

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 793

(Ano IX)

(18/03/2017)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2017

Conselho Editorial

VALDINEI CORDEIRO COIMBRA (DF) - Coordenador-Geral. Fundador do Conteúdo Jurídico. Mestre em Direito Penal Internacional Universidade de Granda/Espanha.

MARCELO FERNANDO BORSIO (MG): Pós-doutor em Direito da Seguridade Social pela Universidade Complutense de Madrid. Pós-Doutorando em Direito Previdenciário pela Univ. de Milão. Doutor e Mestre em Direito Previdenciário pela Pontifícia Universidade Católica/SP.

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

RODRIGO LARIZZATTI (DF/Argentina): Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidad del Museo Social Argentino - UMSA.

MARCELO FERREIRA DE SOUZA (RJ): Mestre em Direito Público e Evolução Social u, Especialista em Direito Penal e Processo Penal.

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

SERGIMAR MARTINS DE ARAÚJO (Montreal/Canadá): Advogado com mais de 10 anos de experiência. Especialista em Direito Processual Civil Internacional. Professor universitário.

País: **Brasil**. Cidade: **Brasília – DF**. Endereço: SHN. Q. 02. Bl. F, Ed. *Executive Office Tower*. Sala 1308. Tel. 61-991773598 ou 61-3326-1789

Contato: editorial@conteudojuridico.com.br
WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.588736>

SUMÁRIO

COLONISTA DA SEMANA



16/03/2017 Valdinei Cordeiro Coimbra

» [Efeitos da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/CONFINS para o Direito Penal Tributário](#)

ARTIGOS

17/03/2017 Felipe Viana de Araujo Duque

» ["Análise do RE 330.817, quanto à extensão da imunidade tributária constante do art. 150, VI, d, da CF/88 ser aplicada ao livro eletrônico".](#)

17/03/2017 Bruna Conceição Ximenes de Araújo

» [A "audiência de custódia" na República Federativa do Brasil](#)

17/03/2017 Ana Luísa Gonçalves Rocha

» [Análise comparativa entre as concepções de Constituição em LaSalle e Hesse](#)

17/03/2017 Soraya Noura y Maurity

» [Uma gestão e um planejamento eficientes como proposta de fortalecimento na formação para professores da área jurídica que atuarão na graduação em Direito](#)

17/03/2017 Tauã Lima Verdán Rangel

» [Família Anaparental e o Reconhecimento ao Direito Constitucional de Constituir Família: Uma Análise à luz do entendimento do Superior Tribunal de Justiça](#)

16/03/2017 Anna Beatriz Cabral Barbalho

» [Contratos internacionais de comércio eletrônico: características e regulamentação.](#)

16/03/2017 Vitor Lenine de Souza Chagas

» [A conciliação e a mediação à luz do Código de Processo Civil vigente](#)

16/03/2017 Felipe Viana de Araujo Duque

» ["Da irrazoabilidade do RE 580252: institucionalização do "pedágio-masmorra"\(STJ\) pelo STF aos presos em condições insuficientes de encarceramento".](#)

16/03/2017 Michel Neves Camilloto

» [A Redução da Maioridade Penal Como Medida de Adequação Social](#)

16/03/2017 Tauã Lima Verdán Rangel

» [O Reconhecimento da Violação ao Dever de Fidelidade como pressuposto de Responsabilidade Civil: Uma análise à luz do entendimento pretoriano do STJ](#)

16/03/2017 Ana Luísa Gonçalves Rocha

» [Pensando a liberdade e a igualdade na democracia](#)

15/03/2017 Felipe Viana de Araujo Duque

» [Do desacato - "descriminalização" pela 5ª Turma do STJ e adoção do entendimento pela 6ª Turma e pelo TRF da 5ª](#)

15/03/2017 Artur Leandro Veloso de Souza

» [Desestatização: é uma boa saída?](#)

15/03/2017 Fernando José Vianna Oliveira

» [Do \(duplo\) rito para a execução de alimentos no CPC/15 decorrente de títulos judiciais \(cumprimento de sentença\)](#)

15/03/2017 Cynthia Karla Araújo do Nascimento

» [Ponderação de direitos e o princípio da proporcionalidade](#)

15/03/2017 Carlos Alberto Fonseca Seixas de Oliveira

» [Independência de instâncias e a responsabilidade disciplinar](#)

14/03/2017 Adriana Caroline de Souza

» [Desconsideração da personalidade jurídica da sociedade limitada e a responsabilidade civil dos sócios administradores](#)

14/03/2017 Cynthia Karla Araújo do Nascimento

» [A concepção da verdade probatória no direito processual penal e o princípio da verdade real](#)

14/03/2017 Bárbara Viana Moscato

» [O novo tratamento dado às tutelas provisórias à luz das alterações trazidas pela Lei n.º 13.105/2015: características, tipos e formas de efetivação.](#)

14/03/2017 Augusto César Lopes Cunha

» [Críticas ao crime de embriaguez ao volante: uma análise à luz de princípios penais tradicionais](#)

14/03/2017 Heloisa Maria Ferreira Durães

» [União estável e herança](#)

14/03/2017 Gladston Almeida Cajá

» [O superendividamento do consumidor envolvendo a questão da dignidade da pessoa humana](#)

14/03/2017 Tauã Lima Verdan Rangel

» [Maioridade Civil e a manutenção do encargo alimentar: um painel à luz do entendimento do Superior Tribunal de Justiça](#)

13/03/2017 Artur Leandro Veloso de Souza

» [O precedente e o novo Código de Processo Civil cotejados em face do controle do Poder Judiciário e do Tribunal de Contas sobre o Poder Executivo](#)

13/03/2017 Heloisa Maria Ferreira Durães

» [Nova tipificação do artigo 243 do ECA](#)

13/03/2017 Fernanda Iatarola Barbosa Dias

» [Guarda compartilhada](#)

13/03/2017 Gladston Almeida Cajá

» [Princípios constitucionais e sua aplicação no direito processual](#)

13/03/2017 Lucas Silva Pinto

» [Livramento condicional: um estudo conceitual e jurisprudencial sobre seus aspectos mais importantes](#)

13/03/2017 Antonia Maria da Silva

» [A propriedade agrária como bem de investimento](#)

13/03/2017 Tauã Lima Verdán Rangel

» [O Direito à Drenagem de Águas Pluviais como pilar estruturante do Direito ao Saneamento Básico](#)

MONOGRAFIA

15/03/2017 Alexander Barbosa Fernandes dos Santos

» [A CIDH e a lei de anistia no Brasil: \(im\)possibilidade jurídica de compelir o estado brasileiro ao cumprimento da sentença prolatada no caso "Araguaia"](#)

14/03/2017 Priscilla Labanca

» [Identificação e classificação de criminosos à luz da inteligência artificial](#)

EFEITOS DA INCONSTITUCIONALIDADE DA INCLUSÃO DO ICMS NA BASE DE CÁLCULO DO PIS/CONFINS PARA O DIREITO PENAL TRIBUTÁRIO

VALDINEI CORDEIRO COIMBRA: Advogado exercendo o cargo de Assessor de Procurador-Geral da CLDF. Mestre em Direito Penal Internacional pela Universidade de Granada - Espanha. Mestrando em Direito e Políticas Públicas pelo UNICEUB. Especialista em Direito Penal e Processo Penal pelo ICAT/UDF. Pós-graduado em Gestão Policial Judiciária pela ACP/PCDF-FORTIUM. Professor Universitário de Direito Penal e Orientação de Monografia. Delegado de Polícia da PCDF (aposentado). Já exerceu os cargos de Coordenador da Polícia Legislativa da Câmara Legislativa do Distrito Federal (COPOL/CLDF), Chefe de Gabinete da Administração do Varjão-DF. Chefe da Assessoria para Assuntos Especiais da PCDF. Chefe da Assessoria Técnica da Cidade do Varjão - DF; Presidente da CPD/CGP/PCDF. Assessor Institucional da PCDF. Secretário Executivo da PCDF. Diretor da DRCCP/CGP/PCDF. Diretor-adjunto da Divisão de Sequestros. Chefe-adjunto da 1ª Delegacia de Polícia. Assessor do Departamento de Polícia Especializada - DPE/PCDF. Chefe-adjunto da DRR/PCDF. Analista Judiciário do TJDF. Agente de Polícia Civil do DF. Agente Penitenciário do DF. Policial Militar do DF.

Noticia o site do Supremo Tribunal Federal que a **“Inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS/Cofins é inconstitucional”**, decidindo o que já se consolidava nas instâncias inferiores, sem receptividade na Fazenda Pública, pois não é lógico pagar PIS e CONFINS sobre patrimônio que não possui. Vale a pena trazer à colação a referida notícia^[1]:

Por maioria de votos, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), em sessão nesta quarta-feira (15), decidiu que o Imposto Sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) não integra a base de cálculo das contribuições para o Programa de Integração Social (PIS) e a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins). Ao finalizar o julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 574706, com repercussão geral reconhecida, os ministros entenderam que o valor arrecadado a título de ICMS não se incorpora ao patrimônio do

contribuinte e, dessa forma, não pode integrar a base de cálculo dessas contribuições, que são destinadas ao financiamento da seguridade social.

Prevaleceu o voto da relatora, ministra Cármen Lúcia, no sentido de que a arrecadação do ICMS não se enquadra entre as fontes de financiamento da seguridade social previstas na Constituição, pois não representa faturamento ou receita, representando apenas ingresso de caixa ou trânsito contábil a ser totalmente repassado ao fisco estadual. A tese de repercussão geral fixada foi a de que “O ICMS não compõe a base de cálculo para fins de incidência do PIS e da Cofins”. O posicionamento do STF deverá ser seguido em mais de 10 mil processos sobrestados em outras instâncias.

Além da presidente do STF, votaram pelo provimento do recurso a ministra Rosa Weber e os ministros Luiz Fux, Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio e Celso de Mello. Ficaram vencidos os ministros Edson Fachin, que inaugurou a divergência, Luís Roberto Barroso, Dias Toffoli e Gilmar Mendes. O recurso analisado pelo STF foi impetrado pela empresa Imcopa Importação, Exportação e Indústria de Óleos Ltda. com o objetivo de reformar acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF-4) que julgou válida a inclusão do ICMS na base de cálculo das contribuições.

Votos

O julgamento foi retomado na sessão de hoje com o voto do ministro Gilmar Mendes, favorável à manutenção do ICMS na base de cálculo da Cofins. O ministro acompanhou a

divergência e negou provimento ao RE. Segundo ele, a redução da base de cálculo implicará aumento da alíquota do PIS e da Cofins ou, até mesmo, a majoração de outras fontes de financiamento sem que isso represente mais eficiência. Para o ministro, o esvaziamento da base de cálculo dessas contribuições sociais, além de resultar em perdas para o financiamento da seguridade social, representará a ruptura do próprio sistema tributário.

Último a votar, o ministro Celso de Mello, decano do STF, acompanhou o entendimento da relatora de que a inclusão do ICMS na base de cálculo do PIS e da Cofins é inconstitucional. Segundo ele, o texto constitucional define claramente que o financiamento da seguridade social se dará, entre outras fontes, por meio de contribuições sociais sobre a receita ou o faturamento das empresas. O ministro ressaltou que só pode ser considerado como receita o ingresso de dinheiro que passe a integrar definitivamente o patrimônio da empresa, o que não ocorre com o ICMS, que é integralmente repassado aos estados ou ao Distrito Federal.

Modulação

Quanto à eventual modulação dos efeitos da decisão, a ministra Cármen Lúcia explicou que não consta no processo nenhum pleito nesse sentido, e a solicitação somente teria sido feita da tribuna do STF pela Procuradoria da Fazenda Nacional. Não havendo requerimento nos autos, não se vota modulação, esclareceu a relatora. Contudo, ela destacou que o Tribunal pode vir a enfrentar o tema em embargos de declaração interpostos com essa finalidade e trazendo elementos para a análise.

Resta agora verificar as consequências da decisão no âmbito do Direito Penal Tributário, pois muitos empresários respondem a ações penais, outros até mesmo foram condenados por terem excluído da base do cálculo do PIS/CONFIS o ICMS, sendo-lhes imputados o art. 1º, inc. II, da Lei n. 8.137/90, que tem a seguinte teor:

Art. 1º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:

[...]

II - fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal;

Ora, se o ICMS não pode integrar a base de cálculo do PIS e CONFIS, significa dizer que o crédito constituído definitivamente que tem como consequência a caracterização do crime tributário, consoante Súmula Vinculante n. 24 do STF, deve ser revisto, ou seja, deverá a Fazenda Pública refazer os cálculos recortando o ICMS de tais créditos, para ao final constitui-lo novamente.

Neste sentido, para os casos concretos em que o crédito tributário objeto da ação penal foi reduzido em face da exclusão do ICMS da base de cálculo do PIS e da CONFINS, uma vez declara inconstitucional a sua inclusão, o crime deixa de existir, pois não tem mais materialidade. A redução do tributo não existe mais.

Assim, não há outra solução senão a de trancar as ações penais em curso, uma vez que, consoante Súmula Vinculante n. 24 do STF, não há materialidade do delito. Para os casos em que já existem condenações, deve o juiz da execução criminal extinguir a punibilidade, pois a decisão do Supremo tornando inconstitucional a inserção do ICMS na base de cálculo do PIS e da CONFINS deve ser aplicada de forma retroativa uma vez que é benéfica para o acusado ou condenado, pois torna a conduta que antes era crime em conduta atípica, sendo que no nosso

entendimento, mesmo que o STF em sede de embargos de declaração faça a modulação dos efeitos da decisão, o que será certo tendo em vista a manifestação da Ministra Carmem Lúcia, entendemos que na esfera penal a decisão do STF deve retroagir, pois equipara-se à causa de extinção de punibilidade pela *abolitio criminis*, ou seja, se uma lei tipifica um crime e posteriormente o STF a considera inconstitucional, não há como modular os efeitos dessa decisão na esfera penal, apenas para garantir que aqueles que foram condenados na sua vigência continuem executando a pena. Seria muita injustiça da mais alta Corte de Justiça.

NOTA:

[1] Disponível

em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=338378&tip=UN> . Acesso em 16 mar. 2017.

ANÁLISE DO RE 330.817, QUANTO À EXTENSÃO DA IMUNIDADE TRIBUTÁRIA CONSTANTE DO ART. 150, VI, D, DA CF/88 SER APLICADA AO LIVRO ELETRÔNICO

FELIPE VIANA DE ARAUJO DUQUE: Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco. Pós Graduado em Direito Civil pela UNIDERP/LFG. Pós Graduado em Direito Processual Tributário pela UNIDERP/LFG. Assessor Técnico Judiciário em Gabinete de Desembargador do Tribunal de Justiça de Pernambuco.

