⁹.

Por oportuno, embora tenhamos bifurcado a análise da capacidade civil em capacidade de direito e de fato, cumpre anotar que neste trabalho iremos deter nossa análise na capacidade de fato, ou de exercício, pois a de direito ou de gozo, como visto, é reconhecida a todas as pessoas, sem distinção de qualidade, idade ou condição.

Ademais, o foco neste trabalho é demonstrar que o legislador civil valeu-se da idade cronológica como requisito ou condição para conferir às pessoas, de forma abstrata, a aptidão (traduzida em capacidade de fato) para exercer pessoalmente diversos atos jurídicos, de cuja relevância social e jurídica não se pode olvidar. Isso, em derradeira análise, em cotejo com a adoção da idade de 18 anos que marca a maioridade penal, revela a falta de unidade, coerência e harmonia no sistema jurídico brasileiro.

O Código Civil de 2002 tratou da capacidade de fato ou de exercício *a contrario sensu*, dispondo sobre as incapacidades, a fim de conferir especial proteção àqueles que, por motivos de saúde, reduzido grau de desenvolvimento mental e intelectual ou outras deficiências naturais, não dispõem do necessário discernimento à prática dos diversos atos jurídicos da vida civil; o que, a nosso ver, afigura-se necessário e razoável.

Nesse sentido, Maria Helena Diniz, citada por Carlos Roberto Gonçalves, de forma clara e objetiva ensina que: “*Incapacidade, destarte, é a restrição legal ao exercício dos atos da vida civil, imposta pela lei somente aos que, excepcionalmente, necessitam de proteção, pois a capacidade é a regra.*”¹⁰.

Acerca dessa proteção deferida pelo legislador civil aos incapazes, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald lecionam que esta encontra supedâneo nos princípios basilares do Estado Democrático de Direito da igualdade ou isonomia:

⁹ RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo D. *Derecho Civil: parte general*. Bueno Aires: Astrea, 2003, p. 409. apud FARIAS, Cristiano Chaves de, ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil: parte geral e LINDB. 11 ed. Salvador: Juspodivm, 2013. v. 1, p. 326.

¹⁰ DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 1, p. 140. apud GONÇALVES, Carlos Roberto. op. cit., p. 222.

Com isso, importa perceber que o incapaz reclama um tratamento diferenciado, na medida em que não possui o mesmo quadro de compreensão da vida e dos atos cotidianos das pessoas plenamente capacitadas. É a simples aplicação da conhecida regra de que a igualdade se consubstancia tratando desigualmente quem está em posição desigual. (FARIAS, ROSENVALD, 2013, p. 330.)

Nessa toada, asseveram os autores supracitados: “*Sem dúvida, o respeito ao princípio constitucional da igualdade substancial, reclama tratamento diverso aos cidadãos somente quando estejam em situação de desigualdade.*”¹¹.

Dentro desse espírito protecionista, a norma privada dispôs expressamente sobre quem são os absolutamente (art. 3º) e os relativamente incapazes (art. 4º) de exercer pessoalmente os atos da vida civil, *in verbis*:

CC/2002, Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

- I - os menores de dezesseis anos;
- II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;
- III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:

- I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;
- II - os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;
- III - os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;
- IV - os pródigos.

Parágrafo único. A capacidade dos índios será regulada por legislação especial.

A seguir, analisaremos quem são os incapazes de exercer pessoalmente uma série de direitos, consubstanciados em atos jurídicos em geral, de acordo com os dispositivos acima transcritos, abordando quais são as causas geradoras das incapacidades, suas formas de suprimento, bem como as consequências da inobservância de tais preceitos.

2.3.2.1 Dos absolutamente incapazes para os atos da vida civil

Os absolutamente incapazes são aqueles proibidos de exercer por si só os atos da vida civil, eis que desprovidos da capacidade de fato, sendo, portanto, imprescindível para o exercício válido e regular dos atos que sejam de seus interesses, a figura do representante legal, o qual os representará e praticará o ato em nome e no interesse do representado (absolutamente incapaz), consoante previsão do art. 116 do Código Civil: “*A manifestação de*

¹¹ Ibidem, p. 332.

vontade pelo representante, nos limites de seus poderes, produz efeitos em relação ao representado.”.

Assim, temos que a representação legal é o instituto vocacionado sobretudo a conferir proteção jurídica aos interesses dos absolutamente incapazes, bem como de suprir a incapacidade para o exercício válido e regular dos atos da vida civil em que figurem, sendo, portanto, exigível, uma vez que a inobservância da proibição de praticar determinado ato jurídico por si próprio, que recai sobre uma pessoa absolutamente incapaz, leva à declaração de nulidade do ato, nos termos do art. 166, I, do CC/2002, *in verbis*: “*É nulo o negócio jurídico quando: I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz; (...)*”.

Em remate, veremos a seguir quem são os absolutamente incapazes para os atos da vida civil de acordo com o CC/2002:

a) Os menores de dezesseis anos:

Tópico de relevo singular para o presente estudo, o dispositivo em tela demonstra a escolha do legislador civil da idade cronológica como parâmetro que distingue as pessoas em absolutamente e relativamente incapazes, estabelecendo, dessa forma, em função apenas da idade, os níveis de incapacidade para o exercício dos atos jurídicos em geral.

Houve o tempo em que a menoridade civil era marcada pela puberdade, isto é, os menores púberes eram considerados relativamente incapazes, ao passo que aqueles privados de procriar, chamados impúberes, eram considerados absolutamente incapazes no sistema jurídico então vigente.

Tratava-se, pois, do direito civil pré-codificado (anterior ao Código Civil de 1916), que considerava absolutamente incapazes em razão da condição de impúbere os indivíduos do sexo masculino com menos de 14 anos de idade e as mulheres com menos de 12 anos, consoante se extrai da lição de Gonçalves:

No direito pré-codificado, levava-se em conta a puberdade para distinguir a menoridade. Eram absolutamente incapazes os menores impúberes: o varão de menos de 14 anos e a mulher de menos de 12, porque privados de aptidão para procriar. (GONÇALVES, 2014, p. 224.).

O Código Civil de 1916, rompendo com o critério da puberdade até então adotado para distinguir a menoridade civil, fixou a idade de 16 (dezesesseis) anos como o limite que separa os absolutamente dos relativamente incapazes, aplicando-o a ambos os sexos.

Sobre essa mudança de paradigma, ensina Gonçalves, apoiado em Beviláqua: “(...) *que não se deve ter em vista, nesse caso, a aptidão para procriar, mas o desenvolvimento intelectual e o poder de adaptação às condições da vida social.*”¹².

Nessa esteira, o atual Código Civil, ao tratar do assunto, não inovou em relação à legislação que o antecedeu quando dispôs sobre a incapacidade civil, mantendo a idade de 16 anos prevista no diploma anterior como o divisor de águas em matéria de incapacidade civil.

Nesse diapasão, mais uma vez destacamos a lição de Gonçalves (grifo nosso):

O Código de 2002 também considera que o ser humano, até atingir os dezesseis anos, não tem discernimento suficiente para dirigir sua vida e seus negócios e, por essa razão, deve ser representado na vida jurídica por seus pais, tutores ou curadores. (GONÇALVES. Op. cit., loc. cit.).

Da lição do autor retrocitado, pode-se concluir, *a contrario sensu*, que a escolha da idade de 16 anos como marco da incapacidade absoluta, implica no reconhecimento por parte do legislador civil de que as pessoas, ao atingirem essa idade, já dispõem de algum discernimento e maturidade necessários, mas não suficientes, para o exercício de alguns atos da vida civil, pois se assim não fosse, aos indivíduos com idade entre 16 e 17 anos não seria deferido, por esse mesmo legislador, o exercício de importantes direitos, de cujo impacto e relevância sociais, frise-se, não se pode olvidar.

Essa escolha a que nos referimos, a nosso ver, a exemplo da escolha do legislador penal, seguida pelo constituinte de 1988 no que toca à maioria penal, fio condutor deste trabalho, também é fruto de opções políticas, que se baseiam em um conhecimento empírico da realidade e, diga-se *en passant*, refletem a ideologia política do governo, na medida em que tal escolha é igualmente carecedora de critérios científicos que a fundamentem, justifiquem e apontem para a necessidade de se proceder ao exame acurado de elementos ligados ao desenvolvimento mental, intelectual e ao psiquismo dos sujeitos nessa faixa etária, para que então se possa afirmar se são ou não incapazes na órbita civil.

¹² GONÇALVES, Carlos Roberto. Op. cit., p. 224.

Neste sentido, novamente nos apoiamos nas valiosas lições de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (grifamos): “A fixação da idade é uma opção legislativa, tanto que o direito argentino estabelece a incapacidade absoluta para os menores de quatorze anos de idade.”¹³

Gonçalves, por sua vez, apoiando-se em Silvio Rodrigues ensina que: “*O novo Código Civil brasileiro, como visto, fixou em 16 anos a idade da maturidade relativa, e em 18 a da maioridade, baseando-se naquilo que habitualmente acontece.*”¹⁴.

Em síntese, tais inferências permitem concluir, e corroboram nosso entendimento, que o Direito brasileiro, enquanto conjunto ou sistema de normas, resente-se de unidade e coerência, na medida em que utiliza diferentes idades como requisitos, ou condições, para assinalar de maneira abstrata o limite das incapacidades (absoluta ou relativa) na ordem civil e também da inimputabilidade penal.

Por fim, em se tratando de atos jurídicos que envolvam interesses de indivíduos absolutamente incapazes, tem-se que observar a necessária aplicação do instituto da representação legal, sobre o qual já nos debruçamos acima, que no caso das incapacidades relacionadas à idade, incumbe, via de regra, aos pais do menor, consoante se extrai dos dispositivos da Codificação de 2002.

Nesse tocante, insta trazer à baila recentíssima alteração legislativa promovida pela Lei nº 13.058, publicada em 24 de dezembro de 2014, que procurou estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada” bem como dispor sobre sua aplicação, dando ao art. 1.634 do CC/02 a seguinte redação:

Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos: (...) VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; (...).

Nessa toada, temos ainda o art. 1.690 do mesmo *Codex*, que assim dispõe em seu *caput*: “*Compete aos pais, e na falta de um deles ao outro, com exclusividade, representar os filhos*

¹³ FARIAS, Cristiano Chaves de, ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil: parte geral e LINDB. 11 ed. Salvador: Juspodivm, 2013. v. 1, p. 334.

¹⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. Op. cit., loc. cit.

menores de dezesseis anos, bem como assisti-los até completarem a maioridade ou serem emancipados.”.

b) Os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos:

O Código Civil de 2002 inovou em relação à Codificação anterior ao dispor sobre aqueles privados do necessário discernimento para os atos da vida civil em razão de doença ou deficiência mental, pois o diploma de 1916, ao se referir a pessoas que se encontravam em tais situações, utilizava a expressão “*loucos de todo gênero*”, designação que recebia duras críticas da doutrina.

O atual diploma, agasalhando conceitos dados pela psicologia moderna, utiliza a expressão genérica constante do dispositivo em apreço para referir-se àqueles que não têm o necessário discernimento (como consequência) para a prática dos diversos atos da vida civil em razão de doença mental, congênita ou adquirida, ou deficiência mental decorrente de distúrbios psíquicos (como causas permanentes geradoras das incapacidades).

c) Os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade:

Aqui também se verifica a utilização pelo legislador civil de expressão genérica que tem por fim abarcar situações nas quais figure pessoa de condição psíquica normal, mas que se encontre impossibilitada, de fato, de expressar sua própria vontade em razão de causas transitórias que lhe retirem a consciência e/ou discernimento.

A doutrina aponta como exemplos de causas transitórias que acarretam a incapacidade absoluta para a prática dos atos jurídicos e, por via de consequência, levam à declaração de nulidade dos atos eventualmente praticados: o uso eventual e excessivo de álcool ou de outras substâncias entorpecentes ou alucinógenas, a arterioesclerose, a paralisia, o coma, a hipertensão arterial excessiva, a hipnose, entre outras.

A seguir, trataremos dos relativamente incapazes do art. 4º da atual norma privada, com ênfase na incapacidade relativa que decorre da adoção do critério etário.

2.3.2.2 Dos relativamente incapazes para os atos da vida civil

A incapacidade relativa prevista na norma privada consiste, em verdade, numa gradação da incapacidade civil, como a própria adjetivação (relativa) está a sugerir, e permite àqueles considerados relativamente incapazes a prática de alguns atos da vida civil, não por si sós, mas desde que assistidos por seus representantes legais que, em regra, são os pais, consoante disposto nos citados artigos 1.634 e 1.690 do CC/02.

Assim, tal como a representação aplicável aos absolutamente incapazes, a assistência é o instituto que também visa proteger o interesse daqueles que não gozam de plena capacidade de fato para o exercício dos atos da vida civil, mas que se encontram em situação intermediária em relação aos absolutamente incapazes do art. 3º do CC/02.

Em síntese, a assistência constitui-se, portanto, nos termos do que dispõe o art. 1.634 da norma privada, em forma de suprimento do consentimento dos relativamente incapazes para o exercício válido dos atos jurídicos que vierem a praticar ou, em outros termos, em forma de suprimento da própria incapacidade relativa, de cuja ausência, *in casu*, enseja a anulabilidade do ato jurídico, por força do disposto no art. 171, inciso I, da norma privada: “*Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico: I - por incapacidade relativa do agente; (...)*”.

São considerados relativamente incapazes para o exercício dos atos da vida civil de acordo com o CC/02: *os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido; os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo e os pródigos.*

Cumprido anotar que para não perdermos o “*fio da meada*”, abordando outras causas geradoras da incapacidade civil relativa que não guardam relação com a menoridade, iremos analisar de maneira mais detida a causa relativa à menoridade, porquanto esta utiliza o mesmo critério (etário ou biológico) de que se valeu o legislador penal, seguido pelo constituinte de 1988, ao dispor sobre a inimputabilidade penal e a correlata maioridade.

Nesse mister, iniciamos a análise do disposto no primeiro inciso do precitado art. 4º da Codificação de 2002, *in verbis*: “*São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer: Os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; (...)*.” (grifei).

Tópico igualmente relevante para a adequada compreensão da proposta deste trabalho, na medida em que utiliza a idade cronológica como fator distintivo da incapacidade relativa e da capacidade civil plena, permite concluir o entendimento já esposado neste trabalho no sentido de que o legislador civil, também aqui, presume serem dotados de discernimento e maturidade e, portanto, capazes para o exercício válido dos atos jurídicos em geral, os indivíduos em função de se encontrarem na faixa etária legalmente estabelecida, ressalvadas as hipóteses de doença, deficiência mental ou outras anomalias psíquicas.

Prosseguindo com nossa análise, observamos que os indivíduos com idade entre 16 e 17 anos se enquadram no conceito de menor púbere do direito pré-codificado, e a eles foi deferido pelo legislador o exercício pessoal de uma série de atos jurídicos (*lato sensu*), mas desde que assistidos por seus representantes legais, que subscreverão os documentos que materializem os atos jurídicos de que forem partes os referidos menores, sob pena de anulabilidade do ato, por força do disposto no precitado art. 171, I, do CC/02.

Observa-se, ainda, que o Código Civil de 1916 considerava relativamente incapazes para os atos da vida civil os indivíduos maiores de 16 e menores de 21 anos, bem como os pródigos e os silvícolas, *in verbis*: “Art. 6º. São incapazes relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer: I – Os maiores de 16 e os menores de 21 anos; II – Os pródigos; III – Os silvícolas.”. (grifamos).

Por seu turno, o atual diploma legal manteve a idade de 16 anos como o limite que distingue a incapacidade civil absoluta da relativa, como fora visto quando tratamos dos absolutamente incapazes, porém inovou em relação ao seu antecessor ao estabelecer no dispositivo ora analisado, e também em seu art. 5º, *caput*, que a incapacidade relativa cessa quando o indivíduo completa 18 (dezoito) anos de idade (“A *menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil.*”), e não mais aos 21 anos como preconizava a Codificação de 1916.

Essa redução de 21 para 18 anos operada, não sem razão, pelo atual Código Civil, justifica-se ante a notória diferença de maturidade que existe entre os jovens daquela época (1916) em cotejo aos de 2002, ano de publicação do atual Código Civil, dentre outros motivos, em função da evolução da sociedade, fruto de profundas transformações econômicas, sociais e culturais que o mundo experimentou nesta última quadra da história,

devidas, sobretudo, aos avanços tecnológicos que propiciaram um intenso intercâmbio de informações e do conhecimento.

Nesse sentido, mais uma vez nos valem das lições de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, que concluem o seguinte:

Presume a legislação que, aos dezoito anos de idade, a pessoa já tem o discernimento necessário para responder pelos próprios atos, por conta da facilidade de acesso às informações e ao conhecimento no mundo contemporâneo. (FARIAS, ROSENVALD, 2013, p. 358.).

De outro giro, temos atos jurídicos “*lato sensu*” (a abranger também os negócios jurídicos) previstos no CC/02 e na CF/88, de cuja possibilidade de exercício pelos relativamente incapazes, com idade entre 16 e 17 anos, prescinde da assistência de representante legal.

Nesse diapasão, a fim de ministrar evidências ao leitor deste trabalho do aduzido alhures reconhecimento do legislador civil no sentido de que o jovem situado na faixa etária que vai dos 16 aos 18 anos incompletos já possui discernimento e maturidade necessários e suficientes ao exercício de alguns atos jurídicos que envolvam seus interesses, sejam eles existenciais ou de natureza eminentemente patrimonial, destacaremos os principais dispositivos do CC/02 que permitem concluir pela existência desse reconhecimento, pois, indubitavelmente, refletem o posicionamento do legislador civil.

Assim, aos jovens com mais de dezesseis anos de idade são deferidos os seguintes direitos, todos previstos expressamente na atual norma privada: testemunhar em processo judicial: “Art. 228. Não pode ser admitido como testemunhas: I – **os menores de dezesseis anos;**”; ser mandatário nos termos do art. 666: “**O maior de dezesseis e menor de dezoito anos não emancipado pode ser mandatário, (...).**”; contrair matrimônio: “Art. 1.517. O homem e a mulher **com dezesseis anos podem casar, (...).**”; ser adotante: “Art. 1.619. O adotante há de ser **pelo menos dezesseis anos mais velho que o adotado.**”; ser testador: “Art. 1.860. **Parágrafo único. Podem testar os maiores de dezesseis anos.**” (grifos nosso).

Outrossim, no parágrafo único do art. 5º do CC/02 há um rol de acontecimentos que encerram a incapacidade relativa dos indivíduos que contam com mais de dezesseis anos e menos de dezoito. Trata-se de hipóteses nas quais ocorrerá a antecipação dos efeitos da maioridade civil (emancipação), culminando, assim, nos termos do dispositivo em tela, na

cessação da incapacidade daqueles que, devido à tenra idade, ainda seriam considerados relativamente incapazes para os atos da vida civil.

Posto isso, passemos à análise das hipóteses de emancipação previstas no CC/02, classificando-as, de acordo com a classificação adotada por Carlos Roberto Gonçalves (p. 247), conforme a causa determinante ou a origem da emancipação nas seguintes espécies:

I) *Emancipação voluntária*: é a hipótese de antecipação dos efeitos da maioridade civil concedida por ambos os pais no gozo do poder familiar ou, na falta de um deles, pelo outro, ao menor que contar com mais de dezesseis anos de idade, devendo o instrumento de outorga ser público e consubstanciar-se através de *escritura pública* para que o ato emancipatório seja considerado válido e, para fins de se conferir eficácia ao ato perante terceiros e liberar sua produção de efeitos, deve tal instrumento, ainda, ser levado a registro no Cartório de Registro Civil do domicílio do menor-emancipando, averbando-se essa nova situação jurídica no respectivo assento do seu registro de nascimento.

A emancipação voluntária independe de homologação judicial em não havendo conflito de interesses entre os pais do menor, todavia, havendo divergências entre os genitores, caberá ao juiz dirimi-las e, guiado por seu prudente arbítrio e tendo em vista a salvaguarda dos interesses e dos direitos do menor, entre os quais, sobreleva-se o direito à proteção integral, decidir pela conveniência ou não da emancipação.

Uma vez outorgada a emancipação em função dos interesses do menor, torna-se irrevogável, em qualquer de suas espécies. Sobre essa irrevogabilidade, destacamos a pertinente lição de Gonçalves:

A emancipação, em qualquer de suas formas, é irrevogável. Não podem os pais, que voluntariamente emanciparam o filho, voltar atrás. Irrevogabilidade, entretanto, não se confunde com invalidade do ato (nulidade ou anulabilidade decorrente de coação, p. ex.), que pode ser reconhecida na ação anulatória. (GONÇALVES, 2014. p. 249).

Por fim, cumpre anotar que a emancipação voluntária, e somente esta, não isenta os pais do menor emancipado da responsabilidade civil, e do correlato dever de indenizar, pelos danos causados a terceiros em decorrência de atos ilícitos que o menor venha a praticar, pois, consoante o autor supracitado, aceitar que os pais estejam retirando dos ombros a responsabilidade ali colocada pela lei, ao emancipar voluntariamente os filhos menores, seria admitir emancipações maliciosas.

II) Emancipação judicial: é a hipótese de emancipação que ocorre, necessariamente, através de sentença judicial, a qual é proferida em procedimento de jurisdição voluntária e deve se pautar, sobretudo, na proteção dos interesses do menor relativamente incapaz, com mais de dezesseis e menos de dezoito anos de idade; bem assim, deve ainda considerar os níveis de maturidade e discernimento existentes no emancipando para gerir a própria vida e seus bens.

Neste sentido, mais uma vez invocamos a lição de Gonçalves:

Provando o menor que tem capacidade para reger sua pessoa e seus bens, o juiz concederá a emancipação, por sentença, depois de verificar a conveniência do deferimento para o bem do incapaz, formando livremente o seu convencimento sem a obrigação de seguir o critério da legalidade estrita (CPC, art. 1.109). (GONÇALVES, 2014, p. 250.).

Em remate, observa-se que esta hipótese está reservada aos menores que estejam sob a tutela de incapazes. Com efeito, serão chamados a juízo para manifestarem-se a respeito da conveniência do deferimento da emancipação (tendo-se em vista, frise-se, o interesse do menor) o tutor do menor e o representante do Ministério Público, após o que decidirá o juiz pelo seu livre convencimento.