Resumo: Cinge-se a presente discussão em analisar os motivos pelo qual houve a determinação da imunidade do art. 150, IV, d da Constituição Federal aos livros eletrônicos.

1 Introdução

O cerne da controvérsia diz respeito ao alcance da imunidade prevista no art. 150, VI, d da Constituição Federal.

Em 1º de fevereiro de 1987, a Assembleia Nacional Constituinte foi instalada. Comumente, a doutrina recorda que o Instituto dos Advogados de São Paulo encaminhou carta à Constituinte propondo que a imunidade abrangesse “livros, jornais e periódicos e outros veículos de comunicação, inclusive audiovisuais, assim como papel e outros insumos, e atividades relacionadas com a produção e a circulação”. Esse texto não foi adotado.

Não obstante isso, em 1988 foi promulgada a Constituição cidadã, a qual dispôs sobre a imunidade nos seguintes termos:

“Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: (...) VI - instituir impostos sobre: (Vide Emenda Constitucional nº 3, de 1993) (...) d) livros, jornais, periódicos e o papel destinado a sua impressão”.

Como se vê do citado dispositivo, o constituinte retirou do âmbito da competência tributária da União, dos estados, do Distrito Federal e dos

municípios determinados bens, em relação aos quais não se permite a instituição de impostos.

Ou seja, o constituinte não objetivou conferir um benefício a editoras ou a empresas jornalísticas, mas sim imunizar o bem utilizado como veículo do pensamento, da informação, da cultura e do conhecimento.

Isto é, a aplicação da imunidade independe da pessoa que os produza ou que os comercialize; ou seja, não importa se se está diante de uma editora, uma livraria, uma banca de jornal, um fabricante de papel, um vendedor de livros, do autor ou de uma gráfica, pois o que importa à imunidade é o objeto e não a pessoa.

Essa orientação foi muito recentemente reafirmada pelo Plenário da Corte sob o rito da repercussão geral, no julgamento do RE nº 628.122/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, conforme mostra a ementa que segue:

“Recurso extraordinário. Repercussão geral da questão constitucional reconhecida. 2. Direito Constitucional e Tributário. 3. FINSOCIAL. Natureza jurídica de imposto. Incidência sobre o faturamento. 4. Alcance da imunidade prevista no art. 150, VI, d, da Constituição Federal, sobre livros, jornais, periódicos e papel destinado a sua impressão. Imunidade objetiva. Incidência sobre o objeto tributado. Na hipótese, cuida-se de tributo de incidente sobre o faturamento. Natureza pessoal. Não alcançado pela imunidade objetiva prevista no art. 150, VI, d, da Constituição Federal. 5. Recurso extraordinário a que se nega provimento” (DJe 30/9/13).

Assim, fica evidente que se trata de imunidade objetiva.

2- Da extensão da imunidade dos livros, jornais e periódicos e o papel aos livros eletrônicos:

Perceba-se que, conexas à meta da neutralidade da imunidade, segundo a qual não se deve fazer distinção entre grupos econômicos,

políticos etc., está a questão do conteúdo do objeto abrangido pela imunidade.

Embora, em um primeiro momento, seja correto afirmar que o conteúdo do livro é irrelevante para efeito da imunidade, ao se invocar a interpretação finalística, se esse não constituir veículo de ideias, de transmissão de pensamentos, ainda que formalmente possa ser considerado como tal, será descabida a aplicação da imunidade.

No RE nº 221.239/SP, Segunda Turma, DJ de 6/8/04, a Relatora a Ministra Ellen Gracie constatou ter a imunidade o escopo de evitar embaraços à liberdade de expressão bem como de facilitar “o acesso da população à cultura, à informação e à educação, com a redução do preço final”. Sendo este o fim da norma, concluiu ser o álbum de figurinhas uma “maneira de estimular o público infantil a se familiarizar com meios de comunicação impressos, atendendo, em última análise, à finalidade do benefício tributário”.

Seguindo essa orientação: RE nº 178.863/SP, Decisões monocráticas dos Ministros da Corte, levando em consideração o caráter de utilidade pública da publicação, têm reconhecido a imunidade em tela aos mapas impressos ou atlas geográficos (nesse sentido: RE nº 471.022/RS, Relator o Ministro Carlos Britto, DJe de 21/11/08; AI nº 641.746/SP, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJe de 9/9/08; AI nº 620.136/SP, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 5/12/07).

Em outras palavras, tem-se voltado o olhar para a finalidade da norma, de modo a maximizar seu potencial de efetividade. Assim o foi na decisão de se reconhecerem como imunes: a) as revistas técnicas, em razão da importância de suas publicações e da grande circulação (RE nº 77.867/SP); b) a lista telefônica, por seu caráter informativo e sua utilidade pública (RE nº 101.441/RS); c) as apostilas, por serem simplificações de livros e veicularem mensagens de comunicação e de pensamento em contexto de cultura (RE nº 183.403/SP); d) os álbuns de figurinha, por estimular o público infantil a se familiarizar com os meios de comunicação impressos (RE nº 221.239/SP); e) mapas impressos e atlas geográfico, em razão de sua utilidade pública (RE nº 471.022/RS). A contrario sensu, não

foram reconhecidos como imunes os calendários, por não serem veículos de transmissão de ideias (RE nº 87.633/SP).

Como se vê, é de se invocar, ainda, a interpretação evolutiva, método interpretativo específico das normas constitucionais apontado em obra doutrinária pelo Ilustre Ministro Roberto Barroso (Interpretação e aplicação da Constituição. Saraiva, 137):

“O que é mais relevante não é a *occasio legis*, a conjuntura em que editada a norma, mas a *ratio legis*, o fundamento racional que a acompanha ao longo de toda a sua vigência. Este é o fundamento da chamada interpretação evolutiva. As normas, ensina Miguel Reale, valem em razão da realidade de que participam, adquirindo novos sentidos ou significados, mesmo quando mantidas inalteradas as suas estruturas formais”.

De modo sintético, uma vez que os fundamentos racionais que levaram à edição do art. 150, VI, d, da CF/88 continuam a existir mesmo, também deve-se levar a interpretação para os livros eletrônicos (e-book), pois há inequívocas manifestações do avanço tecnológico que a cultura escrita tem experimentado. Consoante a interpretação evolutiva da norma, conclui-se que eles estão inseridos no âmbito dessa imunidade tributária.

3- Conclusão:

Face ao exposto, tendo em vista que as mudanças históricas e os fatores políticos e sociais presentes na atualidade, seja em razão do avanço tecnológico, seja em decorrência da preocupação ambiental, justificam a equiparação do “papel”, numa visão panorâmica da realidade e da norma, aos suportes utilizados para a publicação dos livros.

Nesse contexto moderno, contemporâneo, portanto, a teleologia da regra de imunidade igualmente alcança os aparelhos leitores de livros eletrônicos, não sendo desarrazoada a decisão do RE 330.817 julgada em 08/03/2017 pelo STF.

4- Referências:

<https://jota.info/tributario/livros-eletronicos-e-e-books-sao-imunes-de-tributos-08032017>

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=337857>

http://www.conjur.com.br/2017-mar-08/livros-eletronicos-tambem-imunidade-tributaria-decide-supremo?utm_source=dlvr.it&utm_medium=facebook

PONTIERI, Alexandre. RE 330.817 STF posição contrária à extensão da imunidade tributária dos livros eletrônicos. Disponível em <http://www.lfg.com.br> - 18 de março de 2011.

A "AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA" NA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

BRUNA CONCEIÇÃO XIMENES DE ARAÚJO: Pós-Graduada em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera Uniderp. Advogada. Graduada em Ciências Jurídicas pelas Faculdades Integradas de Três Lagoas (AEMS).

RESUMO: O presente trabalho tem por escopo fazer uma análise acerca das “Audiências de Custódia” na República Federativa do Brasil. Para tanto, serão consideradas correntes doutrinárias e jurisprudenciais sobre o tema. Audiência de Custódia será vislumbrada enquanto, audiência dirigida à prevenção de tortura, humanização e as garantias constitucionais do Sistema Penal. Afinal, por que ainda relutamos em aplicá-la no sistema penal brasileiro? Não bastaria a adesão ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e a Convenção de *San José da Costa Rica*? Até que ponto seria salutar continuarmos a discutir aspectos relativos à natureza supralegal ou ordinária desses Tratados, quando de fato sua problemática se insere num campo muito mais complexo e importante: a vida, direitos e a dignidade da pessoa humana?

PALAVRAS-CHAVES: Audiência de Custódia; Garantias Constitucionais; Pacto *San José da Costa Rica*; Humanização; Código de Processo Penal.

ABSTRACT: This work has the scope to make an analysis about the "Hearings Custody" the Federative Republic of Brazil. To do so will be considered doctrinal and jurisprudential currents on the subject. Custody hearing will be glimpsed while court hearing on the prevention of torture, humanization and constitutional guarantees of the penal system. After all, why still reluctant to apply it in the Brazilian penal system? Not enough adherence to the International Covenant on Civil and Political Rights and the Convention of San José, Costa Rica? To what extent would be beneficial to continue to discuss aspects of supra-legal or common nature of these treaties, when in fact their problem is part of a much more complex and important field: life, rights and dignity of the human person?

KEYWORDS: Custody Hearing; Constitutional guarantees; Pact *San José*, Costa Rica; Humanization; Criminal Procedure Code.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO PENAL; 1.1 DEFINIÇÃO E CONCEITO DE AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA; 1.2 AS FINALIDADES DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA; 1.3 GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO PENAL; 2.A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E OS INSTRUMENTOS INTERNACIONAIS DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA (CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS) E O PACTO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS; 3.AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA NA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL: TRATADOS INTERNACIONAIS E O CÓDIGO DE PROCESSO PENAL; 3.1 O CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO E A “AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA; 3.2 AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA E O PROJETO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ); 3.3 A NATUREZA JURÍDICA DOS INSTRUMENTOS INTERNACIONAIS DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA (CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS) E O PACTO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS; 4. CONCLUSÃO; 5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUÇÃO

O crescente aumento da população carcerária e do desrespeito as garantias constitucionais dos indivíduos têm alertado nas últimas décadas inúmeros entes políticos sobre a real natureza e importância dos Estados Democráticos de Direito no combate a repressão e a violência.

E conquanto tenhamos perpassado uma difícil fase durante as Guerras Mundiais, sobretudo, quanto aos nefastos efeitos deixados pela Segunda Guerra, ainda hoje buscamos inserir nos ordenamentos jurídicos instrumentos de proteção e garantia de direitos.

E considerando tal pretensão na busca por novos elementos de proteção e garantia, é que se inseriu nos últimos meses, embora, fosse um instrumento cujas nuances já estivessem previstas em Tratados aos quais já aderimos há alguns anos, a discussão sobre os benefícios das Audiências de Custódias na República Federativa do Brasil.

Neste aspecto, o presente trabalho, objetivando discutir o assunto discorrerá sobre o tema em três capítulos. No primeiro deles, abordando a natureza jurídica e as finalidades das Audiências de Custódia e as Garantias Constitucionais. No Segundo, a previsão similar na Convenção de *San José da Costa Rica* (Convenção Americana de Direitos Humanos), e no Pacto Internacional Sobre Direitos Cíveis e Políticos, dos quais a República Federativa do Brasil é signatária. E no terceiro e último, salientando a problemática levantada por aplicadores do Direito no que tange a falta de previsão no Código de Processo Penal brasileiro e a natureza jurídica dos Tratados em apreço.

Afinal, o que fazer quando o Código de Processo Penal não prevê esse instituto? Qual a real natureza desses Tratados? Até que ponto é salutar continuarmos a discutir isso, quando o que nos parece mais importante são os aspectos envoltos a vida, os direitos, a dignidade humana e a justiça?

1. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO PENAL

1.1 DEFINIÇÃO E CONCEITO DE AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

Considerando que nossa pretensão se volta à análise das Audiências de Custódia na República Federativa do Brasil, convém que façamos nesse primeiro momento uma breve colocação acerca das particularidades desse instituto, iniciando por sua definição e conceito.

O termo “custódia” tem suas origens deitadas no berço latino e segundo Paiva (2015, s/p), expressariam o ato de guardar, de proteger, cujos matizes são velhos conhecidos da história penal, sobretudo, nos períodos da monarquia.

E partindo de tais pressupostos de guarda e proteção, é que as Audiências de Custódia ganhariam forma e conteúdo nos manuais e jurisprudências pelo mundo afora, especialmente, no que

tange as garantias constitucionais elencadas nas Constituições e a realidade dos sistemas penitenciários.

Na República Federativa do Brasil, embora conteúdo semelhante fosse previsto nos Tratados Internacionais aos quais aderiu pacificamente, sua visualização só se faria notar com o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.240/SP, sendo mais tímida. Frise-se ainda, que na data do julgamento da referida ação fora ventilada a hipótese de uma nomenclatura diversa semelhante aquela empregada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente; eis uma “Audiência de Apresentação”.

Controvérsias terminológicas a parte, a doutrina passou a definir as “Audiências de Custódia” como aquelas consistentes na condução do preso sem demora á presença de autoridade judicial, a fim de exercer um controle imediato da legalidade e da necessidade da prisão, bem como para apreciar outras questões, sobretudo, as referentes á pessoa do cidadão, aos maus tratos e a tortura, após prévio contraditório estabelecido entre o Ministério Público e a defesa. (PAIVA, 2015, s/p).

Em outras palavras, tratar-se-ia de uma audiência que ao permitir o contato de forma mais rápida e efetiva do acusado preso com a autoridade judiciária oportunizaria a resolução de questões que a rigor levaria anos e, ou, meses para serem salientadas, principalmente, os erros, questões de legalidade da prisão, necessidade de manutenção da prisão e a humanização.

Neste aspecto, salienta Maria Laura Canineu ao comentar o assunto que:

(...) quando é presa, uma pessoa tem o direito de comparecer imediatamente perante um juiz. Trata-se de um princípio fundamental e de longa data do direito internacional. Ele é crucial para garantir que a prisão, tratamento e permanência da pessoa em detenção ocorram dentro da lei. (CANINEU, 2013, p. 03).

Assim, a Audiência de Custódia imprime-se como o instrumento zelador das garantias constitucionais e internacionais

assumidas pela República Federativa do Brasil, transpassando as fronteiras de mera análise da legalidade e necessidade de prisão. Seu cunho é assim, intimamente social e humano.

1.2 AS FINALIDADES DA AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

Perpassada a análise acerca do conceito e definição das Audiências de Custódia, cujos aspectos como vimos são de cunho doutrinário e nos remetem a história penal, neste tópico, passaremos a exposição de suas finalidades na República Federativa do Brasil.