II) Emancipação legal: as hipóteses de emancipação legal decorrem de acontecimentos previstos expressamente em lei, motivo pelo qual é chamada de legal. Tais hipóteses encontram-se previstas no Parágrafo Único do art. 5º, incisos II ao V, do CC/02, *in verbis*:

CC/02, Art. 5º, Parágrafo único. Cessará, para os menores, a incapacidade: (...) II - pelo casamento; III - pelo exercício de emprego público efetivo; IV - pela colação de grau em curso de ensino superior; e V- pelo estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com dezesseis anos completos tenha economia própria.

A emancipação legal, portanto, tem lugar nas hipóteses em que o menor incapaz vem a praticar determinados atos tidos como incompatíveis com sua condição de incapaz, dado o impacto que têm na sociedade e na esfera de direitos de terceiros, revelando, dessa forma, um grau de discernimento acima da média em relação aos jovens que se encontram na mesma faixa etária do emancipando.

Sobre esse prisma, trazemos à baila importante lição de Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, por quão rica em significado:

É que, em determinadas situações, entende-se que a prática de certos atos, por si só, implica no reconhecimento da plena capacidade, conferindo ao titular um grau de discernimento incompatível com a condição de incapaz. São atos, portanto, que colidem frontalmente com a incapacidade. Estes acontecimentos, que trazem consigo uma presunção implícita de amadurecimento psicológico, obviamente, estão taxativamente previstos em lei, especificamente no Parágrafo Único do art. 5º da Codificação de 2002. (FARIAS, ROSENVALD, 2013, p. 361.).

Nessa esteira, em apertada síntese, teceremos breves comentários acerca das hipóteses de emancipação legal, naquilo que nos parece mais relevante: a emancipação legal é instituto aplicável aos menores relativamente incapazes com idade entre 16 e 17 anos; quanto à hipótese do casamento, a idade está prevista no já citado art. 1.517 do CC/02 e, ainda que se dissolva o vínculo conjugal, pela viuvez ou divórcio, subsistirá a emancipação, não retornando o menor à condição de incapaz.

O casamento nulo, por sua vez, não faz cessar a menoridade, eis que não possui o condão de produzir nenhum efeito, todavia, em se tratando de casamento nulo ou anulável, mas contraído de boa-fé pelo emancipado, este também não retornará à condição de incapaz uma vez declarada a nulidade, pois estar-se-á diante da hipótese de *casamento putativo*, como é chamado pela doutrina, previsto no art. 1.561 do CC/02, cujo parágrafo 1º diz o seguinte: “*Se um dos cônjuges estava de boa-fé ao celebrar o casamento, os seus efeitos civis só a ele e aos filhos aproveitarão.*”.

Em relação às demais hipóteses, destacamos o *exercício de emprego público efetivo*, por se tratar de situação de difícil verificação na prática, porquanto está sedimentada em leis em nosso país a exigência de idade mínima de 18 anos para ingresso, a título efetivo, no funcionalismo público, o que torna, portanto, inócuo e desajustado tal dispositivo diante da redução da maioridade civil de 21 para 18 anos, operada pela Codificação de 2002.

A *colação de grau em curso de ensino superior*, por sua vez, é hipótese factível, embora de difícil verificação, que demonstra o atingimento de maturidade pelo menor, o que justifica seja ele emancipado. Já o *estabelecimento civil ou comercial*, bem assim a *relação de emprego*, para fins de emancipação, devem propiciar ao menor relativamente incapaz economia própria (condições de prover, por si só, a própria subsistência, sem depender de outras pessoas), sem o que não será deferida a antecipação dos efeitos da maioridade.

A seguir, apresentamos o seguinte quadro comparativo com as semelhanças e diferenças entre as causas geradoras da inimputabilidade penal e das incapacidades civis:

QUADRO COMPARATIVO DAS CAUSAS GERADORAS DA INIMPUTABILIDADE PENAL E DAS INCAPACIDADES CIVIS			
INIMPUTABILIDADE	SEMI-IMPUTABILIDADE	INCAPACIDADE CIVIL ABSOLUTA (CC/02, art. 3º)	INCAPACIDADE CIVIL RELATIVA (CC/02, art. 4º)
Menoridade (menores de 18 anos) (CP, art. 27)	Não há correspondência	Menoridade (menores de 16 anos)	Menoridade (menores de 18 anos)
Doença Mental ou Desenvolvimento Mental Incompleto ou Retardado. (CP, art. 26, caput)	Perturbação da Saúde Mental ou Desenvolvimento Mental Incompleto ou Retardado. (CP, art. 26, § único)	Enfermidade ou Doença Mental.	Alcoolismo, Dependência Química e Deficiência Mental.
Embriaguez Completa Involuntária. (CP, art. 28, § 1º)	Embriaguez Incompleta Involuntária. (CP, art. 28, § 2º)	Causa impeditiva de exprimir a própria vontade, ainda que transitória.	Desenvolvimento Mental Incompleto e Prodigalidade.

NORMAS CONSTITUCIONAIS ENVOLVIDAS NA ADEQUAÇÃO DA MAIORIDADE PENAL NO BRASIL

3.1. Introdução

Iniciamos este Capítulo fazendo um esboço histórico da evolução e tendência da legislação brasileira que tratou da maioridade penal no Brasil, desde a edição do primogênito Código Criminal do Império, até chegarmos ao final dessa esteira legislativa com o diploma penal em vigor, datado de 1940.

Em seguida analisaremos a natureza jurídica da mais recente norma que versa sobre a maioridade penal no Brasil, a qual se encontra insculpida no texto da Constituição Federal de 1988, a fim de verificar se essa norma consagra ou não um direito fundamental, do que, como se verá, implicará na admissibilidade ou não de alteração desse preceito constitucional que veicula a maioridade penal, para tanto, abordaremos a noção conceitual de direitos fundamentais, com suas principais classificações doutrinárias.

Nessa toada, analisaremos também outras normas de direito constitucional implicadas na eventual redução da maioridade no Brasil, ainda que não expressamente previstas no texto de nossa Constituição, mas decorrentes do regime, dos princípios e valores por ela adotados, os quais se irradiam por todo o sistema jurídico, bem assim, apresentaremos os principais argumentos favoráveis e contrários à redução da maioridade penal, pugnando em defesa daqueles que militam a favor dessa pretensão, todavia, com delineamentos que achamos necessários à luz da razoabilidade, cuja acepção neste trabalho se traduz numa relação de equivalência entre a medida adotada e o critério que a dimensiona.

3.2. Esboço histórico da legislação brasileira que tratou da maioridade penal

Desde o seu descobrimento no ano de 1500, e até 1830, vigorou no Brasil o Direito Lusitano, e nesse período vigoraram em Portugal, em apertada síntese, as *Ordenações Afonsinas* (1446-1512), sucedidas pelas *Ordenações Manuelinas*, que vigoraram até o advento do Código de Dom Sebastião no ano de 1569, o qual, por sua vez, teve sua vigência

encerrada no ano de 1603, quanto então foi substituído pelas *Ordenações Filipinas*, legislação que regeu Brasil e Portugal até 1830, ano em que foi publicado o Código Criminal do Império.

Sobre os ordenamentos lusitanos, destacamos o magistério de Cezar Roberto Bitencourt, que leciona o seguinte: “*Os ordenamentos jurídicos referidos não chegaram a ser eficazes, em razão das peculiaridades reinantes na imensa colônia.*”¹.

A respeito das Ordenações Filipinas, destaca o citado autor:

Formalmente, a lei penal que deveria ser aplicada no Brasil, naquela época, era a contida nos 143 títulos do Livro V das Ordenações Filipinas, promulgadas por Filipe II, em 1603. Orientava-se no sentido de uma ampla e generalizada criminalização, com severas punições. Além do predomínio da pena de morte, utilizava outras sanções cruéis, como açoite, amputação de membros, as galés, degredo etc. Não se adotava o princípio da legalidade, ficando ao arbítrio do julgador a escolha da sanção aplicável. Esta rigorosa legislação regeu a vida brasileira por mais de dois séculos. (BITENCOURT. Op. cit., loc. cit.).

3.2.1. O Código Criminal do Império

A primeira Constituição do Brasil, promulgada após o país ter se proclamado em Estado independente no ano de 1822, vindicava em seu art. 179, XVIII, que fossem elaborados um Código Civil e um Criminal, *in verbis*: “*Organizar-se-ha quanto antes um Código Civil, e Criminal, fundado nas solidas bases da Justiça, e Equidade.*”.

Com efeito, o Código Criminal do Império, inspirado no Código Penal Francês de 1810, foi sancionado pelo então Imperador Dom Pedro I, em 16 de dezembro de 1830, em obediência à incipiente ordem constitucional que se instalava no Brasil.

Sobre a novel codificação, Julio Fabbrini Mirabete observa o seguinte (grifei):

Proclamada a Independência, previa a Constituição de 1824 que se elaborasse nova legislação penal e, em 16-12-1830, era sancionado o Código Criminal do Império. De índole liberal, o Código Criminal (o único diploma penal básico que vigorou no Brasil por iniciativa do Poder Legislativo e elaborado pelo Parlamento) fixava um esboço de individualização da pena, previa a existência de atenuantes e agravantes e estabelecia um julgamento especial para os menores de 14 anos. A pena de morte, a ser executada pela força, só foi aceita após acalorados debates no Congresso e visava coibir a prática de crimes pelos escravos. (MIRABETE, 2001, p. 23.).

¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: Parte Geral. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 172-173.

No que concerne à maioria penal, o *Codex* em apreço dispunha em seu art. 10 que não seriam julgados os criminosos menores de 14 anos: “*Tambem não se julgarão criminosos: 1º Os menores de quatorze annos.*” (grifei).

Todavia, se restasse provado que os menores de 14 anos que perpetraram crimes possuíam discernimento suficiente para saber o que estavam fazendo, deveriam ser recolhidos a casa de correção por tempo determinado pelo juiz, mas desde que esse recolhimento não excedesse a idade de 17 anos. Era o que estatuiu o art. 13 daquela codificação, *in verbis*, (grifamos): “*Se se provar que os menores de quatorze annos, que tiverem commettido crimes, obraram com discernimento, deverão ser recolhidos ás casas de correção, pelo tempo que ao Juiz parecer, com tanto que o recolhimento não exceda á idade de dezasete annos.*”.

Essa sistemática presente no Código Criminal do Império, de inspiração francesa, consistia no chamado sistema ou teoria do discernimento, que remete à ideia do sistema biopsicológico de aferição da inimputabilidade, e atribuía ao juiz a difícil tarefa, à época, de verificar se os menores de 14 anos que cometiam crimes possuíam, ou não, discernimento; o que culminava, não raras vezes, em injustiças, conforme criticava o ilustre filósofo, poeta, e jurista sergipano Tobias Barreto (grifos do autor):

E', porém, para lastimar que, aproveitando-se da doutrina do art. 60 e seguintes do *Code Pénal*, o nosso legislador tivesse, no art. 13, consagrado a singular *theoria do discernimento*, que pode abrir caminho a muito abuso e dar lugar a mais de um espectáculo doloroso. (BARRETO, 2003, p. 14.).

Nessa toada, cotejando os dispositivos presentes no Código Criminal do Império com o contido no *Code Pénal* Francês, fonte de inspiração do primeiro, asseverava o citado autor o seguinte (grifos do autor):

O *Code Pénal*, é singular e digno de reparo, o *Code Pénal* mesmo, que lhe prestou bons serviços, não foi ouvido nesta parte. O art. 66 desse Código eleva a idade, aquém da qual não existe imputação, a dezeseis annos. Disposição esta muito mais salutar, e cuja importância é apenas atenuada pela subtil distincção estabelecida entre o menor que obrou *sans discernement* e o que obrou *avec discernement*. Mas não seria ao certo o nosso legislador, quem pudesse, por esse lado, justificar-se de haver abandonado o *Code Pénal*. Porquanto o conceito do *discernimento*, de difficilima apreciação, elle o aceitou, ainda que lhe conferindo, com muita infelicidade, um outro valor jurídico. (BARRETO, 2003, p. 16.).

Da crítica de Tobias Barreto, infere-se o seu entendimento no sentido de que a adoção da idade de 14 anos pelo Código Criminal do Império não afigurava-se-lhe o mais justo e adequado à realidade do Brasil no início do século XIX, tendo-se em vista o grau de

desenvolvimento do país à época, porquanto no Código Penal da França pós-revolucionária, berço do Iluminismo, tal idade era elevada aos 16 anos.

Proclamada a República no ano de 1889, foi editado, no ano seguinte, um novo estatuto repressor, denominado Código Penal, ao qual passaremos à análise naquilo que se relaciona à maioria penal, fio condutor deste trabalho.

3.2.2. O Código Penal de 1890

O Código Penal de 1890 foi promulgado em 11 de outubro daquele ano, alguns meses antes da edição da primeira Constituição da República do Brasil, que ocorreu em 24 de fevereiro de 1891. Referido Código foi alvo de ferrenhas críticas em razão de sua má sistematização e de outras falhas que apresentava, sendo, por isso, considerado o pior diploma penal que já existiu.

Neste sentido, Bitencourt: *“Como tudo que se faz apressadamente, este, espera-se, tenha sido o pior Código Penal de nossa história;”*².

No que toca à maioria, estatuiu o Código Penal de 1890 o seguinte: *“Art.27. Não são criminosos: § 1º Os menores de 9 anos completos; § 2º Os maiores de 9 e menores de 14, que obrarem sem discernimento; (...).”*. Estabelecia, dessa forma, O *Codex* em apreço, uma graduação da imputabilidade penal concernente à menoridade, na medida em que considerava absolutamente imputáveis, a despeito de eventualmente possuírem discernimento, os menores de 9 anos completos, ao passo que, aqueles que se situavam na faixa etária acima dos 9 e abaixo dos 14 anos só seriam considerados imputáveis se ficasse provado que agiram sem discernimento, o que constituía, em certo ponto, a imputabilidade relativa; e uma vez que ficasse provado que agiram com discernimento, seriam tidos como imputáveis.

Com isso, verifica-se a adoção por esse Código, a exemplo do seu antecessor, da criticada teoria do discernimento, que exigia fossem os menores de 14 anos que cometessem crimes submetidos à análise do discernimento, tarefa demasiadamente difícil para os juízes àquela época.

² Ibidem, p. 175.

Disponha ainda o Código em seu art. 30 o seguinte: “*Os maiores de 9 anos e menores de 14, que tiverem obrado com discernimento, serão recolhidos a estabelecimentos disciplinares industriaes, pelo tempo que ao juiz parecer, comtanto que o recolhimento não exceda á idade de 17 anos.*”.

Nessa esteira, sob os influxos do aprofundamento verificado nos estudos afetos à Criminologia, notadamente os relacionados à gênese do crime e aos mecanismos de controle social do ato criminoso, aliado a motivos de política criminal, começa a surgir uma nova maneira de lidar com a delinquência infanto-juvenil, que tinha como pauta a reeducação dos menores delinquentes, conforme observou Aníbal Bruno³.

Com efeito, em 5 de janeiro de 1921, uma lei orçamentária, a de nº 4.242, regulamentada pelo Decreto nº 16.272/23, autoriza o governo a organizar o serviço de assistência e proteção à infância abandonada e delinquente. Neste ponto, cabe ressaltar que referida lei pode ser considerada o embrião do sistema de proteção especial a crianças e adolescentes que hoje temos positivado em nosso ordenamento jurídico.

Nesse diapasão, o Decreto nº 16.272/23 revogou dispositivos do Código Penal de 1890 dirigidos aos menores de 14 anos autores de crimes (maiores de 9 anos), rompendo com a criticada teoria do discernimento e disciplinando em seu art. 24 e seguintes o tratamento, de caráter eminentemente educativo, que deveria a partir de então ser a eles dispensado, do que se destaca a não sujeição a processo penal de espécie alguma, *in verbis*:

Art. 24. O menor de 14 annos, indigitado autor ou cumplice de facto qualificado crime ou contravenção, não será submettido a processo penal de especie alguma; a autoridade competente tomará sómente as informações precisas, registrando-as, sobre o facto punivel e seus agentes, o estado physico, mental e moral do menor, e a situação social, moral e economica dos paes, ou tutor, ou pessoa em cuja guarda viva.

Observa-se que com o referido Decreto houve uma gradação da irresponsabilidade penal, pois os infantes de 9 anos de idade continuavam sendo considerados absolutamente inimputáveis (sequer eram considerados criminosos) e, em situação intermediária, isto é, num degrau acima, havia os menores com mais de 9 anos e menos de 14, os quais não seriam submetidos a processo penal algum caso viessem a praticar crime ou contravenção, mas apenas a tratamento especial se o caso recomendasse, enquanto os sujeitos com mais de 14

³ BRUNO, Aníbal. Direito Penal, Parte Geral, t. 2, p. 543.

anos e menos de 18 seriam submetidos a processo especial, por força do disposto no art. 25 do Decreto:

Art. 25. O menor indigitado autor ou cúmplice de facto qualificado crime ou contravenção, que contar mais de 14 annos e menos de 18, será submettido a processo especial, tomando, ao mesmo tempo, a autoridade competente as precisas informações, a respeito do estado physico, mental e moral d'elle, e da situação social, moral e economica dos paes, tutor ou pessoa incumbida de sua guarda.

A essa regulamentação, sucedeu o Código de Menores, instituído pelo Decreto Legislativo nº 5.083, de 1º de dezembro de 1926, que consolidou as leis de assistência e proteção aos menores e estabeleceu medidas de guarda, tutela, vigilância, educação e preservação aos menores abandonados e delinquentes.

Dentre as disposições referentes aos menores delinquentes, o Código de Menores manteve a idade de 14 anos como o marco da irresponsabilidade penal, aquém da qual os infantes que cometiam crimes não podiam se submeter a nenhuma espécie de processo penal. Da mesma sorte, o Código em comento proibiu expressamente o recolhimento à prisão comum, do menor com mais de 14 anos e menos de 18 que fosse por qualquer motivo preso.

3.2.3. O Código Penal de 1940

O Código Penal de 1940, promulgado através do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, entrou em vigor em 1º de janeiro de 1942 e sucedeu a Consolidação das Leis Penais de Vicente Piragibe, promulgada em 14 de dezembro de 1932, estatuto que reunia os vários diplomas legais que, de maneira confusa, modificavam o reprecensível Código Penal de 1890.

O Código Penal de 1940, inspirado no Código Penal da Itália, o chamado *Código Rocco*, e também no Código Penal Suíço, este de índole mais liberal que o primeiro, é fruto do Projeto de Código Criminal de autoria do jurista paulista Alcântara Machado, e foi apresentado durante o Estado Novo, em 1937, sancionado por meio de decreto do Presidente Getúlio Vargas em 1940, passando a vigorar como nossa legislação penal fundamental desde 1942 até os dias atuais, sofrendo, entretanto, importantes alterações, dentre as quais se destacam as processadas por meio da Lei nº 6.416, de 24 de maio de 1977, que alterou as disposições do Código referentes a sanções penais, e em 1984, através da Lei nº 7.209, de 11 de julho do mesmo ano, que reformou toda a sua Parte Geral.

No que concerne à maioria penal, o Código Penal de 1940, com a reforma processada pela já citada Lei nº 7.209 de 1984, assentou em 18 anos a idade aquém da qual não existe imputação penal, conforme a dicção de seu art. 27: “*Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial.*”, com isto, verifica-se a opção do legislador penal ordinário pelo sistema biológico de imputabilidade penal.

Ademais disso, a codificação penal em vigor manteve a atenuante genérica prevista no diploma anterior, de 1890, para os sujeitos menores de 21 anos (maiores de 18):

CP/40, Art. 65. São circunstâncias que sempre atenuam a pena: I - ser o agente menor de 21 (vinte e um), na data do fato, ou maior de 70 (setenta) anos, na data da sentença; (...).

Conforme já vimos sustentando ao longo deste trabalho, a escolha do legislador penal baseia-se em motivos de política criminal, e não em investigações, dotadas de rigor técnico-científico, a respeito do grau de desenvolvimento mental e das condições psíquicas (sanidade, maturidade e discernimento) dos jovens delinquentes, consoante se depreende da leitura da Exposição de Motivos da Parte Geral do Código em comento, com as alterações introduzidas pela Lei nº 7.209, de 1984.⁴

Neste sentido, Bitencourt afirma que “*Razões de política criminal levaram o legislador brasileiro a optar pela presunção absoluta de inimputabilidade do menor de dezoito anos.*”⁵.

Cabe destacar que o Código Penal Militar, introduzido pelo Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969, estatuiu a inimputabilidade penal aos 18 anos, a exemplo do Código Penal de 1940, todavia, distanciava-se deste diploma ao estabelecer a ressalva de que se o menor, que já contasse com 16 anos de idade, revelasse desenvolvimento psíquico suficiente para compreender a ilicitude do fato, bem como para determinar-se de acordo com essa compreensão, seria considerado imputável, mas digno de receber uma diminuição de pena, que variava de um terço até a metade; dispositivo que representava a exumação do chamado sistema do discernimento, no que dizia respeito à faixa etária dos 16 aos 18 anos incompletos.

Com a entrada em vigor da Carta Republicana de 1988, esse dispositivo do Código Penal castrense caiu por terra, eis que não foi recepcionado pela nova ordem constitucional

⁴ Vide nota contida na pág. 15.

que passou a vigorar no país, a qual também assentou em 18 anos a idade que distingue a maioria penal, mas sem fazer qualquer ressalva, consoante previsão do seu art. 228, que passamos a analisar a seguir.

3.3. Natureza jurídica da norma insculpida no art. 228 da Constituição Federal

A maioria penal no Brasil foi alçada à categoria de norma constitucional com a Carta Política de 1988, a qual, seguindo o que fora assentado pelo Código Penal de 1940, introduziu no Capítulo que trata da *Família, da Criança, do Adolescente, do Jovem e do Idoso*, o seguinte preceito, *in verbis*: “Art. 228. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial.”.

Assim, iniciamos a análise da admissibilidade jurídico-constitucional da redução da maioria penal estabelecendo como ponto de partida uma premissa maior, que consiste na afirmação de que a categoria das normas constitucionais que veiculam direitos e garantias fundamentais integra um núcleo imodificável de normas da Constituição, chamado pela doutrina de *cláusulas pétreas*.