Contudo, anteriormente é importante frisarmos o caos vivenciado pelo sistema penal e penitenciário brasileiro, que segundo os professores Lopes Júnior e Paiva (2014, s/p), nos mostram dados oficiais preocupantes e de certa forma gritantes; eis uma população carcerária que atinge o impressionante número de 711.463.000 presos e é hoje a terceira maior do mundo.

No mais, alertam-nos ainda que as prisões são hoje no cenário jurídico brasileiro protagonistas que não permitem participações, contando apenas com a figuração de algumas cautelares, apesar de ser a Lei 12.403/2011, voltada a colocação da prisão em última *ratio*. (LOPES JÚNIOR; PAIVA, 2014, s/p).

Uma população carcerária grande e a crise de identidade das prisões somadas à realidade financeira e institucional da sociedade e do Estado reflete que o caos vivenciado não é apenas contingencial, mas de todo um sistema falho. E é neste cenário que a Audiência de Custódia com o objetivo de garantir o contato da pessoa presa com a autoridade judicial no prazo mínimo, traz um ou mais resultados jurídicos e relativos à pessoa do acusado preso, senão vejamos.

Segundo o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), juridicamente a Audiência de Custódia poderá promover o relaxamento da prisão, quando esta for ilegal; a concessão de liberdade provisória, com ou sem fiança; a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, se necessário; a substituição da prisão em flagrante por medidas cautelares diversas; a análise da consideração de cabimento da mediação penal, evitando assim, a judicialização do

conflito e corroborando para a prática restaurativa. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2015).

Como se denota no plano jurídico sua finalidade se voltaria a antecipar as medidas que poderiam ser realizadas geralmente apenas após as primeiras audiências penais, cujos períodos a depender das regiões brasileiras variam muito em termos de meses e anos.

Frise-se, contudo, que sua finalidade não ficaria apenas adstrita a antecipação de tais medidas, pois uma vez realizada os benefícios para o sistema penitenciário e penal poderiam ser maiores, inclusive, concedendo a liberdade de indivíduo que estivesse preso. Neste sentido, a Defensoria Pública do Estado de São Paulo (2014, p. 02), elenca alguns deles, a saber: o combate a superlotação carcerária; a inibição ao tratamento cruel, desumano e principalmente, a tortura; o respeito as garantias constitucionais; o reforço ao compromisso brasileiro com os Direitos Humanos; a inserção da demanda social em iniciativa legislativa; a renovação das credenciais da República Federativa do Brasil no cenário internacional; a adequação do ordenamento jurídico interno para o cumprimento de obrigações internacionais e o reforço a integração jurídica latino americana, onde é chamada de “Juizados de Garantia”.

Logo, as finalidades da Audiência de Custódia permeiam não apenas as garantias e direitos do acusado preso, mas contribuem também para “desafogar” o sistema penitenciário brasileiro hoje tão afetado pela crise institucional e social.

1.3 GARANTIAS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO PENAL

Transcritas algumas considerações acerca das finalidades da Audiência de Custódia na República Federativa do Brasil, a seguir, comentaremos brevemente as garantias constitucionais do Processo Penal previstas na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Segundo o professor José Cirilo de Vargas (1992, p.49), garantias são normas jurídicas, quer sejam de leis positivas ou de preceitos constitucionais, que asseguram o gozo dos direitos e preservam o indivíduo contra o extravasamento do legislador, do

juiz e dos órgãos executivos e que no campo processual penal se relacionam com a jurisdição, as partes, as provas e o processo.

No que tange a jurisdição, minimamente as garantias devem englobar o julgamento por um juiz natural, integrante do Poder Judiciário e investido conforme os ditames legais, não se admitindo juízos ou tribunais de exceção, nos termos da norma do artigo 5º, XXXVII. Ainda, dotado de independência e imparcialidade, consoante as vedações transcritas na norma do artigo 95, e que cumpra o preceito relacionado a motivação de suas decisões, observada a exceção das proferidas pelo Tribunal do Júri.

Igualmente, a propositura de ação penal deve atender ao princípio do promotor natural, que assim como o juiz é dotado de independência funcional e está adstrito a investidura através de concurso público de provas e títulos. No mais, as garantias afetas a jurisdição também inserem em seu bojo o duplo grau de jurisdição possibilitando que as partes recorrem da decisão nos prazos fixados em lei; a *reformatio in pejus*, que proíbe a reforma das decisões de modo a prejudicar o recorrente e a efetividade das decisões, consubstanciada pela coisa julgada.

Referentes às garantias ligadas as partes infimamente citam-se: a igualdade ou paridade de armas, transcrita na norma do artigo 5º, I, a ampla defesa prevista no inciso LV, da norma do artigo 5º; a garantia de ser informado pessoalmente da acusação; a autodefesa; a defesa técnica; a proibição de cerceamento de defesa; a não auto-incriminação e o contraditório.

Extremamente importantes na condução do processo de forma justa, tais garantias expressam da mesma forma a necessidade de que as partes sejam tratadas igualmente para que o fim almejado seja alcançado sem incorrer em erros, injustiças e desproporcionalidades. (VARGAS, 1992, p.49).

Tratando-se das provas, as garantias mínimas dirão respeito à inadmissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos e que, frise-se, não era prevista em nossas outras Constituições; o ônus da prova incumbido à acusação, pois ninguém pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado da decisão, questão que hoje é interpretada de outra forma pelo Supremo Tribunal Federal; e a

identidade física do juiz, que ao examinar os fatos e as provas manifestará o seu livre convencimento motivado.

Por fim, atinente ao processo as garantias constitucionais do Processo Penal se voltarão à elucidação de um processo público, visto que o sigilo é exceção; conforme enumeram as normas dos artigos 5º, inciso LX e 93, IX, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, e a um processo sem dilações indevidas.

Assim, as garantias constitucionais do Processo Penal brasileiro minimamente devem ofertar ao indivíduo um tratamento digno e dentro das nuances que envolvem o devido processo legal, sem prejudicar ou auxiliar indevidamente um ou outro sujeito de direito.

2. A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E OS INSTRUMENTOS INTERNACIONAIS DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA (CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS) E O PACTO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS

Sopesadas as particularidades da Audiência de Custódia e as garantias constitucionais mínimas do Processo Penal brasileiro, a seguir, discorreremos sobre previsão análoga na Convenção de *San José* da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos), e no Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos, dos quais a República Federativa do Brasil é signatária.

E considerando as similitudes e diferenças existentes entre os instrumentos, é oportuno que anteriormente a exposição do assunto principal se faça uma breve colocação acerca de suas identidades e contextos históricos.

A Convenção de *San José* da Costa Rica, comumente conhecida como Convenção Americana de Direitos Humanos, é um instrumento internacional datado de 22 de Novembro de 1969, e assinado na Conferência Especializada Interamericana de Direitos Humanos em *San José*, na Costa Rica, sendo aderido em nosso espaço jurídico

retardadamente em 25 de Setembro de 1992, com algumas restrições interpretativas no que tange aos artigos 43 e 48, alínea “d”. (MOREIRA, 2015, s/p).

Basicamente, trata-se de um instrumento internacional voltado a promover a observância e defesa dos direitos humanos, considerando o seu propósito de consolidar um regime de liberdade pessoal e de justiça social.

O Pacto Internacional Sobre Direitos Cíveis e Políticos, por sua vez, é datado de 1966, remetendo-nos a questões econômicas e sociais dos Estados Unidos a época da divulgação da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Em outras palavras, é um instrumento internacional que expõe os direitos humanos relacionados à liberdade individual, à proteção da pessoa contra a ingerência do Estado, bem como da participação do povo na gestão da sociedade e assim como o anterior, assinado pela República Federativa do Brasil no ano de 1992.

Feitas as considerações devidas, referente à previsão análoga a Audiência de Custódia é imperioso anotar que ambos os instrumentos internacionais acima comentados trazem uma ideia de apresentação do preso a autoridade judiciária cumulada com a proteção de seus direitos individuais, mas sem uma nomenclatura específica. Neste sentido, observe a norma do artigo 7º, 5, da Convenção Americana de Direitos Humanos:

Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo. (grifos nossos).

Indo além da especificação de apresentação do preso a autoridade judiciária, na norma do artigo 9º, 3, do Pacto Internacional sobre Direitos

Civis e Políticos, enumera ainda a figura da prisão preventiva como exceção à regra:

Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença. (Grifos nossos).

Como se denota, pela leitura das normas dos artigos elencados não há qualquer menção a realização de uma Audiência de Custódia, pois como vimos é essa uma definição de cunho jurisprudencial e doutrinário, mas ambos ressaltam a necessidade de apresentação do preso a uma autoridade judicial ou que lhe seja equivalente, para que sejam exercidas as funções judiciais e aqui, consubstanciadas as garantias e os direitos do indivíduo, enquanto sujeito de direito e dotado de dignidade humana.

Dessa forma, ainda que não haja terminologicamente a expressão “Audiência de Custódia” estampada no bojo de tais instrumentos internacionais em comento, a essência trazida em seu conteúdo a faz, sobretudo, quando diz que sejam exercidas as funções judiciais cabíveis. E o juiz como sabemos, é o responsável pela interpretação e o cumprimento da lei, incluindo a proteção aos direitos humanos do acusado preso.

3. AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA NA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL: TRATADOS INTERNACIONAIS E O CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

3.1 O CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO E A “AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA”

Findadas as considerações sobre as previsões análogas à Audiência de Custódia nos instrumentos internacionais de San José da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos), e Pacto Internacional Sobre Direitos Cíveis e Políticos, neste capítulo, trataremos das Audiências de Custódia e o Código de Processo Penal brasileiro.

Pelas tratativas expostas deve o leitor já ter percebido que as Audiências de Custódia na República Federativa do Brasil ainda não foram devidamente disciplinadas, diga-se, em termos legais internos.

No entanto, a par do projeto realizado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), há quem discuta haver entre ela e as audiências de apresentação, previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente similitudes ímpares, consoante norma do artigo 171. (PAIVA, 2015, s/p).

Para outros, tais semelhanças estariam afetas a norma do artigo 236, §2º, do Código Eleitoral Brasileiro, que prevê uma espécie de audiência de “custódia” para disciplinar os casos relativos à prisão no período eleitoral. (PAIVA, 2015, s/p).

Similitudes e argumentos a parte, propriamente no Código de Processo Penal brasileiro não há qualquer menção a ela com a terminologia e nuances desenhadas pela doutrina e jurisprudência, quer sejam na norma do artigo 287, ou, na do 306.

Comentando o tema, Paiva (2015, s/p), salienta o entendimento de que embora não seja o assunto disciplinado de forma tão ampla como necessariamente deveria ser, a norma do artigo 287, do Código de Processo Penal brasileiro disporia acerca da apresentação do preso a autoridade policial para a verificação de questões legais. Neste sentido, reza a norma do artigo, *in verbis*:

Art. 287. Se a infração for inafiançável, a falta de exibição do mandado não obstará à prisão, e o preso, em tal caso, será imediatamente apresentado ao juiz que tiver expedido o mandado.

Semelhante ideia podemos atribuir a norma do artigo 306, do mesmo código, quando este disciplina que “a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente, ao Ministério Público e à família do preso ou à pessoa por ele indicada”.

Como se vê, trata-se da soma de dois dispositivos que na prática corriqueira se mostram insuficientes e não garantem os direitos e a efetividade dos tratados e convenções as quais a República Federativa do Brasil aderiu voluntariamente, ainda que se observem questões ligadas a legalidade.

Assim, embora perceptíveis algumas finalidades da Audiência de Custódia mesmo sem previsão expressa no ordenamento jurídico brasileiro, seu conteúdo fica vazio se não for disciplinado por completo em atendimento ao compromisso assumido pela República Federativa do Brasil no plano internacional, fazendo-se um instrumento para uns e outros casos.

3.2 AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA E O PROJETO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ)

Comentada a imperiosa situação da falta de regulamentação das Audiências de Custódia no plano interno, com as devidas ressalvas ao que já prevê o Código de Processo Penal brasileiro, passaremos a ponderar sobre as Audiências de Custódia e o projeto do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

Todavia, é interessante anotar segundo expõe Maria Canineu (2013, p. 03-04), que alguns países da América Latina já prevêm em seus manuais e leis a realização de “audiências de Custódia”, a exemplo, a Argentina, com o prazo fixado no patamar de 6 horas; o Chile, com o lapso temporal de 12 para apresentação ao promotor de justiça; a Colômbia, no prazo de 36 horas, e o México, em 48 horas sendo, nesse sentido, tardia na República Federativa do Brasil.

Quer seja em virtude da desídia do Legislativo ou por até mesmo por conta do caos vivenciado pelo sistema penitenciário e do qual, se envergonha a República Federativa do Brasil perante outros países, o Conselho Nacional de Justiça em parceria com o Tribunal de Justiça de São Paulo e o Ministério da Justiça

resolveram lançar um projeto para disciplinar à realização de Audiência de Custódia. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2015).

Implementado em 6 de Fevereiro de 2015, o projeto inicialmente consistiria na oferta de garantia da rápida apresentação do preso a um juiz nos casos de prisões em flagrante para se avaliar o aspecto legal da prisão, a necessidade, adequação da continuidade ou eventual concessão de liberdade sem ou com outras medidas cautelares. Ainda, a análise de maus tratos, tortura e irregularidades. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2015).

No plano secundário, regulamentaria a estruturação de centrais de alternativas penais, centrais de monitoramento eletrônico, centrais de serviços e assistência social e a câmara de mediação penal, em respeito aos compromissos internacionais firmados pela República Federativa do Brasil e que deve ser a regra em nossos Tribunais. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2015).

Em 9 de Abril de 2015, ganhando ajustes para uma melhor aplicação, o projeto teria em si embutido três acordos internos firmados entre os órgãos do Ministério da Justiça e o Instituto da Defesa do Direito de Defesa (IDDD). No primeiro deles para estabelecer uma conjugação de esforços com vistas a implantação das audiências pelo país, com apoio técnico e financeiro aos estados, cujos recursos serão repassados pelo ministério da justiça. No segundo, objetivando operar reais e significativas mudanças no cenário processual penal, visto pela sociedade com “maus olhos”, ampliar-se-ia o uso de alternativas a prisão, conciliação e mediação penal. E o terceiro, com meta de estabelecer diretrizes e promover política de monitoração eletrônica, busca-se incentivar o uso de tornozeleiras eletrônicas em duas situações: para monitorar as medidas cautelares em qualquer crime, exceto dolosos e os condenados com pessoa superior a 4 anos e monitorar as medidas protetivas de urgência aplicadas a acusados de crimes que envolva violência doméstica e familiar contra mulher, criança, idoso, enfermo ou deficiente. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2015).

Observe que o projeto não se volta apenas à garantia dos direitos do acusado preso, mas a semelhante preocupação com os rumos e a situação pela qual passa o sistema penitenciário e processual penal brasileiro.