A respeito das cláusulas pétreas, destacamos a lição de Bulos:

As proibições materiais ao poder reformador, portanto, integram o *cerne intangível* da Constituição brasileira, ele é *imodificável, irreformável, inalterável* por quaisquer emendas que pretendam aboli-lo, direta ou indiretamente. É precisamente esse *cerne intangível, imodificável, irreformável, inalterável* que se convencionou chamar de *cláusulas pétreas*. Com efeito, a doutrina convencionou denominar as limitações materiais *cláusulas pétreas*, também chamadas de *garantias de eternidade, cláusulas permanentes, cláusulas absolutas, cláusulas intangíveis, cláusulas irreformáveis, cláusulas imodificáveis* etc. (BULOS, 2014, p. 415. grifos do autor).

Em seguida iremos confrontar essa premissa com a natureza da norma contida no art. 228 da CR, proposição que, no nosso estudo, constitui a premissa menor, a fim de verificarmos a consistência e a validade dos argumentos de que este dispositivo também consagra um direito fundamental, a ser revestido, portanto, do manto da imutabilidade inerente a esses direitos.

⁵ BITENCOURT. Cezar Roberto. op. cit., p. 1036.

De outro giro, uma vez que a norma constante do texto do art. 228 da CR não seja considerada um direito fundamental, não receberá a marca indelével da imodificabilidade, o que torna possível, do ponto de vista jurídico-constitucional, a alteração do preceito da maioria penal.

Nessa ordem de ideias, cumpre anotar, em linha de princípio, que qualquer alteração relacionada à maioria penal no Brasil deve perpassar, necessariamente, pelo processo de reforma da Constituição Federal, porquanto rege nosso ordenamento jurídico, com todo o seu vigor, o *Princípio da Supremacia da Constituição*, que se traduz em um vínculo de subordinação entre a Constituição e os atos legislativos, administrativos e jurisdicionais, que a ela (Constituição) devem obediência, desde o momento em que são concebidos e enquanto permanecerem vigentes no sistema jurídico, sob pena de serem declarados inconstitucionais.

Com isso, podemos afirmar que a Constituição é soberana e possui hegemonia dentro do ordenamento jurídico, o qual informa e conforma, irradiando sua pauta de valores sobre os diferentes ramos do direito e sobre as mais diversas atividades humanas e fatos dotados de relevância jurídica.

Neste sentido, mais uma vez nos valem do magistério do ilustre constitucionalista Uadi Lammêgo Bulos:

É que o ordenamento se compõe de normas jurídicas situadas em planos distintos, formando um escalonamento de diferentes níveis. E, no nível mais elevado do Direito Positivo, está a constituição, que é o parâmetro, a lei fundamental do Estado, a rainha de todas as leis e atos normativos, a *lex legum* (lei das leis).

Consequência disso: sendo a constituição a lei máxima, a lei das leis, o fundamento último de validade de toda e qualquer disposição normativa, não se admitem agressões à sua magnitude. Tomemos, como ilustração, a *Lex Mater* de 1988. Em virtude de sua supremacia, subordinam-se a ela os atos materiais exercidos pelos homens e os atos jurídicos que criam direitos e estabelecem deveres. (BULOS, 2014, p. 128.).

Entrelaçado ao Princípio da Supremacia da Constituição, temos o *Princípio da Rigidez Constitucional*, o qual, com o fito de impedir violações à supremacia da Constituição, torna mais dificultosa qualquer alteração de seu texto. Assim, o processo de reforma da Constituição é deveras mais complicado e solene em relação ao processo de modificação das leis comuns.

Com efeito, as espécies desse processo de reforma: *Revisão Constitucional* e *Emenda à Constituição*, previstas, respectivamente, no art. 3º do ADCT e no art. 60 da CF/88,

encontram limitações que não se aplicam ao processo de alteração de outras leis comuns, as quais, a par da ideia de supremacia e hierarquia constitucionais, são chamadas infraconstitucionais.

No que tange às limitações que o poder de reforma encontra, estas podem ser: *temporais* (lapso temporal em que a Constituição não pode ser alterada); *formais*, também chamados *procedimentais* (quanto à iniciativa e deliberação das proposições, número de turnos de votação e quórum de aprovação); *materiais* (matérias imodificáveis) e *circunstanciais* (circunstâncias fáticas ligadas a questões de segurança nacional ou instabilidade institucional, nas quais a Constituição não pode ser alterada), *in verbis*:

CF/88, Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;

II - do Presidente da República;

III - de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

§ 1º - A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.

§ 2º - A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

§ 3º - A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem.

§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.

§ 5º - A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.

Ainda sobre a rigidez constitucional, invocamos novamente o magistério de Bulos, que leciona o seguinte:

As vantagens do princípio da rigidez são indiscutíveis. No plano jurídico-formal, sua incidência proíbe reformas constitucionais inoportunas, assegurando a estabilidade da constituição. E, ao dificultar a realização de revisões e emendas constitucionais, o princípio da rigidez resguarda os direitos e garantias fundamentais, mantendo estruturas e competências, com vistas à defesa da ordem jurídica. Nesse particular, cumpre a tarefa de balizar o controle da constitucionalidade das leis e dos atos normativos, impedindo violações à supremacia dos preceitos constitucionais. (BULOS, 2014, p. 127.).

Desse quadro decorre a seguinte conclusão: para se tornar possível, do ponto de vista jurídico, a adequação da maioria penal ao novo contexto sociocultural que o Brasil apresenta, com a conseqüente alteração do sistema de imputabilidade penal relativa aos

adolescentes, é *conditio sine qua non* a alteração textual do preceito contido no art. 228 da CR, após o que toda a legislação infraconstitucional correlata deve a ele se ajustar.

Ocorre que há importantes vozes que dimanam da doutrina jurídico-constitucional brasileira, dentre as quais se destacam as de René Ariel Dotti e José Afonso da Silva, citados por Pedro Lenza⁶, que ao tratar da questão da maioria penal, mais especificamente da discussão acerca da possibilidade jurídica de sua redução a partir da alteração textual do art. 228 da CR, posicionam-se no sentido de que tal dispositivo consagra uma garantia humana fundamental, na medida em que fixa uma idade mínima aquém da qual o adolescente é peremptoriamente considerado penalmente imputável, do que decorre a sua não sujeição à legislação penal diante da prática de um fato ilícito tipificado como crime, mas sim à legislação especial, leia-se: Estatuto da Criança e do Adolescente, diploma que integra um sistema de proteção integral à criança e aos adolescentes.

Com efeito, os que perfilham esse entendimento não admitem a reforma do preceito constitucional que veicula a maioria penal aos 18 anos de idade, uma vez que o consideram uma garantia fundamental que integra o núcleo imodificável das cláusulas pétreas, estando, assim, sob o manto protetor do art. 60, § 4º, IV, da CR, insuscetível de ser alterado, portanto, pelo poder constituinte derivado reformador, aquele que, como se viu, possui limitações jurídicas de toda ordem (formais ou procedimentais, materiais, temporais e circunstanciais).

Nessa senda, três importantes considerações teóricas relacionadas à validade da premissa de que o texto do art. 228 da CR veicula uma garantia fundamental devem ser realizadas, devido às implicações práticas que dessa afirmação decorrem. A primeira delas diz respeito ao conceito e às características dos direitos e das garantias fundamentais e guarda relação com a segunda, que respeita à classificação da Constituição Federal de 1988 quanto ao seu conteúdo.

A terceira consideração, por sua vez, busca aferir o sentido e o alcance, atribuídos pela doutrina e jurisprudência pátrias, notadamente a dos Tribunais Superiores, da vedação contida no § 4º do art. 60 da CR.

⁶ LENZA, Pedro. Op. cit., loc. cit.

3.4. Conceito e características dos Direitos e das Garantias Fundamentais

Os Direitos e Garantias Fundamentais estão previstos no Título II da Constituição Federal de 1988, que os dividiu em cinco grupos, a saber: no Capítulo I estão elencados, em rol não exaustivo, vários *Direitos e Deveres Individuais e Coletivos*; no Capítulo II estão arrolados os *Direitos Sociais*; no III os *Direitos de Nacionalidade*; as disposições referentes aos *Direitos Políticos* foram arroladas no Capítulo IV e no derradeiro Capítulo temos a disciplina dos *Partidos Políticos*.

Os direitos fundamentais distinguem-se das garantias quanto ao conteúdo, pois as disposições referentes a esses direitos encerram declarações de existência deles no plano jurídico-legal, enquanto que as garantias possuem conteúdo assecuratório, ou seja, prestam-se a salvaguardar de ameaças ou violações tais direitos, limitando o poder estatal.

Neste diapasão, ensina o Professor Pedro Lenza, com apoio nas lições de Ruy Barbosa: “Assim, os direitos são bens e vantagens prescritos na norma constitucional, enquanto as garantias são os instrumentos através dos quais se assegura o exercício dos aludidos direitos (preventivamente) ou prontamente os repara, caso violados.”⁷

Uadi Lammêgo Bulos, conceituando os direitos fundamentais, ensina que compreendem “o conjunto de normas, princípios, prerrogativas, deveres e institutos, inerentes à **soberania popular**, que garantem a convivência pacífica, digna, livre e igualitária, independentemente de credo, raça, origem, cor, condição econômica ou **status social**.” (grifos do autor), asseverando que “Sem os direitos fundamentais o homem não vive, não convive, e, em alguns casos, não sobrevive.”⁸

E preleciona ainda o citado autor que tais direitos são conhecidos sob variados rótulos ou expressões, que tentam traduzir toda a substância que esses direitos encerram, tais como *direitos humanos fundamentais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, direitos naturais, liberdades fundamentais, liberdades públicas* etc., revelando sua preferência por esta última nomenclatura⁹.

⁷ LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 1031.

⁸ BULOS, Uadi Lammêgo. Op. cit., p. 525.

⁹ Ibidem, loc. cit.

Quanto às notas características dos direitos e garantias fundamentais, destacamos as principais apontadas pela doutrina¹⁰:

a) *Historicidade*: possuem caráter histórico. Segundo Bulos “*não são obra da natureza, mas das necessidades humanas, ampliando-se ou limitando-se, a depender das circunstâncias.*” (BULOS, 2014, p. 533).

b) *Universalidade*: todos os seres humanos, indistintamente, são destinatários dos direitos e das garantias fundamentais, independente de raça, credo, cor, etnia, sexo, idade, etc.

c) *Irrenunciabilidade*: ainda que não sejam exercidos, jamais poderão ser renunciados por seus titulares sob qualquer pretexto.

d) *Inalienabilidade*: decorre do fato de não possuírem conteúdo patrimonial, mas sim existencial, o que impede seus titulares de deles dispor, vendê-los ou de qualquer forma aliená-los.

e) *Imprescritibilidade*: são imprescritíveis, isto é, não perdem sua exigibilidade pelo decurso do tempo (prescrição) em razão, por exemplo, do seu não exercício por longo lapso temporal, uma vez que possuem conteúdo existencial, personalíssimo.

f) *Cumulabilidade ou Concorrência*: os direitos fundamentais podem ser exercidos cumulativamente, como no exemplo dado por Bulos: “*direito de informação e liberdade de manifestação do pensamento (art. 5º, IV e XXXIII)*”¹¹.

g) *Relatividade ou Limitabilidade*: direitos e garantias fundamentais não são absolutos ou irrestritos, podendo sofrer limitação num dado caso concreto, devendo ser observada, em caso de conflitos envolvendo esses direitos, conforme ensina Pedro Lenza, a regra da *máxima observância dos direitos fundamentais envolvidos*, conjugada com a *mínima restrição* deles.