No que tange ao procedimento, o projeto inseriu a realização de algumas fases a serem desempenhadas a partir da prisão, que ocorrendo em flagrante levará o autuado a ser apresentado a autoridade policial, que logo após formalizará o auto de prisão em flagrante (APF) e promoverá o agendamento de apresentação do mesmo, conforme pauta pré fixada pelo juízo e ato do qual seu advogado nomeado deverá ser avisado. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA).

Após o devido agendamento, realizar-se-á o exame de corpo de delito e clínico no autuado providenciando logo em seguida o seu envio ao centro de detenção provisória para aguardar a apresentação em juízo. Protocolizado o auto de prisão em flagrante e apresentado o autuado em juízo, hipótese na qual, já se digitalizou o APF e a juntada de certidão de antecedentes criminais, com liberação para consulta em audiência. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2015).

Em sede de audiência, o Ministério Público se manifestará sobre os fatos ocorridos, sendo logo após entrevistado o autuado, e seu advogado ou defensor nomeado no momento concedido manifestado a defesa técnica, e o juiz, por fim, decidirá por aplicar medidas judiciais ou medidas não judiciais. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2015).

Desta feita, o projeto do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), consubstancia-se em um procedimento simples e sem grandes solenidades a serem cumpridas pelas partes para reprimir ilegalidades, abusos de autoridades, garantir direitos e desabarrotar o sistema penitenciário e judiciário. Não há aqui usurpação de função legislativa.

3.3 A NATUREZA JURÍDICA DOS INSTRUMENTOS INTERNACIONAIS DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA (CONVENÇÃO

AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS) E O PACTO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS

Perpassada a análise do projeto do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), neste último capítulo nos voltaremos à problemática questão envolta a natureza jurídica dos instrumentos internacionais que prevêm semelhante ideia à das Audiências de Custódia e os efeitos desta diante da falta de previsão expressa no Código de Processo Penal brasileiro.

A questão a primor pode nos parecer tola, sobretudo, se considerarmos o entendimento corroborado pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 349.703/RS, no qual restou o entendimento de que os tratados e convenções internacionais de direitos humanos não aprovados nos termos do §3º, da norma do artigo 5º, da Constituição da República Federativa do Brasil têm natureza supralegal, estando acima das leis ordinárias e abaixo da Constituição.

No entanto, segundo relata Galli (2015, s/p), tal questão não aparece de forma tão clara diante do Poder Judiciário, quer seja pela falta de contingente pessoal, ou pela própria interpretação legal dada pelo Supremo Tribunal Federal. Neste sentido, retrata o caso de um juiz da seção judiciária da 1ª região da Justiça Federal, do Estado do Acre, que negou o pedido de audiência de custódia feito por uma pessoa presa em flagrante por crime de tráfico internacional, por entender que os tratados internacionais são equiparados à lei ordinária, devendo o Código de Processo Penal prevalecer ante a sua não existência no texto legal. Ainda em sede da decisão salientou o magistrado que não há explicitação ou maiores fundamentações sobre o assunto a ponto de inseri-la no campo processual penal.

Trata-se como se vê de argumentos retrógrados que não analisam a fundo a real proposta e concretização dos Direitos Humanos, bem como a crise institucional vivida pelos sistemas penitenciários brasileiros.

Não há, igualmente, considerando o argumento desfavorável aos tratados internacionais, qualquer argumento ou empecilho que torna as audiências de custódia inconstitucionais perante a Constituição da

República Federativa do Brasil de 1988, pois suas finalidades são compatíveis com o devido processo legal, a presunção de inocência, a dignidade humana, a vedação a tortura, tratamento desumano e cruel.

Assim, o fim a que se propõe as Audiências de Custódia se sobrepõem a discussão sobre a natureza jurídica dos instrumentos internacionais em nossa órbita interna, pois uma vez voltadas a concretização dos direitos humanos e aderida pela República Federativa do Brasil sua realização e proposta não pode ser revogada.

4.CONCLUSÃO

Finalizamos essas poucas laudas afirmando que nossa pretensão não se voltou a esgotar o tema, mas a fomentar pontos que instiguem uma salutar discussão, sobretudo, considerando a importância assumida pelos direitos humanos nas últimas décadas.

Tão pouco foi nossa intenção desmerecer os argumentos utilizados por grande massa de magistrados sobre a natureza jurídica e as reais fundamentações e explicitações da audiência de custódia na República Federativa do Brasil.

Em verdade nosso intuito foi de alertar ao leitor acerca de sua importância no cenário brasileiro e mundial, principalmente, diante da crise institucional vivida pelos sistemas penitenciário e judiciário e o próprio Estado.

No mais, para salientar mais uma vez que temos o velho hábito de nos comprometer internacionalmente, talvez para mostrar que somos solidários, mas que não conseguimos gerir nem ao menos nosso espaço interno.

Realizar audiências de custódia não se trata de um benefício ao criminoso ou culpado, mas de um instrumento que pode corrigir mazelas, erros, desproporcionalidades tão comuns e corriqueiras em nosso país. Trata-se de um ato de humanização.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça**. Disponível em: Acesso em: 23. Jul. 2016.

_____. **DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Audiência de Custódia**. 2014. Disponível em: Acesso em: 19. Jul. 2016.

_____. Decreto- Lei nº3.689, de 3 de Outubro de 1941. **Dispõe sobre o Código de Processo Penal**. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm> Acesso em: 09. Jun. 2016.

_____. Lei 12.403, de 4 de Maio de 2011. **Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências**. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm> Acesso em: 12. Jul. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5240/SP**. Rel. Min. Luiz Fux. Julgada em: 20/08/2015. Disponível em: Acesso em: 01. Jun. 2016.

CANINEU, Maria Laura. **O Direito á audiência de custódia de acordo com o direito internacional**. In: Informativo Rede Justiça Criminal. Edição 05. Nº 03. 2013. Disponível em: <<https://redejusticacriminal.files.wordpress.com/2013/07/rjc-boletim05-aud-custodia-2013.pdf>> Acesso em: 24. Jul. 2016.

CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. Disponível em:< https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm> Acesso em: 13. Dez. 2015.

GALLI, Marcelo. **Juiz questiona pacto ao indeferir pedido de audiência de custódia.** 2015. Disponível em: www.conjur.com.br/2015-out-15/juiz-questiona-pacto-indeferir-pedido-audiencia-custodia> Acesso em: 28. Jul. 2016.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **A audiência de custódia, o CNJ e os Pactos Internacionais.** 2015. Disponível em: www.romulomoreira.jusbrasil.com.br/audiencia-de-custodia-o-cnj-e-os-pactos> Acesso em: 21. Jul. 2016.

LOPES JUNIOR, Aury; PAIVA, Caio. **Audiência de Custódia aponta para evolução civilizatória do processo penal.** 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-ago-21/aury-lopes-jr-caio-paiva-evolucao-processo-penal>> Acesso em: 23. Jun. 2016.

PAIVA, Caio. Na Série “**Audiência de Custódia**”: **Conceito, Provisão Normativa e Finalidades.** 2015. Disponível em: Acesso em: 30. Jul. 2016.

PACTO INTERNACIONAL SOBRE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS. Disponível em: www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/doc/pacto2.htm> Acesso em: 23. Jul. 2016.

VARGAS, José Cirilo de. **Processo Penal e Direitos Fundamentais.** Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

ANÁLISE COMPARATIVA ENTRE AS CONCEPÇÕES DE CONSTITUIÇÃO EM LASALLE E HESSE

ANA LUÍSA GONÇALVES ROCHA: Estudante de
Direito na Universidade de Brasília - UNB.

Introdução

Ferdinand LaSalle e Konrad Hesse são notórios pensadores do Direito Constitucional, que, em seus estudos, conceberam o conceito de Constituição de formas diversas. O objetivo do presente trabalho é identificar pontos de convergência e divergência entre suas teorias, de forma a buscar maneiras de melhor entender e estudar a Lei Maior. Ao final, pretende-se ainda compreender qual das duas abordagens melhor se aplica à situação constitucional brasileira.

Desenvolvimento

Ferdinand LaSalle, em conferência ocorrida em 1862, propõe-se a encontrar o verdadeiro significado da Constituição. Somente tendo esse conhecimento, segundo o autor, é que poderíamos julgar se uma Constituição é boa ou ruim, pois dela é que “nascem a arte e a sabedoria constitucionais.” Para chegar então à essência do conceito, LaSalle faz diversas indagações, para as quais apresenta respostas exemplificando-as com fatos históricos da Prússia.

O que diferencia a Constituição das leis comuns é seu caráter basilar em relação ao restante do ordenamento jurídico, obrigando as outras leis a ser necessariamente o que são, não podendo ser de outro modo. A Constituição é uma força ativa, pois é, em essência, resultado dos fatores reais de poder presentes na sociedade.

LaSalle propõe uma situação hipotética em que tivessem sido queimadas todas as leis da Prússia, fazendo-se necessário decretar novas leis. O autor demonstra que essas novas leis que seriam decretadas não poderiam ser diferentes do resultado dos fatores reais de poder da sociedade, indicando que o monarca, a aristocracia, a grande burguesia, os banqueiros, a pequena burguesia e a classe operária são todos fragmentos da Constituição. Passando de uma situação hipotética para a realidade,

LaSalle indica o sistema eleitoral de três classes da Prússia como a consolidação dos fatores reais de poder em fatores jurídicos.

Enfatiza-se o papel importante do exército como instrumento do poder político do rei. O exército é nomeado pelo rei e somente a ele tem de prestar contas, ou seja, está às margens da Constituição. Mesmo que o poder da nação seja mais numeroso, o do exército ainda se sobressai, uma vez que é organizado, ao contrário do povo.

Sendo assim, a Constituição não é uma prerrogativa dos tempos modernos, pois em qualquer nação e a qualquer tempo, existiram fatores reais de poder e, portanto, uma Constituição real e efetiva. O que nem sempre existiu foi a Constituição escrita em folha de papel. De acordo com LaSalle, a aspiração à uma Constituição escrita surge de transformações que afetam os fatores reais de poder. Revoluções trazem a necessidade de reinventar as normas de direito público.

Uma Constituição escrita é considerada boa e duradoura por LaSalle quando corresponde à Constituição real, refletindo os fatores reais de poder que regem o país. Havendo conflito entre a Constituição real e a Constituição escrita, esta sucumbirá àquela. La Salle exemplifica de forma interessante a contradição entre a Constituição real e Constituição folha de papel: tem-se uma macieira no quintal em cujo tronco há um papel identificando-a como uma figueira. A árvore, no entanto, não deixará de ser uma macieira somente pelo fato de haver nela uma inscrição que diz o contrário, e quando a planta produzir maçãs em vez de figos ficará evidente a fantasia. A Constituição, mesmo que a folha de papel diga diferente, continuará sendo o que ela realmente é. LaSalle entende, portanto, que os problemas constitucionais são problemas de poder, e não problemas de direito.

Exemplo disto foi a Constituição de 1848 da Prússia, que, embora proclamada pelo rei, fazia diversas concessões aos interesses da Assembleia constituinte. Por não corresponder aos fatores reais de poder, ela foi modificada inúmeras vezes, inclusive por meio sistema de três grupos eleitores mencionado anteriormente.

Por considerar o problema constitucional um problema essencialmente político, o constitucionalista questiona a eficácia das normas. Seriam as normas então simplesmente uma ferramenta de manutenção do status quo das classes dominantes em relação às classes mais fracas? Essa concepção me parece questionar o Direito como um todo e excluir completamente o dever ser. Se as normas constitucionais, que são o fundamento de todo o ordenamento jurídico, refletem simplesmente o que as coisas são, e, quando não o fazem, são substituídas, então qual seria a utilidade do Direito? Seria uma situação ideal, como entende LaSalle, a constituição escrita refletir os fatores reais de poder? Isso não somente contribuiria para manter as desigualdades, em vez de auxiliar para que a divisão de poderes fosse mais igualitária?

Konrad Hesse, em contraponto à tese de LaSalle, entende que considerar o poder superior à força das normas jurídicas – fazendo com que a normatividade se submeta à realidade fática e implicando na sucumbência da Constituição jurídica à Constituição real – é negar a própria Constituição jurídica e o direito constitucional como ciência jurídica. Se as normas constitucionais nada mais seriam que a expressão da realidade fática, restaria ao direito constitucional justificar as relações de poder dominantes. De acordo com Hesse, conceber a existência, ainda que de forma limitada, de uma força normativa da Constituição, capaz de motivar a vida do Estado, é essencial para entender o Direito Constitucional como uma ciência normativa e o conceito de Constituição jurídica.

Primeiro, há que se considerar a Constituição jurídica e a realidade sócio-política em sua reciprocidade. Não se pode isolar norma de realidade, o ser do dever ser. Hesse, portanto, vai de encontro a teses que atribuem exclusiva força à realidade, como a de La Salle, bem como às que atribuem exclusiva força à norma jurídica. A Constituição certamente é influenciada pelas condições históricas e forças sociais e políticas de sua vigência, mas vai, além disso, buscando imprimir ordem e conformação a essa realidade política e social por meio de sua pretensão de eficácia. A pretensão de eficácia da Constituição somente pode ser realizada se levar em conta a realidade concreta de seu tempo.

Dessa forma, “Constituição real” e “Constituição jurídica” se coordenam reciprocamente, mas existem separadamente uma da outra. A força vital e a eficácia da Constituição jurídica assentam-se na adaptação à natureza singular do presente, compondo uma “ordem geral objetiva do complexo das relações de vida”. A Constituição ela própria se transformará em força vital quando houver a vontade e a disposição de concretizar a ordem e as tarefas por ela impostas – se houver vontade de Constituição.

A Constituição jurídica não apenas reflete a realidade histórica, mas também ordena e conforma a realidade, convertendo-se em força ativa. Quanto maior a convicção na inviolabilidade da Constituição, ou seja, quanto maior a vontade de Constituição, maior será a intensidade de sua força normativa.

A Constituição jurídica não seria, portanto, uma simples folha de papel, como defendeu LaSalle. Em situação de conflito entre a Constituição jurídica e a Constituição real, não necessariamente a Constituição jurídica será a parte mais fraca. Somente quando certos pressupostos não forem cumpridos é que os problemas constitucionais, enquanto questões jurídicas, converter-se-ão em questões de poder, e a Constituição jurídica sucumbirá em face da real. Cabe à ciência do Direito Constitucional evitar que as questões constitucionais se transformem em questões de poder, por meio da preservação da vontade de constituição.

Hesse, ao aliar ser e dever ser no bojo constitucional, confirma o papel da norma fundamental no sentido de condicionar a realidade para assim promover a mudança. Tal visão imprime ao Direito Constitucional uma maior importância, indo além de uma simples justificação do status quo.

Dessa maneira, é possível identificar que a concepção de Constituição de Konrad Hesse melhor representa a Constituição Brasileira de 1988. Essa Constituição, também conhecida como “Constituição cidadã”, tem essência programática, pois, apesar de haver certa desarmonia entre o seu texto e a realidade política e social, ela estabelece metas de cumprimento, buscando, portanto, a conformação da realidade social e política à norma. Trata-se das questões constitucionais como problemas jurídicos. A Constituição tem

força normativa mesmo que não corresponda à realidade, e fundamenta todo o restante do ordenamento jurídico.

Conclusão

É observável que ambos os autores abordam as noções de uma constituição jurídica e de uma constituição real. La Salle defende que a constituição jurídica só existe se reflete a realidade, caso contrário se torna uma mera folha de papel. Por outro lado, Hesse acredita em um condicionamento da realidade à constituição jurídica, aliando o ser ao dever ser. O que se torna claro é que não se pode entender a Constituição como um mero conjunto estático de leis, há que levar em conta os impulsos políticos, sociais e econômicas que atuam sobre esse conjunto de leis, bem como as consequências, também políticas, sociais e econômicas, que ele imprime sobre a realidade.

Referências

LA SALLE, Ferdinand. A essência da Constituição. 6ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2001.

HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Editora Sérgio Antônio Fabris:1991.

UMA GESTÃO E UM PLANEJAMENTO EFICIENTES COMO PROPOSTA DE FORTALECIMENTO NA FORMAÇÃO PARA PROFESSORES DA ÁREA JURÍDICA QUE ATUARÃO NA GRADUAÇÃO EM DIREITO

SORAYA NOUIRA Y MAURITY: Advogada. Assessoria jurídica direta de Procurador do Estado nas áreas de Direito Previdenciário, Direito dos Serviços Públicos e Direito Tributário.

RESUMO: O artigo ora apresentado propõe fazer uma breve análise crítica sobre os métodos de ensino na Educação Superior em Direito, visando a propor soluções para a formação dos professores na área jurídica. Para tanto, coloca-se luzes sobre os métodos de didática, sobre a imprescindível necessidade de se ter mais planejamento com vistas a acender o papel do professor na formação acadêmica e profissional do estudante de direito.

Sumário: 1. Introdução; 2. O planejamento e a didática; 3. O resgate do papel do professor; 4. Conclusão;

1. Introdução

Existe uma grande diferença entre dar aula e ser Professor. A Educação, como boa parte das áreas do mundo hipermoderno, não conseguiu se adequar – ou se adequou demais – às rápidas mudanças tecnológicas, às constantes inconstâncias e às aceleradas modernizações que o século XXI proporcionou. Assim, o sistema educacional acabou por se mercantilizar, passou a ser tratado como “bem e serviço” que deve gerar lucro, do mesmo modo com o qual se trata as demais áreas, equiparado a Educação a mais um ramo do comércio globalizado.

Mais especificadamente, no mundo do Direito existe um déficit qualitativo na formação de Direito. Há advogados demais e profissionais de menos. Nada obstante, é preciso brevemente realçar que o problema no sistema não cinge-se ao papel dos professores, pois há, evidentemente, um maior problema de gestão do sistema educacional, como acontece em quase todos os segmentos brasileiros.

Por exemplo, como podemos explicar que a esmagadora maioria dos alunos que tenta a prova da OAB, cuja dificuldade para os alunos é acusada como razão do fracasso, não logre êxito na sua obtenção? Isso, apesar dos cinco longos anos passados nos bancos das Faculdades estudando Direito com aqueles mesmos professores que aplicam a tão temida prova. Como pode haver professores que por cinco anos ensinam uma matéria e cuja prova para admissão

na carreira venha a parecer, para 75% dos alunos em média, uma barreira quase impossível de ser ultrapassada?

Nesta dianteira, será que o fracasso no ensino do Direito é devido apenas ao Professor, no seu mister de “dar aula”, ou há também uma crise gravíssima de planejamento, de logística e de gestão no que concerne ao Professor no seu ofício de “como deve dar aula”?

2. O planejamento e a didática

No Direito, especialmente, são milhares de trabalhos produzidos por dia, dezenas de livros publicados por mês, a cada nova ideia, cinco novas são a ela confrontadas, de modo que o aluno se insere num mundo em que ele não consegue mais se aprender. A sociedade se tornou cada vez mais heterogênea, com cada vez mais informações, algumas preciosíssimas, outras equivocadas, com o indireto efeito de confundir os alunos, que – por ser aluno – não tem conhecimento específico para filtrar as informações e retirar a sabedoria necessária. O papel do professor parece ter sido o de publicar novos livros, novas teses e não o este de filtrar as informações, de repassar um conhecimento mais aprofundado, certo e sedimentá-lo através das gerações por meio de sua inquestionável didática. O Direito munda na mesma velocidade como mudam os modelos de smartphone – ou talvez com mais celeridade. O subjetivismo permeou o Direito e o Ensino já não consegue se planejar rápido o suficiente para que todas as informações sejam repassadas.

Mas será que é necessário que o Direito evolua dessa forma?

Diz-se que aquele que quer fazer tudo ao mesmo tempo acaba se enganando, porque é essencial saber dispor corretamente do tempo atribuído, do que tentar fazer tudo com insucesso. Deve-se programar o tempo e não só o trabalho. A importância do planejamento não poderia ser mais evidente do que na Educação Superior do Direito.

Planejar é, primeiramente, identificar o que se pretende alcançar, para calcular o tempo do qual se deve dispor e, em seguida, estabelecer como o objetivo pode ser alcançado, com quais recursos e, por fim, averiguar se efetivamente os resultados pretendidos foram produzidos. Não basta a eficiência no planejamento, deve haver eficácia social, ou seja, consecução de resultados verdadeiramente realizados.

Ademais, não adiante se preocupar com a Educação e não ter olhos para os alunos e para os Professores. Não será fácil esse compromisso, é importante que todos veem o quão fundamental a qualidade do ensino perpassa

necessariamente por todos aqueles que compõem o Ensino: o professor, o aluno, os diretores de Faculdade, seus administradores e os membros das bancas que pretendem avaliar alunos, sem nunca tê-los municiados com um imprescindível tesouro: uma Aula[1], como exigem os “Quatro Pilares da Educação”[2]. Se o Ensino brasileiro fosse bom, talvez não teríamos avançados tanto no funil dessa crise.

É preciso, ainda, na específica seara do Ensino Superior, criar condições objetivas para implementar programas de preparação dos professores para o exercício de uma docência com didática, ou seja, especializada, capacitada e que recorra a ferramentas próprias para inserir os alunos no mercado do trabalho ou no mundo acadêmico. Nada obstante, o que gera a indefinição do que é essa didática para a preparação dos alunos é, novamente, a falta de planejamento.

Com efeito, consoante nos ensina Jane Rangel Alves Barbosa[3] ao tratar de didática, esta deve ter por objetivo o “como fazer” a prática pedagógica, a qual só teria sentido quando articulada aos elementos “para que fazer” e “por que fazer”, o que soa muito consentâneo com os elementos básico do que é planejar. Nesta linha, a autora também aduz que “a competência técnica e a competência política do professor se exigem mutuamente e se interpenetram”. Com toda a vênia, não podemos nos furtar a reconhecer o quão o pejorativo o termo “política” se tornou, ademais em sala de aula, em que virou fundamento para que o professor pare de dar uma aula técnica, objetiva e imparcial, ou, simplesmente, para que apenas pare de dar aula. E é por isso que prefiro, neste trabalho, referir mim à gestão, à administração, à logística do que à política, porque é esse papel – imprescindível ao fortalecimento do Ensino e que anda de par com a competência técnica do Professor – que vem sendo olvidado na árdua tarefa de melhora da qualidade do ensino.

3. O resgate do papel do professor

Devemos, ainda segundo a autora Jane Alves, ter em vista a construção de um sistema por meio de um trabalho conjunto de profissionais da área com os professores da educação básica, tanto no que se refere à importância do professor e à profissão como um todo, tanto no que se refere ao planejamento na didática. Assim, a competência técnica do professor é imprescindível para uma boa didática, a qual não pode prescindir de bases objetivas de gestão e de planejamento, as quais vêm a reforçar, então, essa competência técnica, num ciclo virtuoso que proponho seja incrementado.

É vital resgatar o Ensino e o papel dos professores universitários, como mentores atuantes na formação dos alunos. Assim, segundo dados da UNESCO[4], em que pese a quantidade de professores, esses, são professores improvisados, não preparados para desenvolver a função de pesquisadores e sem formação pedagógica. É preciso resgatar essa consciência de que o Professor é um mestre insubstituível (nem por uma apostila pdf), adequando seu mister às tecnologias modernas, sem que estas venham a aquebrantar o Ensino como bem social; e isso, só se consegue pelo fortalecimento mútuo da didática, da didática planejada, do planejamento e da gestão do sistema educacional. O ensino deve olhar para o Aluno e para o Professor.

4. Conclusão

E, sem surpresas, segundo a autora Jane Alves[5], “estudos mais recentes mostram que ações mais efetivas para a formação docente ocorrem em processos de profissionalização continuada que contemplam diversos elementos, entrelaçando os vários saberes da docência: os saberes da experiência, do conhecimento e os saberes pedagógicos, na busca da construção da identidade profissional, vista como processo de construção do profissional contextualizado e historicamente situado”.

A mudança deve ocorrer, senão, a escola está morta[6].

REFERÊNCIAS:

DELORS, JACQUES, “Educação: um tesouro a descobrir”.

ALVES BARBOSA, Jane Rangel, “Didática do Ensino Superior”.

ALVES BARBOSA, Jane Rangel, “Profissionalização continuada e construção da identidade profissional”.

NOTAS:

[1] o modelo é insuficiente. (BENEDITO, 1995, p. 131).

[2] Livro “Educação: um tesouro a descobrir”, de Jacques Delors, o qual se refere à “Aprender a conhecer”, “Aprender a Fazer”, “Aprender a viver junto” e “Aprender a ser” como os quatro pilares da Educação.

[3] “Didática do Ensino Superior” (Jane Rangel Alves Barbosa)

[4] UNESCO/CRESALC, 1996.

[5] Em “Profissionalização continuada e construção da identidade profissional”.

[6] Everett Heimar

FAMÍLIA ANAPARENTAL E O RECONHECIMENTO AO DIREITO CONSTITUCIONAL DE CONSTITUIR FAMÍLIA: UMA ANÁLISE À LUZ DO ENTENDIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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: Ao se analisar o direito em comento, cuida reconhecer que toda pessoas tem o direito de constituir uma família, independente de sua condição sexual ou identidade de gênero. Igualmente, as famílias existem em diversas formas, não se admitindo que uma célula familiar seja sujeitada à discriminação com base na condição sexual ou identidade de gênero de qualquer de seus membros. Ora, denota-se que o direito em análise deflui, obviamente, do primado republicano e democrático que abaliza o Estado Democrático de Direito e do superprincípio da dignidade da pessoa humana, sobretudo como pilar conformador da interpretação do ordenamento jurídico nacional e assegurando, via de consequência, a realização do ser humano. Ora, ao reconhecer o direito em comento, está-se, de igual modo, admitindo a densidade jurídica assumida pelos corolários da busca da felicidade e da afetividade como pilares sustentadores daquele, tal como núcleo denso em que se prima pela realização do ser humano, sobretudo no que materializa a liberdade, na condição de direito fundamental, complexo e que se desdobra em plural incidência. Infere-se que o afeto se apresenta como a verdadeira moldura que enquadra os laços familiares e as relações interpessoais, impulsionadas por sentimentos e por amor, com o intento de

substancializar a felicidade, postulado albergado pelo superprincípio da pessoa humana.

Palavras-chaves: Direitos Fundamentais. Direito a Constituir Família. Família Anaparental. Dignidade da Pessoa Humana.

Sumário: 1 Comentários Introdutórios: Ponderações ao Característico de Mutabilidade da Ciência Jurídica; 2 Prelúdio dos Direitos Humanos: Breve Retrospecto da Idade Antiga à Idade Moderna; 3 Direitos Humanos de Primeira Dimensão: A Consolidação dos Direitos de Liberdade; 4 A Construção Filosófica da Locução da Dignidade da Possibilidade Humana: A Possibilidade de Alargamento dos Direitos Fundamentais propiciados pelos cenários jurídicos contemporâneos; 5 Direito Constitucional de Constituir Família: Busca pela Felicidade e Afeto como expressões axiológicas do Direito Fundamental à Liberdade Familiar; 6 Família Anaparental e o Reconhecimento ao Direito Constitucional de Constituir Família: Uma Análise à luz do entendimento do Superior Tribunal de Justiça

1 Comentários Introdutórios: Ponderações ao Característico de Mutabilidade da Ciência Jurídica

Em sede de comentários inaugurais, ao se dispensar uma análise robusta sobre o tema colocado em debate, mister se faz evidenciar que a Ciência Jurídica, enquanto conjunto plural e multifacetado de arcabouço doutrinário e técnico, assim como as pujantes ramificações que a integra, reclama uma interpretação alicerçada nos múltiplos peculiares característicos modificadores que passaram a influir em sua estruturação. Neste diapasão, trazendo a lume os aspectos de mutabilidade que passaram a orientar o Direito, tornou-se imperioso salientar, com ênfase, que não mais subsiste uma visão arrimada em preceitos estagnados e estanques, alheios às necessidades e às diversidades sociais que passaram a contornar os Ordenamentos Jurídicos. Ora, em razão do burilado, infere-se que não mais prospera a ótica de imutabilidade que outrora sedimentava a aplicação das leis, sendo, em decorrência dos anseios da população, suplantados em uma nova sistemática. É verificável, desta

sorte, que os valores adotados pela coletividade, tal como os proeminentes cenários apresentados com a evolução da sociedade, passam a figurar como elementos que influenciam a confecção e aplicação das normas.

Com escora em tais premissas, cuida hastear como pavilhão 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]. Deste modo, 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 fundamental está assentado em assegurar que inexista a difusão da prática da vingança privada, afastando, por extensão, qualquer ranço que rememore priscas eras, nas quais o homem valorizava os aspectos estruturantes da Lei de Talião (“Olho por olho, dente por dente”), bem como para evitar que se robusteça um cenário caótico no seio da coletividade.

Afora isso, volvendo a análise do tema para o cenário pátrio, é possível evidenciar que 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, primacialmente 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.

Ainda nesta senda de exame, 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 de 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.