No que diz respeito à limitabilidade, ou relatividade, dos direitos e das garantias fundamentais, insta trazer à baila, por oportuno, o entendimento do STF fulcrado no *princípio da convivência harmônica entre as liberdades*, com base no qual decidiu o Pretório Excelso

¹⁰ Caracterização feita por David Araujo e Serrano Nunes Júnior, citados por Pedro Lenza (p. 1032-1033) e acompanhados por Uadi Lammêgo Bulos. *passim*.

por ocasião do julgamento do MS 23.452, da lavra do Min. Celso de Mello, julgado em 12-05-2000, no sentido de que nenhuma liberdade pode ser exercida se colocar em risco a ordem pública ou desrespeitar os direitos e garantias fundamentais, que sofrem limitações de ordem ético-jurídica¹².

Sobre o assunto, Bulos acrescenta o seguinte (grifo nosso):

Inegavelmente, há situações em que um direito ou garantia fundamental é absoluto, devendo ser exercido de maneira irrestrita. É o caso da proibição à tortura e do tratamento desumano ou degradante. Aqui não existe relatividade alguma. O marginal, assaltante, sequestrador, meliante, corrupto ou "monstro" da pior estirpe não pode ser torturado com o uso de expedientes psíquicos ou materiais. Aqui o inciso III do art. 5º da Carta Maior consagra, sim, uma garantia ilimitada e absoluta. Do contrário, fulminar-se-ia o Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º), fomentando-se a cultura do "olho por olho, dente por dente". Mas, no geral, as liberdades públicas, a exemplo daquelas arroladas no art. 5º de nossa Constituição, são relativas. É nesse sentido que devemos compreender a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. (BULOS, 2014, p. 534).

Neste mesmo sentido, destacamos interessante precedente oriundo da 6ª Turma do STJ¹³:

Está muito em voga, hodiernamente, a utilização *ad argumentandum tantum*, por aqueles que perpetraram delitos bárbaros e hediondos, dos indigitados direitos humanos. Pasmem, ceifam vidas, estupram, sequestram, destroem lares e trazem a dor a quem quer que seja, por nada, mas, depois, buscam guarida nos direitos humanos fundamentais. É verdade que esses direitos devem ser observados, mas por todos, principalmente por aqueles que, impensadamente, cometem os censurados delitos trazendo a dor aos familiares da vítima. (STJ, 6ª T., RHC 2.770-0/RJ, Rel. Min. Pedro Aciole. Ementário de Jurisprudência nº 8, p. 721).

Ressalte-se que o rol dos *Direitos e Deveres Individuais e Coletivos* não se esgota no Capítulo I da Carta Magna, leia-se: em seu art. 5º, pois, segundo a jurisprudência firmada no STF¹⁴, consolidando o entendimento que já predominava na doutrina, há outros direitos desse

¹¹ BULOS. Uadi Lammêgo. Op. cit., p. 533.

¹² Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas - e considerado o substrato ético que as informa - permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros. (MS 23.452, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 12-05-2000). **Informativo do STF nº 163**. Brasília-DF: 20 a 24 de setembro de 1999. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo163.htm>. Acesso em: 08 abr. 2015.

¹³ *Ibidem*, loc. cit.

¹⁴ O poder constituinte derivado não é ilimitado, visto que se submete ao processo consignado no art. 60, § 2º e § 3º, da CF, bem assim aos limites materiais, circunstanciais e temporais dos parágrafos 1º, 4º e 5º do aludido

grupo espriados pelo texto da Constituição e também decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, bem como dos tratados internacionais de que o Brasil é parte, por força do que dispõe o § 2º do art. 5º, *in verbis*: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.”.

Disso resulta a ampliação do alcance da vedação contida no art. 60, § 4º, da CR, que consagra cláusulas pétreas e constitui o limite material ao poder constituinte derivado reformador, argumento que é utilizado com veemência por aqueles que, por considerarem que o art. 228 consagra uma garantia fundamental das pessoas, defendem a impossibilidade jurídico-constitucional de se reduzir a maioria penal.

De outra sorte, há os que sustentam ser o preceito em análise uma regra de política criminal, eis que a Carta Política de 1988 classifica-se, quanto ao seu conteúdo, em formal, o que passaremos a analisar a seguir.

3.5. Classificação da Constituição quanto ao seu conteúdo

A classificação da Constituição quanto ao seu conteúdo varia em função do sentido em que é tomado o conceito de Constituição, podendo ser *material* ou *formal*. Assim, serão tomados em sentido material os textos da Constituição que veiculam normas fundamentais e estruturantes do Estado, que disponham sobre forma de Estado e forma de governo, regime político, que versem sobre a organização político-administrativa dos Poderes estatais bem como de seus órgãos, e disponham, ainda, sobre os direitos e as garantias fundamentais.

De outro lado, serão tomadas em sentido formal aquelas normas constitucionais que não tratem das matérias acima elencadas, mas que abarquem outros assuntos de menor relevância

artigo. A anterioridade da norma tributária, quando essa é gravosa, representa uma das garantias fundamentais do contribuinte, traduzindo uma limitação ao poder impositivo do Estado.” (RE 587.008, Rel. Min. Dias Toffoli, julgamento em 2-2-2011, Plenário, DJE de 6-5-2011, com repercussão geral.). No mesmo sentido: “Uma emenda constitucional, emanada, portanto, de constituinte derivado, incidindo em violação à Constituição originária, pode ser declarada inconstitucional, pelo STF, cuja função precípua é de guarda da Constituição. A EC 3, de 17-3-1993, que, no art. 2º, autorizou a União a instituir o Imposto Provisória sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira (IPMF), incidiu em vício de inconstitucionalidade, ao dispor, no § 2º desse dispositivo, que, quanto a tal tributo, não se aplica o art. 150, III, b, e VI, da Constituição, porque, desse modo, violou os seguintes princípios e normas imutáveis (somente eles, não outros): o princípio da anterioridade, que é garantia individual do contribuinte (art. 5º, § 2º, art. 60, § 4º, inciso IV, e art. 150, III, b, da Constituição).” (ADI 939, Rel. Min. Sydney Sanches, julgamento em 15-12-1993, Plenário, DJ de 18-3-1994.). **A Constituição e o Supremo**. 4. ed. Brasília-DF: Secretaria de Documentação. 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigobd.asp?item=%20783>. Acesso em: 08 abr. 2015.

do ponto de vista constitucional, estranhos às matérias tipicamente constitucionais, levando a Constituição na qual estão inseridas, por conseguinte, a ser classificada em formal.

Assim, serão consideradas formalmente constitucionais, porquanto submetidas ao mesmo processo de formação das normas materialmente constitucionais, aquelas normas que se encontram no texto da Constituição por opção política do poder constituinte originário, juridicamente ilimitado, ou ainda, do poder constituinte derivado reformador, o qual encontra nas normas materiais os limites à sua atividade normativa.

Nesse diapasão, a Constituição Federal de 1988 é classificada como formal, pois possui em sua tessitura normas não fundamentais sob o prisma constitucional. O texto do art. 242, §2º, da CR clarifica esse entendimento: “*O Colégio Pedro II, localizado na cidade do Rio de Janeiro, será mantido na órbita federal.*”. Com isso, depreende-se que nem toda norma contida no texto da Constituição revela um direito ou uma garantia fundamentais, a propiciar a proteção que dimana da cláusula pétrea do art. 60, §4º, IV, da CR.

Nessa senda, no que pertine às garantias humanas fundamentais que visam limitar o exercício por parte do Estado do *jus puniendi* e da *persecutio criminis*, verifica-se que todas elas foram arroladas no art. 5º da Constituição, que consagra os direitos e deveres individuais e coletivos¹⁵, ao passo que o dispositivo que versa sobre a maioria penal encontra-se alocado no Título VIII - *Da Ordem Social*, no Capítulo VII, que trata da *Família, da Criança, do Adolescente, do Jovem e do Idoso*, não sendo, portanto, considerado uma garantia humana fundamental sob o prisma formal, conforme conclui Nucci:

Em primeiro lugar, não se encontra o dispositivo no Título II (Dos direitos e garantias fundamentais), Capítulo I (Dos direitos e deveres individuais e coletivos) da Constituição Federal. Insere-se, como vontade do constituinte, no Título VIII (Da ordem social), Capítulo VII (Da família, da criança, do adolescente e do idoso).

¹⁵ Dentre as garantias fundamentais do Direito Penal, tomado em sentido amplo, previstas no art. 5º da CR, destacamos as seguintes: III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante; XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção; XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal; XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu; XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido; XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: (...); XLVII - não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis; XLVIII - a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado; LII - não será concedida extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião; LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente; LXIV - o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial.

Formalmente, pois, não é direito ou garantia humana fundamental. (NUCCI, 2014b, p. 44-45).

Por seu turno, não obstante o preceito contido no § 2º do supracitado art. 5º revelar não ser o rol deste dispositivo exauriente dos direitos e das garantias fundamentais, na medida em que procurou não excluir outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios adotados por nossa Carta Política, ou dos tratados internacionais de que o Brasil é parte, compartilhamos do entendimento esposado pelo citado autor, no sentido de que a norma insculpida no art. 228 da CR, que estabelece a maioria penal a partir dos 18 anos de idade, não consagra uma garantia fundamental da pessoa:

(...), poder-se-ia dizer que se trata de direito fundamental deslocado do seu contexto natural (art. 5.º da CF). Para que isso fosse possível, segundo nos parece, deveria ser considerado um direito ou garantia humana fundamental de conteúdo material, vale dizer, universalmente aceito como tal. Assim não nos parece. A idade de responsabilização penal varia no mundo todo, conforme os costumes e necessidades das nações. Cada legislação adota um patamar e nem por isso se pode acoimar de antidemocrática a posição daqueles que preveem a possibilidade de punição, com maior severidade, da pessoa menor de dezoito anos. Em suma, a idade de dezoito anos não pode ter o mesmo *status*, como direito ou garantia humana fundamental, que tantos outros valores, como a vida, a integridade física, a honra, a ampla defesa, o contraditório etc. (NUCCI, 2014b, p. 45).

3.6. Interpretação do sentido e do alcance do disposto no art. 60, § 4º, da CF

Diz o art. 60, § 4º, da CR que não serão objeto de deliberação propostas de *emenda* tendentes a abolir: *a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação de poderes e os direitos e garantias individuais.*

Desse modo encontram-se delineados os limites materiais ao poder derivado reformador, através das cláusulas pétreas, ou *garantias de eternidade*, como também são chamadas pela doutrina, as quais têm por fundamento garantir a manutenção do Estado politicamente organizado, da forma como foi arquitetado pelo poder constituinte originário e, bem assim, do seu regime político democrático e de seus valores e princípios fundamentais.

Todavia, não obstante haver matérias substancialmente constitucionais que se pretendem eternas em nosso ordenamento jurídico, não podemos desprezar a natureza normativa do Direito, enquanto ciência social aplicada que tem entre suas finalidades a regulação dos fenômenos naturais dotados de relevância jurídica e da vida em sociedade, desde as mais simples atividades humanas, até as mais complexas relações sociais que são travadas em um dado contexto histórico e cultural.

Neste sentido, nos apoiamos na lição do ilustre constitucionalista Luís Roberto Barroso, que ensina o seguinte:

O Direito não é uma ciência da natureza, mas uma ciência social. Mais que isso, é uma ciência normativa. Isso significa que tem a pretensão de atuar sobre a realidade, conformando-a em função de certos valores objetivos. O Direito visa a criar sistemas ideais: não se limita a descrever como um determinado objeto é, mas prescreve como ele deve ser. (BARROSO, 2008, p. 188-189).

A par disso, depreende-se que tolher mudanças normativas necessárias do ponto de vista social, a pretexto de com isso se garantir a manutenção de determinadas estruturas políticas e sociais e a salvaguardar direitos individuais contra eventuais violações que podem advir com tais mudanças, as quais, longe de implicar no aviltamento de direitos e garantias humanas fundamentais consolidadas ao longo da história, prestam-se, antes, a adequar a determinado contexto histórico e cultural os ideais de justiça e equidade, pode representar, muitas vezes, o esvaziamento da função normativa do Direito, uma vez que a vedação ou o limite invocados contra a alteração pretendida se encontre escorada apenas em argumentos que tenham como pano de fundo questões afetas à política do governo, os quais refletem sua ideologia e desprezam a análise jurídica dos valores e princípios basilares do Direito enquanto ciência normativa.

Nessa linha, Ronald Dworkin, em sua obra intitulada *“Uma questão de princípio”*, ensina que (grifo nosso):

Quando questões políticas vão ao tribunal – como sempre acontece, mais cedo ou mais tarde, nos Estados Unidos, pelo menos – exigem uma decisão que seja, ao mesmo tempo, específica e calcada em princípios. Devem ser decididas pormenorizadamente, na sua plena complexidade social, mas a decisão deve ser fundamentada como a emanção de uma visão coerente e imparcial de equidade e justiça porque, em última análise, é isso que o império da lei realmente significa. A análise jurídica, nesse sentido amplo, é mais concreta que a filosofia política clássica, mais embasada em princípios que a prática política. Ela proporciona o campo apropriado para a filosofia do governo. (DWORKIN, 2005, introdução).

Com efeito, entendemos ser indefensável à luz dos ditames da ordem constitucional vigente e da ciência do Direito, notadamente de suas projeções de justiça e equidade, o argumento, de viés jurídico, utilizado por aqueles que são contrários à alteração do preceito da maioria penal, de que o art. 228 da CR consagra uma cláusula pétrea, insuscetível, portanto, de ser alterado pelo poder constituinte reformador.

Esse entendimento vai ao encontro do exposto por Miguel Reale Jr., por ocasião de sua participação em audiência pública realizada no âmbito da Comissão de Constituição, Justiça e

Cidadania (CCJC) da Câmara dos Deputados no ano de 1999, na qual se discutiu a admissibilidade de redução da maioria penal através da PEC 171/93¹⁶:

Entendo, por outro lado, que não se estabelece no art. 228 um direito e garantia individual fundamental que deva ser preservado como cláusula pétrea. Acredito que não exista no direito pétreo a inimizabilidade. Ou seja, não há nada que justifique que se deva considerar como imutável, como fundamental, além da estrutura do Estado Democrático, porque foi isso que a Constituição pretendeu fazer ao estabelecer as cláusulas pétreas. Isto é, além da proibição de abolição da Federação, da autonomia e da independência dos Poderes, o voto direto, secreto, universal e periódico e, ao mesmo tempo, falando dos direitos e garantias individuais enquanto estruturas fundamentais para a preservação do Estado Democrático. Não vejo, portanto, que no art. 228 esteja contido um princípio fundamental, um direito fundamental que deva ser basilar para a manutenção do Estado Democrático. Por esta razão não entendo que o preceito que está estabelecido no art. 228 venha a se constituir numa cláusula pétrea. (REALE JR., 2015, p. 5).

Nesse mesmo sentido, instado pela CCJC a dar seu parecer sobre o tema, o constitucionalista, e hoje ministro do STF, Luís Roberto Barroso, em nota emitida no ano de 2009, assim se posicionou:

(...) parece mais adequado o entendimento de que o art. 228 da Constituição (“São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos as normas da legislação especial”) não constitui uma cláusula pétrea, não descrevendo um direito ou garantia individual imutável, nos termos do art. 60, §4º, IV. A modificação ou não do dispositivo, portanto, dentro de certos limites, é uma possibilidade que se encontra disponível a avaliação política do Congresso Nacional. (BARROSO, 2015, p. 6).

Ademais disso, temos que o disposto no § 4º do art. 60, em apreço, encerra uma vedação que tem por objeto propostas de emendas à Constituição tendentes a *abolir* aquilo que está enumerado nos seus incisos. Ocorre que, realizando-se um exercício de hermenêutica, sem despender muito esforço, temos que o vocábulo *adequar* ou *ajustar* não possuem em suas molduras semânticas o significado *abolir*, pois, de acordo com o dicionário Michaelis¹⁷, abolir significa: anular; suprimir; revogar; ab-rogar; afastar; por fora de uso; suprimir.

Corroborando esse entendimento, temos um *leading case* que serviu de paradigma para diversas decisões do STF, trata-se do MS 20.257-DF, julgado em 08/10/1980, impetrado

¹⁶ Câmara dos Deputados. Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania. Proposta de Emenda à Constituição nº 171/93. Parecer vencedor emitido em 31-03-2015. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=14493>>. Acesso em: 08 abr. 2015.

¹⁷ Michaelis. Dicionário de Português Online: Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/moderno/portugues/index.php?lingua=portugues-portugues&palavra=abolir>>. Acesso em: 07 abr. 2015.

contra ato da Mesa do Congresso Nacional que admitiu a deliberação de proposta de emenda à Constituição que a impetração alegava ser tendente a abolir a República, cujo trecho da decisão do Tribunal Pleno transcrevemos a seguir:

Inexistência, no caso, da pretendida inconstitucionalidade, uma vez que a prorrogação de mandato de dois para quatro anos, tendo em vista a conveniência da coincidência de mandatos nos vários níveis da Federação, não implica introdução do princípio de que os mandatos não mais são temporários, nem envolve, indiretamente, sua adoção de fato. (STF, MS 20.257-DF, Rel. Min. Décio Miranda, DJ de 27-02-1981, p. 1.304, Ementário. v. 1201-02, p. 312.).

3.7. Documentos internacionais que dispõem sobre garantias penais fundamentais

Neste tópico abordaremos alguns documentos internacionais que versam sobre direitos humanos, naquilo que se relacionam com a imputabilidade penal concernente à maioria, visto que tais diplomas internacionais, com a reforma introduzida pela EC nº 45, de 2004, podem ingressar no ordenamento jurídico brasileiro com *status* de emenda constitucional, conforme se poder extrair da dicção do § 3º do art. 5º da CR, *in verbis*: “*Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.*”.

Neste ponto, cabe esclarecer que os tratados internacionais que versam sobre direitos humanos, e somente estes, ainda que não sejam equivalentes às emendas constitucionais, nos casos em que não são submetidos a idêntico processo de formação daquelas, possuem *status normativo supralegal*, isto é, situam-se num plano hierárquico normativo acima das leis ordinárias (e abaixo da Constituição).

A tese da supralegalidade dos tratados internacionais de direitos humanos é fruto de criação jurisprudencial realizada pelo STF, e foi capitaneada pelo Min. Gilmar Mendes, por ocasião do julgamento, pelo Tribunal Pleno, do RE 466.343-SP¹⁸, em 03-12-2008, no bojo do qual se discutia a constitucionalidade da prisão civil do depositário infiel nos contratos de

¹⁸ EMENTA: Prisão Civil. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insustentabilidade da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito. (STF, RE 466.343-1/SP, Rel. Min. Cezar Peluso, DJ de 05-06-2009, p. 37 e 38, Ementário nº 2362-6, p. 1106).

alienação fiduciária em garantia, prevista no art. 5º, LVII, *in fine*, da CR, em face do disposto no art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica)¹⁹.

Anote-se que da decisão dada pelo Tribunal Pleno do STF no julgamento do RE 466.343-SP, no qual prevaleceu a tese do *status supralegal* do Pacto de San José da Costa Rica, que o situou num plano hierárquico normativo acima das leis ordinárias e abaixo da Constituição, as normas estritamente legais, disciplinadoras da prisão civil do depositário infiel²⁰, tiveram sua eficácia paralisada e, com isso, tornaram-se inaplicáveis, e resultou também na edição da Súmula vinculante nº 25, cujo verbete diz o seguinte: “*É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito*”.

Prosseguindo em nossa análise, cumpre destacar que até o presente momento apenas a *Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo*, assinados em Nova York em 30 de março de 2007, e promulgados através do Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009, equivale à emenda constitucional, nada dispondo acerca do objeto desta pesquisa, situando-se os demais diplomas internacionais em outros níveis hierárquicos, a depender da matéria que veiculam.

Feitas essas considerações, passemos, pois, à análise dos principais diplomas internacionais incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro que, em alguma medida, dispõem sobre a maioria penal.

3.7.1. Da Convenção Americana de Direitos Humanos

A *Convenção Americana de Direitos Humanos*, também conhecida por Pacto de San José da Costa Rica, de que o Brasil é signatário, foi aprovada através do Decreto Legislativo nº 27, de 25 de setembro de 1992, e promulgada pelo Decreto nº 678, de 06 de novembro do mesmo ano.

¹⁹ Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Art. 7º - Direito à liberdade pessoal. 7. Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.

²⁰ Código Civil de 2002 – Lei nº 10.406/2002. Art. 652. Seja o depósito voluntário ou necessário, o depositário que não o restituir quando exigido será compelido a fazê-lo mediante prisão não excedente a um ano, e ressarcir os prejuízos.

O Pacto de San José, no que diz respeito aos menores, estipula em seu art. 4º, que trata do direito à vida, que não se deve impor pena de morte aos menores de 18 anos, admitindo, portanto, a imposição de outras espécies de pena: “Art. 4º, § 5. Não se deve impor a pena de morte a pessoa que, no momento da perpetração do delito, for menor de dezoito anos, ou maior de setenta, nem aplicá-la a mulher em estado de gravidez.” (grifei).

Referido diploma internacional, no que diz respeito à redução da maioridade penal, não apenas silencia, mas deixa aberta essa possibilidade aos países que lhe são signatários, conforme se depreende da leitura de seu art. 5º, § 5, *in verbis*: “Os menores, quando puderem ser processados, devem ser separados dos adultos e conduzidos a tribunal especializado, com a maior rapidez possível, para seu tratamento.” (grifei).