2 Prelúdio dos Direitos Humanos: Breve Retrospecto da Idade Antiga à Idade Moderna

Ao ter como substrato de edificação as ponderações estruturadas, imperioso se faz versar, de maneira maciça, acerca da evolução dos direitos humanos, os quais deram azo ao manancial de direitos e garantias fundamentais. Sobreleva salientar que os direitos humanos decorrem de uma construção paulatina, consistindo em uma afirmação e consolidação em determinado período histórico da humanidade. *“A evolução histórica dos direitos inerentes à pessoa humana também é lenta e gradual. Não são reconhecidos ou construídos todos de uma vez, mas sim conforme a própria experiência da vida humana em sociedade”* [4], como bem observam Silveira e Piccirillo. Quadra evidenciar que sobredita construção não se encontra finalizada, ao avesso, a marcha evolutiva rumo à conquista de direitos está em pleno desenvolvimento, fomentado, de maneira substancial, pela difusão das informações propiciada pelos atuais meios de tecnologia, os quais permitem o florescimento de novos direitos, alargando, com bastante substância a rubrica dos temas associados aos direitos humanos.

Nesta perspectiva, ao se estruturar uma análise histórica sobre a construção dos direitos humanos, é possível fazer menção ao terceiro milênio antes de Cristo, no Egito e Mesopotâmia, nos quais eram difundidos instrumentos que objetivavam a proteção individual em relação ao Estado. *“O Código de Hammurabi (1690 a.C.) talvez seja a primeira codificação a consagrar um rol de direitos comuns a todos os homens, tais como a vida, a propriedade, a honra, a dignidade, a família, prevendo, igualmente, a supremacia das leis em relação aos governantes”*, como bem afiança Alexandre de Moraes^[5]. Em mesmo sedimento, proclama Rúbia Zanotelli de Alvarenga, ao abordar o tema, que:

Na antiguidade, o Código de Hamurabi (na Babilônia) foi a primeira codificação a relatar os direitos comuns aos homens e a mencionar leis de proteção aos mais fracos. O rei Hamurabi (1792 a 1750 a.C.), há mais de 3.800 anos, ao mandar redigir o famoso Código de Hamurabi, já fazia constar alguns Direitos Humanos, tais como o direito à vida, à família, à honra, à dignidade, proteção especial aos órfãos e aos mais fracos. O Código de Hamurabi também limitava o poder por um monarca absoluto. Nas disposições finais do Código, fez constar que aos súditos era proporcionada moradia, justiça, habitação adequada, segurança contra os perturbadores, saúde e paz^[6].

Ainda nesta toada, nas *polis* gregas, notadamente na cidade-Estado de Atenas, é verificável, também, a edificação e o reconhecimento de direitos basilares ao cidadão, dentre os quais sobressai a liberdade e igualdade dos homens. Deste modo, é observável o surgimento, na Grécia, da concepção de um direito natural, superior ao direito positivo, *“pela distinção entre lei particular sendo aquela que cada povo da a si mesmo e lei comum que consiste na possibilidade de distinguir entre o que é justo e o que é injusto pela própria natureza humana”*^[7], consoante evidenciam Siqueira e Piccirillo. Prima assinalar, doutra maneira, que os direitos reconhecidos não eram estendidos aos escravos e às mulheres, pois eram dotes destinados, exclusivamente, aos cidadãos homens^[8], cuja acepção,

na visão adotada, excluía aqueles. “É na Grécia antiga que surgem os primeiros resquícios do que passou a ser chamado Direito Natural, através da ideia de que os homens seriam possuidores de alguns direitos básicos à sua sobrevivência, estes direitos seriam invioláveis e fariam parte dos seres humanos a partir do momento que nascessem com vida” [9].

O período medieval, por sua vez, foi caracterizado pela maciça descentralização política, isto é, a coexistência de múltiplos centros de poder, influenciados pelo cristianismo e pelo modelo estrutural do feudalismo, motivado pela dificuldade de práticas atividade comercial. Subsiste, neste período, o esfacelamento do poder político e econômico. A sociedade, no medievo, estava dividida em três estamentos, quais sejam: o clero, cuja função primordial estava assentada na oração e pregação; os nobres, a quem incumbiam à proteção dos territórios; e, os servos, com a obrigação de trabalhar para o sustento de todos. “Durante a Idade Média, apesar da organização feudal e da rígida separação de classes, com a conseqüente relação de subordinação entre o suserano e os vassallos, diversos documentos jurídicos reconheciam a existência dos direitos humanos” [10], tendo como traço característico a limitação do poder estatal.

Neste período, é observável a difusão de documentos escritos reconhecendo direitos a determinados estamentos, mormente por meio de forais ou cartas de franquia, tendo seus textos limitados à região em que vigiam. Dentre estes documentos, é possível mencionar a *Magna Charta Libertati* (Carta Magna), outorgada, na Inglaterra, por João Sem Terra, em 15 de junho de 1215, decorrente das pressões exercidas pelos barões em razão do aumento de exações fiscais para financiar a estruturação de campanhas bélicas, como bem explicita Comparato [11]. A Carta de João sem Terra acampou uma série de restrições ao poder do Estado, conferindo direitos e liberdades ao cidadão, como, por exemplo, restrições tributárias, proporcionalidade entre a pena e o delito [12], devido processo legal [13], acesso à Justiça [14], liberdade de locomoção [15] e livre entrada e saída do país [16].

Na Inglaterra, durante a Idade Moderna, outros documentos, com clara feição humanista, foram promulgados, dentre os quais é

possível mencionar o *Petition of Right*, de 1628, que estabelecia limitações ao poder de instituir e cobrar tributos do Estado, tal como o julgamento pelos pares para a privação da liberdade e a proibição de detenções arbitrárias[17], reafirmando, deste modo, os princípios estruturadores do devido processo legal[18]. Com efeito, o diploma em comento foi confeccionado pelo Parlamento Inglês e buscava que o monarca reconhecesse o sucedâneo de direitos e liberdades insculpidos na Carta de João Sem Terra, os quais não eram, até então, respeitados. Cuida evidenciar, ainda, que o texto de 1.215 só passou a ser observado com o fortalecimento e afirmação das instituições parlamentares e judiciais, cenário no qual o absolutismo desmedido passa a ceder diante das imposições democráticas que floresciam.

Outro exemplo a ser citado, o *Habeas Corpus Act*, de 1679, lei que criou o *habeas corpus*, determinando que um indivíduo que estivesse preso poderia obter a liberdade através de um documento escrito que seria encaminhado ao lorde-chanceler ou ao juiz que lhe concederia a liberdade provisória, ficando o acusado, apenas, comprometido a apresentar-se em juízo quando solicitado. Prima pontuar que aludida norma foi considerada como axioma inspirador para maciça parte dos ordenamentos jurídicos contemporâneos, como bem enfoca Comparato[19]. Enfim, diversos foram os documentos surgidos no velho continente que trouxeram o refulgir de novos dias, estabelecendo, aos poucos, os marcos de uma transição entre o autoritarismo e o absolutismo estatal para uma época de reconhecimento dos direitos humanos fundamentais[20].

As treze colônias inglesas, instaladas no recém-descoberto continente americano, em busca de liberdade religiosa, organizaram-se e desenvolveram-se social, econômica e politicamente. Neste cenário, foram elaborados diversos textos que objetivavam definir os direitos pertencentes aos colonos, dentre os quais é possível realçar a Declaração do Bom Povo da Virgínia, de 1776. O mencionado texto é farto em estabelecer direitos e liberdade, pois limitou o poder estatal, reafirmou o poderio do povo, como seu verdadeiro detentor[21], e trouxe certas particularidades como a liberdade de imprensa[22], por exemplo. Como

bem destaca Comparato[23], a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia afirmava que os seres humanos são livres e independentes, possuindo direitos inatos, tais como a vida, a liberdade, a propriedade, a felicidade e a segurança, registrando o início do nascimento dos direitos humanos na história[24]. “Basicamente, a Declaração se preocupa com a estrutura de um governo democrático, com um sistema de limitação de poderes”[25], como bem anota José Afonso da Silva.

Diferente dos textos ingleses, que, até aquele momento preocupavam-se, essencialmente, em limitar o poder do soberano, proteger os indivíduos e exaltar a superioridade do Parlamento, esse documento, trouxe avanço e progresso marcante, pois estabeleceu a viés a ser alcançada naquele futuro, qual seja, a democracia. Em 1791, foi ratificada a Constituição dos Estados Unidos da América. Inicialmente, o documento não mencionava os direitos fundamentais, todavia, para que fosse aprovado, o texto necessitava da ratificação de, pelo menos, nove das treze colônias. Estas concordaram em abnegar de sua soberania, cedendo-a para formação da Federação, desde que constasse, no texto constitucional, a divisão e a limitação do poder e os direitos humanos fundamentais[26]. Assim, surgiram as primeiras dez emendas ao texto, acrescentando-se a ele os seguintes direitos fundamentais: igualdade, liberdade, propriedade, segurança, resistência à opressão, associação política, princípio da legalidade, princípio da reserva legal e anterioridade em matéria penal, princípio da presunção da inocência, da liberdade religiosa, da livre manifestação do pensamento[27].

3 Direitos Humanos de Primeira Dimensão: A Consolidação dos Direitos de Liberdade

No século XVIII, é verificável a instalação de um momento de crise no continente europeu, porquanto a classe burguesa que emergia, com grande poderio econômico, não participava da vida pública, pois inexistia, por parte dos governantes, a observância dos direitos fundamentais, até então construídos. Afora isso, apesar do esfacelamento do modelo feudal, permanecia o privilégio ao clero e à nobreza, ao passo que a camada mais pobre da sociedade era esmagada, porquanto, por meio da tributação, eram obrigados a sustentar os privilégios das minorias

que detinham o poder. Com efeito, a disparidade existente, aliado ao achatamento da nova classe que surgia, em especial no que concerne aos tributos cobrados, produzia uma robusta insatisfação na órbita política[28]. O mesmo ocorria com a população pobre, que, vinda das regiões rurais, passa a ser, nos centros urbanos, explorada em fábricas, morava em subúrbios sem higiene, era mal alimentada e, do pouco que lhe sobejava, tinha que tributar à Corte para que esta gastasse com seus supérfluos interesses. Essas duas subclasses uniram-se e fomentaram o sentimento de contenda contra os detentores do poder, protestos e aclamações públicas tomaram conta da França.

Em meados de 1789, em meio a um cenário caótico de insatisfação por parte das classes sociais exploradas, notadamente para manterem os interesses dos detentores do poder, implode a Revolução Francesa, que culminou com a queda da Bastilha e a tomada do poder pelos revoltosos, os quais estabeleceram, pouco tempo depois, a Assembleia Nacional Constituinte. Esta suprimiu os direitos das minorias, as imunidades estatais e proclamou a Declaração dos Direitos dos Homens e Cidadão que, ao contrário da Declaração do Bom Povo da Virgínia, que tinha um enfoque regionalista, voltado, exclusivamente aos interesses de seu povo, foi tida com abstrata[29] e, por isso, universalista. Ressalta-se que a Declaração Francesa possuía três características: intelectualismo, mundialismo e individualismo.

A primeira pressupunha que as garantias de direito dos homens e a entrega do poder nas mãos da população era obra e graça do intelecto humano; a segunda característica referia-se ao alcance dos direitos conquistados, pois, apenas, eles não salvaguardariam o povo francês, mas se estenderiam a todos os povos. Por derradeiro, a terceira característica referia-se ao seu caráter, iminentemente individual, não se preocupando com direitos de natureza coletiva, tais como as liberdades associativas ou de reunião. No bojo da declaração, emergidos nos seus dezessete artigos, estão proclamados os corolários e cânones da liberdade[30], da igualdade, da propriedade, da legalidade e as demais garantias individuais. Ao lado disso, é denotável que o diploma em comento consagrou os princípios fundantes do direito penal, dentre os quais sobreleva destacar princípio

da legalidade[31], da reserva legal[32] e anterioridade em matéria penal, da presunção de inocência[33], tal como liberdade religiosa e livre manifestação de pensamento[34].

Os direitos de primeira dimensão compreendem os direitos de liberdade, tal como os direitos civis e políticos, estando acampados em sua rubrica os direitos à vida, liberdade, segurança, não discriminação racial, propriedade privada, privacidade e sigilo de comunicações, ao devido processo legal, ao asilo em decorrência de perseguições políticas, bem como as liberdades de culto, crença, consciência, opinião, expressão, associação e reunião pacíficas, locomoção, residência, participação política, diretamente ou por meio de eleições. *“Os direitos de primeira geração ou direitos de liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam subjetividade”*[35], aspecto este que passa a ser característico da dimensão em comento. Com realce, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado, refletindo um ideário de afastamento daquele das relações individuais e sociais.

4 A Construção Filosófica da Locução da Dignidade da Possibilidade Humana: A Possibilidade de Alargamento dos Direitos Fundamentais propiciados pelos cenários jurídicos contemporâneos

É perceptível que a edificação de um Estado Democrático de Direito, na contemporaneidade, guarda umbilical relação, no cenário nacional, com o ideário da dignidade da pessoa humana, sobremaneira devido à proeminência concedida ao tema na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Cuida assinalar que a acepção originária de dignidade rememora a priscas eras, tendo seu sentido evoluído, de maneira íntima, com o progresso do ser humano. Em sua gênese, as bases conceituais da dignidade se encontravam sustentadas na reflexão de cunho filosófico, proveniente de um ideal estoico e cristão. Por oportuno, prima evidenciar que o pensamento estoico, ao edificar reflexões no que tange ao tema, propunha que *“a dignidade seria uma qualidade que, por ser inerente ao ser humano o distinguiria dos demais. Com o advento do Cristianismo, a ideia grande reforço, pois, a par de ser*

característica inerente apenas ao ser humano”[36]. No mais, ainda nesta trilha de raciocínio, não se pode olvidar que o pensamento cristão, em altos alaridos, propugnava que o ser humano fora criado à imagem e semelhança de Deus.

Salta aos olhos, oportunamente, que afrontar a dignidade da criatura, em último estágio, consubstanciaria violação à própria vontade do Criador. Com efeito, a mensagem, inicialmente, anunciada pelo pensamento cristão sofreu, de maneira paulatina e tímida, um sucedâneo de deturpações que minaram o alcance de suas balizas, maiormente a partir da forte influência engranzada pelos interesses políticos. Desta sorte, uma gama de violações e abusos passou a encontrar respaldo e, até mesmo, argumentos justificadores, tendo como escora rotunda o pensamento cristão, subvertido e maculado pelas ingerências da ganância dos detentores do poder. Impende realçar que o significado da dignidade da pessoa foi, de modo progressivo, objeto de construção doutrinária, sendo imprescindível sublinhar as ponderações, durante a Idade Média, de São Tomás de Aquino que, na obra *Summa Theologica*, arquitetou significativa contribuição, precipuamente quando coloca em evidência que “*a dignidade da pessoa humana encontra fundamento na circunstância de que o ser humano fora criado à imagem e semelhança de Deus*”[37], ajustado com a capacidade intrínseca do indivíduo de se autodeterminar. Resta evidenciado, a partir do cotejo das informações lançadas alhures, que o ser humano é livre, orientando-se, negrite-se com grossos traços, segundo a sua própria vontade.

Ainda no que concerne ao desenvolvimento dos axiomas edificadores da acepção da dignidade da pessoa humana, durante o transcurso dos séculos XVII e XVIII, cuida enfocar a atuação de Immanuel Kant. Immanuel Kant, por sua vez, “*talvez aquele que mais influencia até os dias atuais nos delineamentos do conceito, propôs o seu imperativo categórico, segundo o qual o homem é um fim em si mesmo*”[38]. Não pode o homem nunca ser coisificado ou mesmo empregado como instrumento para alcançar objetivos. Não se pode perder de vista que, em decorrência da sorte de horrores

perpetrados durante a Segunda Grande Guerra Mundial, os ideários kantianos foram rotundamente rememorados, passando a serem detentores de vultosos contornos, vez que, de maneira realista, foi possível observar as consequências abjetas provenientes da utilização do ser humano como instrumento de realização de interesses. A fim de repelir as ações externadas durante o desenrolar do conflito supramencionado, o baldrame da dignidade da pessoa humana foi hasteado, passando a tremular como flâmula orientadora da atuação humana, restando positivado em volumosa parcela das Constituições promulgadas no pós-guerra, mormente as do Ocidente. “*O respeito à dignidade humana de cada pessoa proíbe o Estado e dispor de qualquer indivíduo apenas como meio para outro fim, mesmo se for para salvar a vida de muitas outras pessoas*”^[39]. É perceptível que a moldura que enquadra a construção da dignidade da pessoa humana, na condição de produto da indignação dos humilhados e violados por períodos de intensos conflitos bélicos, expressa um conceito fundamental responsável por fortalecer a construção dos direitos humanos.

A República Federativa do Brasil, ao estruturar a Constituição Cidadã de 1988 concedeu, expressamente, relevo ao princípio da dignidade da pessoa humana, sendo colocada sob a epígrafe “dos princípios fundamentais”, positivado no inciso III do artigo 1º. Há que se destacar, ainda, que o aludido preceito passou a gozar de *status* de pilar estruturante do Estado Democrático de Direito, toando como fundamento para todos os demais direitos. Nesta trilha, também, há que se enfatizar que o Estado é responsável pelo desenvolvimento da convivência humana em uma sociedade norteada por caracteres pautados na liberdade e solidariedade, cuja regulamentação fica a encargo de diplomas legais justos, no qual a população reste devidamente representada, de maneira adequada, participando e influenciando de modo ativo na estruturação social e política. Ademais, é permitida, inda, a convivência de pensamentos opostos e conflitantes, sendo possível sua expressão de modo público, sem que subsista qualquer censura ou mesmo resistência por parte do Ente Estatal.

Evidenciar faz-se necessário que o princípio da dignidade da pessoa humana não é visto como um direito, já que antecede o próprio Ordenamento Jurídico, mas sim um atributo inerente a todo ser humano, destacado de qualquer requisito ou condição, não encontrando qualquer obstáculo ou ponto limítrofe em razão da nacionalidade, gênero, etnia, credo ou posição social. Nesse viés, o aludido bastião se apresenta como o maciço núcleo em torno do gravitam todos os direitos alocados sob a epígrafe “fundamentais”, que se encontram agasalhados no artigo 5º da CF/88. Ao perfilhar-se à umbilical relação nutrida entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais, podem-se tanger dois aspectos primordiais. O primeiro se apresenta como uma ação negativa, ou passiva, por parte do Ente Estatal, a fim de evitar agressões ou lesões; já a positiva, ou ativa, está atrelada ao “sentido de promover ações concretas que, além de evitar agressões, criem condições efetivas de vida digna a todos”^[40].

Comparato alça a dignidade da pessoa humana a um valor supremo, eis que *“se o direito é uma criação humana, o seu valor deriva, justamente, daquele que o criou. O que significa que esse fundamento não é outro, senão o próprio homem, considerando em sua dignidade substância da pessoa”*^[41], sendo que as especificações individuais e grupais são sempre secundárias. A própria estruturação do Ordenamento Jurídico e a existência do Estado, conforme as ponderações aventadas, só se justificam se erguerem como axioma maciço a dignidade da pessoa humana, dispensando esforços para concretizarem tal dogma. Mister faz-se pontuar que o ser humano sempre foi dotado de dignidade, todavia, nem sempre foi (re)conhecida por ele. A interpretação conferida pelo corolário em comento não é para ser procedida à margem da realidade. Ao reverso, alcançar a integralidade da ambição contida no bojo da dignidade da pessoa humana é elemento da norma, de modo que interpretações corretas são incompatíveis com teorização alimentada em idealismo que não as conforme como fundamento. Atentando-se para o princípio supramencionado como estandarte, o intérprete deverá observar para o objeto de compreensão como realidade em cujo contexto a interpretação se encontra inserta. Ora,

nenhum outro dogma é mais valioso para assegurar a unidade material da Constituição senão o corolário em testilha.

Ao se considerar os valores e ideários por ele abarcados, não é possível perder de vista que as normas, na visão garantística consagrada no ordenamento jurídico nacional, reclamam uma interpretação em conformidade com o preceito analisado até o momento. Neste aspecto, Rocha^[42], ao discorrer acerca da proeminência do Estado em assumir a função de agente de transformação social, assevera que determinadas mudanças ocorridas em tal ambiente repercuti significativamente. Ora, nas funções do direito, que deixou de ser apenas uma técnica de mediação de comportamentos para promover a transformação em técnica de planificação e planejamento, ou seja, as normas jurídicas passaram a arvorar não apenas regras contendo hipóteses de incidência e consequências jurídicas, mas também escopos a serem alcançados, no plano concreto. Obviamente, em um país delineado fortemente por aspectos de violência doméstica, coisificação da mulher e inferioridade dessa em relação ao homem, faz-se premente a confluência de esforços para substancialização de uma plêiade de direitos inerentes à mulher, com o fito maior de assegurar, de fato, a concreção da dignidade da pessoa humana e, por via de consequência, a liberdade e a isonomia.

5 Direito Constitucional de Constituir Família: Busca pela Felicidade e Afeto como expressões axiológicas do Direito Fundamental à Liberdade Familiar

À luz de tais ponderações, ao se analisar o direito em comento, cuida reconhecer que todas as pessoas têm o direito de constituir uma família, independente de sua condição sexual ou identidade de gênero. Igualmente, as famílias existem em diversas formas, não se admitindo que uma célula familiar seja sujeitada à discriminação com base na condição sexual ou identidade de gênero de qualquer de seus membros. Ora, denota-se que o direito em análise deflui, obviamente, do primado republicano e democrático que abaliza o Estado Democrático de Direito e do

superprincípio da dignidade da pessoa humana, sobretudo como pilar conformador da interpretação do ordenamento jurídico nacional e assegurando, via de consequência, a realização do ser humano.

Ora, ao reconhecer o direito em comento, está-se, de igual modo, admitindo a densidade jurídica assumida pelos corolários da busca da felicidade e da afetividade como pilares sustentadores daquele, tal como núcleo denso em que se prima pela realização do ser humano, sobretudo no que materializa a liberdade, na condição de direito fundamental, complexo e que se desdobra em plural incidência. Nesta esteira, ainda, infere-se que o afeto se apresenta como a verdadeira moldura que enquadra os laços familiares e as relações interpessoais, impulsionadas por sentimentos e por amor, com o intento de substancializar a felicidade, postulado albergado pelo superprincípio da pessoa humana. Ao lado disso, quadra sublinhar que tal preceito encontra-se hasteada como flâmula a orientar a interpretação das normas, inspirando sua aplicação diante do caso concreto, dando corpo a um dos fundamentos em que descansa a ordem republicana e democrática, venerada pelo sistema de direito constitucional positivo.

Nessa linha de exposição, conforme se tem colhido em atuais entendimentos jurisprudenciais, notadamente os consolidados pelo Supremo Tribunal Federal, o afeto e a busca pela felicidade passaram a ser reconhecidos como valores jurídicos imersos em natureza constitucional, apresentando-se como novos paradigmas que informam e inspiram a formulação da própria acepção de entidade familiar. Ora, os reconhecimentos do afeto e da busca pela felicidade encontram robusto descanso na extensa rubrica de direitos compreendidos pelo superprincípio da dignidade da pessoa humana. Para tanto, cuida trazer a lume o seguinte aresto:

Ementa: União Civil entre pessoas do mesmo sexo - Alta relevância social e jurídico-constitucional da questão pertinente às uniões

homoafetivas - Legitimidade Constitucional do reconhecimento e qualificação da união estável homoafetiva como entidade familiar: Posição consagrada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (ADPF 132/RJ e ADI 4.277/DF) - [...] A dimensão constitucional do afeto como um dos fundamentos da família moderna. - O reconhecimento do afeto como valor jurídico impregnado de natureza constitucional: um novo paradigma que informa e inspira a formulação do próprio conceito de família. Doutrina. Dignidade da Pessoa Humana e Busca pela Felicidade - O postulado da dignidade da pessoa humana, que representa - considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) - significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País, traduz, e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo. Doutrina. - O princípio constitucional da busca da felicidade, que decorre, por implicitude, do núcleo de que se irradia o postulado da dignidade da pessoa humana, assume papel de extremo relevo no processo de afirmação, gozo e expansão dos direitos fundamentais, qualificando-se, em função de sua própria teleologia, como fator de neutralização de práticas ou de omissões lesivas cuja ocorrência possa comprometer, afetar ou, até mesmo, esterilizar direitos e franquias individuais. - Assiste, por isso mesmo, a todos, sem qualquer exclusão, o direito à busca da felicidade, verdadeiro postulado constitucional implícito, que se qualifica como expressão de uma idéia-força que deriva do princípio da essencial dignidade da pessoa humana.

Precedentes do Supremo Tribunal Federal e da Suprema Corte americana. Positivação desse princípio no plano do direito comparado [...] (Supremo Tribunal Federal – Segunda Turma/ RE 477554 AgR/ Relator Ministro Celso de Mello/ Julgado em 16.08.2011/ Publicado no DJe-164/ Divulgado em 25.08.2011/ Publicado em 26.08.2011). (destaque nosso)

Por oportuno, torna-se forçoso o reconhecimento que o novel ideário, no âmbito das relações familiares, com a promulgação da Constituição Federal de 1988^[43], com o fito de estabelecer direito e deveres decorrentes de vínculo familiar, consolidando na existência e no reconhecimento do afeto, tal como pela busca da felicidade. Consoante se extrai do entendimento jurisprudencial coligido, os preceitos mencionados algures, decorrem do feixe principiológico advindo da dignidade da pessoa humana, sendo dotados de proeminência e maciço destaque na caminhada pela afirmação, gozo e ampliação dos direitos fundamentais. Ao lado disso, não se pode olvidar que sobreditos paradigmas se revelam como instrumentos aptos a neutralizar práticas ou mesmo omissões lesivas que comprometem os direitos e franquias individuais. Nesta senda de exposição, “*o direito de família é o único ramo do direito privado cujo objeto é o afeto*”^[44].

Forçoso, ainda, colocar em destaque que o direito à busca da felicidade representa derivação do superprincípio da dignidade da pessoa humana, apresentando-se como um dos mais proeminentes preceitos constitucionais implícitos, cujas raízes imergem, historicamente, na própria Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, de 04 de julho de 1776. Ao lado disso, em ordem social norteadas pelo racionalismo, em modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana consonância com a teoria iluminista, o Estado “*existe para proteger o direito do homem de ir em busca de sua mais alta aspiração, que é, essencialmente, a felicidade ou o*

bem-estar^[45]. Nesta linha de dicção, o homem tem sua atuação motivada pelo interesse próprio, o qual, corriqueiramente, se materializada na busca pela felicidade, competindo à sociedade, enquanto construção social destinada a proteger cada indivíduo, viabilizando a todos viver juntos, de forma benéfica.

Impostergável faz-se o reconhecimento do afeto e da busca pela felicidade, enquanto valores impregnados de juridicidade, porquanto abarcam a todos os indivíduos, suplantando qualquer distinção, promovendo a potencialização do superprincípio em destaque. Ora, de tais dogmas decorre o direito constitucional de constituir família, sobretudo na visão contemporânea em que a célula familiar é o microambiente em que o ser humano se desenvolve. Ademais, em se tratando de temas afetos ao Direito de Família, o relevo deve ser substancial, precipuamente em decorrência da estrutura das relações mantidas entre os atores processuais, já que extrapola a rigidez jurídica dos institutos consagrados no Ordenamento Pátrio, passando a se assentar em valores de índole sentimental, os quais, conquanto muitas vezes sejam renegados a segundo plano pela Ciência Jurídica, clamam máxima proteção, em razão das peculiaridades existentes. O patrimônio, *in casu*, não é material, mas sim de ordem sentimental, o que, por si só, inviabiliza qualquer quantificação, sob pena de coisificação de seu detentor e aviltamento à própria dignidade da pessoa humana.

6 Família Anaparental e o Reconhecimento ao Direito Constitucional de Constituir Família: Uma Análise à luz do entendimento do Superior Tribunal de Justiça

Assim sendo, diante dos argumentos ponderados até o momento, em termos conceituais, a família anaparental é descrita como aquela constituída sem a presença dos genitores, mas estruturada, basicamente, pela convivência entre parentes ou pessoas, em um mesmo lar, com um escopo de identidade. Há que se repisar que a família, na condição de núcleo basilar de construção do indivíduo, não está mais restrita ao modelo

tradicional, ganhando uma plêiade de manifestações, consentâneo, por extensão, com a pluralidade e diversidade inerente à sociedade contemporânea. Ora, em uma família anaparental consiste em uma modalidade pluriparental, ou seja, advém da colateralidade de vínculos, sendo, assim, composta por vários irmãos ou, ainda, entre tios e sobrinhos, duas primas, dentre tantas e inimagináveis variáveis possíveis para sua concreção.