3.7.2. Do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional

O *Estatuto de Roma*, que criou o Tribunal Penal Internacional, aprovado pelo Decreto Legislativo nº 112, de 06 de junho de 2002, e promulgado através do Decreto presidencial nº 4.388, de 25 de setembro de 2002, foi incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro por força do disposto no art. 5º, § 4º, da CR: “O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão.”.

O Tribunal Penal Internacional (TPI) foi criado pelo referido instrumento e tem por fim, nos termos do seu artigo 1º, o julgamento de pessoas responsáveis por crimes de maior gravidade com alcance internacional, sendo a sua jurisdição complementar em relação à dos seus Estados Partes. Nos termos do art. 5º do seu Estatuto, são considerados crimes graves os de genocídio; contra a humanidade; de guerra e de agressão.

Também não se verifica no Estatuto em comento nenhum dispositivo que impossibilite a redução da maioridade penal para um patamar abaixo do que nele está fixado para ter afastada sua jurisdição²¹, ou que consagre a maioridade penal como uma garantia humana fundamental, insuscetível de ser alterada.

²¹ Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Artigo 26. Exclusão da Jurisdição Relativamente a Menores de 18 anos. O Tribunal não terá jurisdição sobre pessoas que, à data da alegada prática do crime, não tenham ainda completado 18 anos de idade.

3.7.3. Convenção sobre os Direitos da Criança

Em derradeira análise, temos a *Convenção sobre os Direitos da Criança*, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 28, de 14 de setembro de 1990, e promulgada através do Decreto nº 99.710, de 21 de novembro do mesmo ano, que estatui em seu art. 1º que é considerado criança todo ser humano com menos de 18 anos de idade, ressalvando, nesse mesmo dispositivo, a legislação interna dos Estados Partes na Convenção que estabelece a maioria antes de se alcançar os 18 anos: “*Para efeitos da presente Convenção considera-se como criança todo ser humano com menos de dezoito anos de idade, a não ser que, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioria seja alcançada antes*”.

Da leitura do art. 37 da Convenção, observa-se que referido diploma internacional se restringe apenas a impedir a imposição de penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes às crianças²², nada dispondo acerca da impossibilidade de imposição de outras espécies de penas, tais como as privativas da liberdade ou restritivas de direito, bem assim, não veda eventual redução da maioria penal, deixando ao alvedrio de cada Estado Parte a escolha da idade aquém da qual a pessoa é considerada criança, como verte da análise do art. 1º supra.

²² Convenção sobre os Direitos da Criança. Artigo 37 - Os Estados Partes zelarão para que: a) nenhuma criança seja submetida a tortura nem a outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes. Não será imposta a pena de morte nem a prisão perpétua sem possibilidade de livramento por delitos cometidos por menores de dezoito anos de idade.

CONCLUSÃO

Visando ao objetivo desta pesquisa, que consiste em demonstrar a possibilidade jurídico-constitucional de adequação do preceito contido no art. 228 da Constituição da República ao atual contexto sociocultural no qual o Brasil se encontra inserido, no capítulo primeiro deste trabalho, a fim de situar o tema concernente à maioria penal dentro do estudo do Direito, notadamente do Direito Penal, foi realizada uma abordagem do instituto da imputabilidade penal, dos seus diferentes sistemas ou critérios de aferição, com seus requisitos, elementos e implicações para o exame da culpabilidade, um dos elementos do crime, que tem por fim fundamentar e limitar a punição estatal, isto é, o exercício do *jus puniendi*, bem como prevenir o cometimento de delitos.

Por seu turno, no capítulo seguinte foi feita uma explanação acerca dos direitos civis e políticos de cujo gozo o ordenamento jurídico brasileiro defere aos adolescentes com idade entre 16 e 18 anos incompletos, considerados relativamente incapazes na órbita civil, dentre os quais destacamos: o direito ao sufrágio através do exercício do voto; ser admitido como testemunha em processos judiciais; ser mandatário; adotante; testador e, bem assim, contrair matrimônio; o que implica no reconhecimento por parte do Estado de que tais jovens possuem discernimento e maturidade, suficientes o bastante, a ensejar o exercício de *per se* de tais direitos e, nessa ordem de ideias, também fundamenta a redução da maioria penal dos 18 para os 16 anos, na medida em que dotará o Direito brasileiro, enquanto sistema ou conjunto de normas jurídicas, de maior unidade e harmonia entre os diferentes ramos que o compõe.

No terceiro capítulo, as questões jurídicas de envergadura constitucional que a proposta de redução da maioria penal desafia foram enfrentadas, e verificado que o principal argumento jurídico contrário à pretendida redução baseia-se na consideração de que a inimputabilidade penal revela uma garantia humana fundamental, insuscetível de ser alterada, portanto, pelo poder constituinte derivado reformador, por força do disposto no art. 60, § 4º, IV, da CR.

E, no sentido da admissibilidade de redução da maioria penal, foi demonstrada que tal argumento não possui fundamentos dogmáticos consistentes em face da missão da ciência do Direito de normatizar as relações sociais através da adequação de seus textos legais aos novos contextos históricos e culturais que vão surgindo, porquanto o Direito erigiu-se ao

longo da história como ciência social aplicada que tem por finalidade regular a vida em sociedade, retirando das relações sociais, políticas, econômicas e culturais, os substratos fáticos que lhe servem de embasamento teórico em sua atividade normativa, bem assim, enquanto ciência do dever-ser, também se presta a conformar as atividades e os comportamentos humanos, a fim de ajustá-los aos princípios e valores objetivos em que se funda o Estado de Direito.

Do ponto de vista jurídico-constitucional, considerar que o art. 228 da CR consagra uma cláusula pétrea, e em razão disso tolher toda e qualquer mudança do preceito nele contido, significa, de um lado, alargar o sentido e o alcance do vocábulo *abolir* contido no § 4º do art. 60 da Carta Política de 1988, de ordem a abranger, e com isso impedir, adequações ou ajustes necessários da maioria penal aos novos contextos socioculturais do país; de outro giro, representa também a negação da força normativa da Constituição, a qual não foi elaborada apenas para uma geração, mas sim para gerações.

Nesse diapasão, a redução da maioria penal dos 18 para os 16 anos encontra razão, a nosso ver, considerando-se os adolescentes de hoje, comparativamente aos de 1940, ano em que a idade de 18 anos passou a constar no texto do Código Penal em vigor como marco da *irresponsabilidade penal*, termo que com a reforma produzida pela Lei nº 7.209, do ano de 1984, foi substituído e atualizado pelo termo *inimputabilidade penal*; tendo-se em vista o atual estágio em que se encontra a sociedade contemporânea, impulsionada pelos avanços advindos com a revolução tecnológica que o mundo experimentou nesta última quadra da história, marcada pela rápida difusão das ideias, do conhecimento e da informação e; bem assim, com os avanços havidos no campo dos direitos e das liberdades fundamentais, que propiciaram o incremento de melhores condições de desenvolvimento intelectual, moral e social dos adolescentes, na medida em que valores como a liberdade e a igualdade foram se consagrando.

Por fim, uma vez admitida a possibilidade jurídico-constitucional de redução da maioria penal dos 18 para os 16 anos, com arrimo nos argumentos acima delineados, afigura-se razoável que a sujeição dos adolescentes situados na faixa etária que vai dos 16 aos 18 anos à legislação penal deva ocorrer de forma mitigada, fazendo-se incidir a atenuação de pena prevista no parágrafo único do art. 26 do Código Penal, dada a condição de pessoa em desenvolvimento que os adolescentes ostentam, o que atenderia aos ditames da razoabilidade

e da proporcionalidade, tomados como a relação de equivalência que deve existir entre a medida adotada (redução da idade) e o critério que a dimensiona (evolução dos jovens ao longo dos tempos) e consistiria no estabelecimento de uma graduação da imputabilidade penal, a exemplo da que existe em relação à capacidade civil, isto é, até os 16 anos de idade incompletos o sujeito continuaria sendo considerado absolutamente inimputável, ao passo que a partir dos 16 anos, e antes de atingir os 18, enquadrar-se-ia numa situação de “*inimputabilidade relativa*”, o que, com efeito, ensejaria fosse a ele aplicada a referida atenuação de pena caso condenado ao final do processo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva, 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

ARAÚJO REIS, Alexandre Cebrian, RIOS GONÇALVES, Victor Eduardo. **Direito Processual Penal Esquemático**. Coordenador Pedro Lenza, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BARRETO, Tobias. **Menores e Loucos em Direito Criminal**. Ed. Fac-similar. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003. (Coleção História do Direito Brasileiro – Série Direito Penal v. 2). Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/100931>>. Acesso em: 22 mar. 2015.

BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. 17. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania. Proposta de Emenda à Constituição nº 171/93. Parecer vencedor emitido em 31-03-2015. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=14493>>. Acesso em: 08 abr. 2015.

_____. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 15 mar. 2015.

_____. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 15 mar. 2015.

_____. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 15 mar. 2015.

_____. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 15 mar. 2015.

_____. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l8069.htm>. Acesso em: 15 mar. 2015.

_____. Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992. **Promulga a Convenção Americana de Direitos Humanos.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 08 abr. 2015.

_____. Decreto nº 4.388, de 25 de setembro de 2002. **Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4388.htm>. Acesso em: 08 abr. 2015.

_____. Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990. **Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm>. Acesso em: 08 abr. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **A Constituição e o Supremo [recurso eletrônico]**. 4. ed. Brasília: Secretaria de Documentação, 2011. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=publicacaoLegislacaoAnotada>>. Acesso em: 08 abr. 2015.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal, Parte Geral**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, v. 1. t. 2.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional I**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal, Parte Geral: (arts. 1º a 120)**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges, 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FARIAS, Cristiano Chaves de, ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: parte geral e LINDB**. 11 ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2013. v. 1.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**, 32. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Esquematizado**. Coordenador Pedro Lenza, 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. (Coleção esquematizado v. 1.)

JESUS, Damásio de. **Código Penal anotado**. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LENZA, Pedro, **Direito Constitucional Esquematizado**. 17. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

LISZT, Franz Von. **Tratado de Derecho Penal**, Madrid: Editora Reus, 1927 e 1929. t. 2

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal, Parte Geral: Arts. 1º a 120 do CP**. 17. ed. rev. e atual. até outubro de 2000. São Paulo: Atlas, 2001. v. 1.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 10. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 8. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014. v. 2.

RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo D. **Derecho Civil: parte general**. Bueno Aires: Astrea, 2003.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**. 4 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014. v. único.

GLOSSÁRIO

Caput – cabeça

Carta Federal, Carta Magna, Política ou Republicana – Constituição da República Federativa do Brasil

Codex – código

Code Pénal – Código Penal Francês de 1810

Contrario sensu – em sentido contrário

Conditio sine qua non – condição sem a qual não

De per si – por si só; pessoalmente; individualmente

En passan – de passagem

Estatuto repressor – Código Penal

In casu – na espécie; no caso

In fine – na parte final; no fim

In verbis – nestes termos ou nestas palavras

Jus puniendi – direito de punir do Estado

Leading case – precedente ou caso que serve para firmar jurisprudência

Lato sensu – em sentido amplo

Lex Mater – Lei Mãe ou Lei Maior, Constituição Federal

Nulla poena sine culpa – não há pena sem culpabilidade

Norma privada – Código Civil

Persecutio criminis – persecução penal ou criminal

Prima facie – à primeira vista