Mais do que isso, rememorando as tessituras já apresentadas em relação aos corolários da busca pela felicidade e do afeto como pilares do direito fundamental de liberdade familiar, cuida sublinhar que o núcleo familiar estável é definido por elementos subjetivos, independente do estado civil das partes. Ora, aludidos elementos são verificáveis a partir de laços afetivos; congruência de interesses; compartilhamento de ideias e ideais; solidariedade psicológica, social e financeira, elementos somados capazes de demonstrar o *animus* de viver como família e deem condições para se associar, ao grupo assim construído, a estabilidade reclamada pela lei e contornada por valores subjetivos imprescindíveis para maximizar a aceção de família como célula basilar para promoção da dignidade de seus membros. Sobre a temática, o Superior Tribunal de Justiça, em julgamento paradigmático, reconheceu a família anaparental, equiparando-a as demais modalidades já protegidas pelo Ordenamento Jurídico, repisando, de maneira robusta, o primado que a família deve ser interpretada como o núcleo de desenvolvimento humano, no qual o afeto, o zelo e a proteção se sobressaem. Neste sentido:

Ementa: Civil. Processual Civil. Recurso Especial. Adoção póstuma. Validade. Adoção conjunta. Pressupostos. Família Anaparental. Possibilidade. Ação anulatória de adoção post mortem, ajuizada pela União, que tem por escopo principal sustar o pagamento de benefícios previdenciários ao adotado - maior interdito -, na qual aponta a inviabilidade da adoção post

mortem sem a demonstração cabal de que o de cujus desejava adotar e, também, a impossibilidade de ser deferido pedido de adoção conjunta a dois irmãos. A redação do art. 42, § 5º, da Lei 8.069/90 - ECA -, renumerado como § 6º pela Lei 12.010/2009, que é um dos dispositivos de lei tidos como violados no recurso especial, alberga a possibilidade de se ocorrer a adoção póstuma na hipótese de óbito do adotante, no curso do procedimento de adoção, e a constatação de que este manifestou, em vida, de forma inequívoca, seu desejo de adotar. Para as adoções post mortem, vigem, como comprovação da inequívoca vontade do de cujus em adotar, as mesmas regras que comprovam a filiação socioafetiva: o tratamento do menor como se filho fosse e o conhecimento público dessa condição. O art. 42, § 2º, do ECA, que trata da adoção conjunta, buscou assegurar ao adotando a inserção em um núcleo familiar no qual pudesse desenvolver relações de afeto, aprender e apreender valores sociais, receber e dar amparo nas horas de dificuldades, entre outras necessidades materiais e imateriais supridas pela família que, nas suas diversas acepções, ainda constitui a base de nossa sociedade.

A existência de núcleo familiar estável e a consequente rede de proteção social que podem gerar para o adotando, são os fins colimados pela norma e, sob esse prisma, o conceito de núcleo familiar estável não pode ficar restrito às fórmulas clássicas de família, mas pode, e deve, ser ampliado para abarcar uma noção plena de família, apreendida nas suas bases sociológicas. Restringindo a lei, porém, a adoção conjunta aos que, casados civilmente ou que mantenham união estável, comprovem estabilidade na família, incorre em

manifesto descompasso com o fim perseguido pela própria norma, ficando teleologicamente órfã. Fato que ofende o senso comum e reclama atuação do interprete para flexibilizá-la e adequá-la às transformações sociais que dão vulto ao anacronismo do texto de lei. O primado da família socioafetiva tem que romper os ainda existentes liames que atrelam o grupo familiar a uma diversidade de gênero e fins reprodutivos, não em um processo de extrusão, mas sim de evolução, onde as novas situações se acomodam ao lado de tantas outras, já existentes, como possibilidades de grupos familiares. O fim expressamente assentado pelo texto legal - colocação do adotando em família estável - foi plenamente cumprido, pois os irmãos, que viveram sob o mesmo teto, até o óbito de um deles, agiam como família que eram, tanto entre si, como para o então infante, e naquele grupo familiar o adotado se deparou com relações de afeto, construiu - nos limites de suas possibilidades - seus valores sociais, teve amparo nas horas de necessidade físicas e emocionais, em suma, encontrou naqueles que o adotaram, a referência necessária para crescer, desenvolver-se e inserir-se no grupo social que hoje faz parte. Nessa senda, a chamada família anaparental - sem a presença de um ascendente -, quando constatado os vínculos subjetivos que remetem à família, merece o reconhecimento e igual status daqueles grupos familiares descritos no art. 42, §2, do ECA. Recurso não provido. (Superior Tribunal de Justiça – Terceira Turma/ REsp 1.217.415/RS/ Relatora: Ministra Nancy Andrighi/ Julgado em 19 jun. 2012/ Publicado no DJe em 28 jun. 2012).

A existência de núcleo familiar estável e a conseqüente rede de proteção social que podem gerar para o adotando, são os fins colimados pela norma e, sob esse prisma, o conceito de núcleo familiar estável não pode ficar restrito às fórmulas clássicas de família, mas pode, e deve, ser ampliado para abarcar uma noção plena de família, apreendida nas suas bases sociológicas. É imprescindível, ainda, sublinhar que a convivência entre parentes, ou entre pessoas, ainda que não parentes, dentro de uma estruturação com identidade de propósito pautada na constituição de uma família, com assistência mútua material e emocional. A dinâmica de relações que emoldura a família anaparental comporta não apenas a parentalidade, mas também a convivência de pessoas, do mesmo sexo ou não, que, sem conotação sexual, vivem como se família fossem, reunindo propósitos compartilhados.

REFERÊNCIAS:

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. **Os Direitos Humanos na perspectiva social do trabalho**. Disponível em: . Acesso em 06 abr. 2016.

BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o Novo Direito Civil. Breves Reflexões. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, a. VII, n. 08, p. 229-267, jun. 2006. Disponível em: . Acesso em 06 abr. 2016.

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: . Acesso em 06 abr. 2016.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: . Acesso em 06 abr. 2016.

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

CALHEIRA, Luana Silva Os princípios do direito de família na Constituição Federal de 1988 e a importância aplicada do afeto: o

afeto é juridicizado através dos princípios?. **Boletim Jurídico**, Uberaba/MG, a. 5, no 229. Disponível em: Acesso em: 06 abr. 2016

CAMARGO, Caroline Leite de. Direitos humanos em face à história da humanidade. **Revista Jus Vigilantibus**. Disponível em: . Acesso em 06 abr. 2016.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 3 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

_____. Fundamentos dos direitos humanos. *In*: DINIZ, José Janguê Bezerra (coord.). **Direito Constitucional**. Brasília: Editora Consulex, 1998.

CORREIA, Érica Paula Barcha. A relação homoafetiva e o direito de seguridade social – uma leitura a partir dos direitos fundamentais. *In*: CANOTILHO, J. J. Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha (Coord.). **Direitos Fundamentais Sociais**. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

COTRIM, Gilberto. **História Global – Brasil e Geral**. 1 ed. vol. 2. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

DRIVER, Stephanie Schwartz. **A Declaração de Independência dos Estados Unidos**. Tradução Mariluce Pessoa. Rio de Janeiro: Editora Jorge Zahar, 2006.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, **Direitos Humanos Fundamentais**. 6 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004.

HABERMAS, Jürgen. **Sobre a Constituição da Europa**. São Paulo: UNESP, 2012.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais, Teoria Geral, Comentário dos art. 1º ao 5º da Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988, Doutrina e Jurisprudência**. 9 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

ROCHA, José de Albuquerque. **Estudos sobre o poder judiciário**. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Declaração do Bom Povo da Virgínia (1.776). Disponível em: . Acesso em 06 abr. 2016.

_____. Declaração dos Direitos dos Homens e Cidadão (1.789). Disponível em: . Acesso em 06 abr. 2016.

_____. Magna Carta (1.215). Disponível em: . Acesso em 06 abr. 2016.

_____. Petição de Direito (1.628). Disponível em: . Acesso em 06 abr. 2016.

SCHIAVI, Mauro. **Proteção Jurídica à Dignidade da Pessoa Humana do Trabalhador**. Disponível em: <www.lacier.com.br>. Acesso em 06 abr. 2016.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; PICCIRILLO, Miguel Belinati. Direitos fundamentais: a evolução histórica dos direitos humanos, um longo caminho. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n. 61, fev. 2009. Disponível em: . Acesso em 06 abr. 2016.

VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: . Acesso em 06 abr. 2016.

NOTAS:

[1] VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: . Acesso em 06 abr. 2016.

[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: . Acesso em 06 abr. 2016.

[3] VERDAN, 2009, s.p.

[4] SIQUEIRA, Dirceu Pereira; PICCIRILLO, Miguel Belinati. Direitos fundamentais: a evolução histórica dos direitos humanos, um longo caminho. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n. 61, fev. 2009. Disponível em: . Acesso em 06 abr. 2016.

[5] MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais, Teoria Geral, Comentário dos art. 1º ao 5º da Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988, Doutrina e Jurisprudência**. 9 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011, p. 06.

[6] ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. **Os Direitos Humanos na perspectiva social do trabalho**. Disponível em: . Acesso em 06 abr. 2016, p. 01.

[7] SIQUEIRA; PICCIRILLO, 2009. Acesso em 06 abr. 2016.

[8] MORAES, 2011, p. 06.

[9] CAMARGO, Caroline Leite de. Direitos humanos em face à história da humanidade. **Revista Jus Vigilantibus**. Disponível em: . Acesso em 06 abr. 2016.

[10] MORAES, 2011, p. 06.

[11] COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 3 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2003, p.71-72.

[12] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Magna Carta (1.215). Disponível em: . Acesso em 06 abr. 2016: “Um homem livre será punido por um pequeno crime apenas, conforme a sua medida; para um grande crime ele será punido conforme a sua magnitude, conservando a sua posição; um mercador igualmente conservando o seu comércio, e um vilão conservando a sua cultura, se obtiverem a nossa mercê; e nenhuma das referidas punições será imposta excepto pelo juramento de homens honestos do distrito”.

[13] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Magna Carta (1.215). Disponível em: . Acesso em 06 abr. 2016: “Nenhum homem livre será capturado ou aprisionado, ou desapropriado dos seus bens, ou declarado fora da lei, ou exilado, ou de algum modo lesado, nem nós iremos contra ele, nem enviaremos ninguém contra ele, excepto pelo julgamento legítimo dos seus pares ou pela lei do país”.

[14] *Ibid.* “A ninguém venderemos, a ninguém negaremos ou retardaremos direito ou justiça”.

[15] *Ibid.* “Será permitido, de hoje em diante, a qualquer um sair do nosso reino, e a ele retornar, salvo e seguro, por terra e por mar, salvaguardando a fidelidade a nós devida, excepto por um curto espaço em tempo de guerra, para o bem comum do reino, e excepto aqueles aprisionados e declarados fora da lei segundo a lei do país e pessoas de países hostis a nós e mercadores, os quais devem ser tratados como acima dito”.

[16] *Ibid.* “Todos os mercadores terão liberdade e segurança para sair, entrar, permanecer e viajar através da Inglaterra, tanto por terra como por mar, para comprar e vender, livres de todos os direitos de pedágio iníquos, segundo as antigas e justas taxas, excepto em tempo de guerra, caso sejam do país que está lutando contra nós. E se tais forem encontrados no nosso país no início da guerra serão capturados sem prejuízo dos seus corpos e mercadorias, até que seja sabido por nós, ou

pelo nosso chefe de justiça, como os mercadores do nosso país são tratados, se foram encontrados no país em guerra contra nós; e se os nossos estiverem a salvo lá, estes estarão a salvo no nosso país”.

[17] FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, **Direitos Humanos Fundamentais**. 6 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2004, p. 12.

[18] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Petição de Direito (1.628). Disponível em: . Acesso em 06 abr. 2016: “ninguém seja obrigado a contribuir com qualquer dádiva, empréstimo ou *benevolence* e a pagar qualquer taxa ou imposto, sem o consentimento de todos, manifestado por ato do Parlamento; e que ninguém seja chamado a responder ou prestar juramento, ou a executar algum serviço, ou encarcerado, ou, de uma forma ou de outra molestado ou inquietado, por causa destes tributos ou da recusa em os pagar; e que nenhum homem livre fique sob prisão ou detido por qualquer das formas acima indicadas”.

[19] COMPARATO, 2003, p. 89-90.

[20] MORAES, 2011, p. 08-09.

[21] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Declaração do Bom Povo da Virgínia (1.776). Disponível em: . Acesso em 06 abr. 2016: “Que todo poder é inerente ao povo e, conseqüentemente, dele procede; que os magistrados são seus mandatários e seus servidores e, em qualquer momento, perante ele responsáveis”.

[22] *Ibid.* “Que a liberdade de imprensa é um dos grandes baluartes da liberdade, não podendo ser restringida jamais, a não ser por governos despóticos”.

[23] COMPARATO, 2003, p. 49.

[24] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Declaração do Bom Povo da Virgínia (1.776). Disponível em: . Acesso em 06 abr. 2016: “Que todos os homens são, por natureza, igualmente livres e independentes, e têm certos direitos inatos, dos quais, quando entram em estado de sociedade, não podem por qualquer acordo privar ou despojar seus pósteros e que são: o gozo

da vida e da liberdade com os meios de adquirir e de possuir a propriedade e de buscar e obter felicidade e segurança”.

[25] SILVA, 2004, p.155.

[26] SILVA, 2004, p.155.

[27] MORAES, 2003, p. 28.

[28] COTRIM, Gilberto. **História Global – Brasil e Geral**. 1 ed. vol. 2. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 146-150.

[29] SILVA, 2004, p. 157.

[30] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Declaração dos Direitos dos Homens e Cidadão (1.789). Disponível em: . Acesso em 06 abr. 2016: “Art. 2º. A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade a segurança e a resistência à opressão”.

[31] SÃO PAULO. **Universidade de São Paulo (USP)**. Declaração dos Direitos dos Homens e Cidadão (1.789). Disponível em: . Acesso em 06 abr. 2016: “Art. 4º. A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo. Assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados pela lei”.

[32] *Ibid.* “Art. 8º. A lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada”.

[33] *Ibid.* “Art. 9º. Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei”.

[34] *Ibid.* “Art. 10º. Ninguém pode ser molestado por suas opiniões, incluindo opiniões religiosas, desde que sua manifestação não perturbe a ordem pública estabelecida pela lei. Art. 11º. A livre comunicação das ideias e das opiniões é um dos mais preciosos

direitos do homem. Todo cidadão pode, portanto, falar, escrever, imprimir livremente, respondendo, todavia, pelos abusos desta liberdade nos termos previstos na lei”.

[35] BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 21 ed. atual. São Paulo: Editora Malheiros Ltda., 2007, p. 563.

[36] BERNARDO, Wesley de Oliveira Louzada. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o Novo Direito Civil. Breves Reflexões. **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, a. VII, n. 08, p. 229-267, jun. 2006. Disponível em: . Acesso em 06 abr. 2016, p. 231.

[37] SCHIAVI, Mauro. **Proteção Jurídica à Dignidade da Pessoa Humana do Trabalhador**. Disponível em: <www.lacier.com.br>. Acesso em 06 abr. 2016, p. 04.

[38] BERNARDO, 2006, p. 234

[39] HABERMAS, Jürgen. **Sobre a Constituição da Europa**. São Paulo: UNESP, 2012, p. 09.

[40] BERNARDO, 2006, p. 236

[41] COMPARATO, Fábio Konder. Fundamentos dos direitos humanos. *In*: DINIZ, José Janguê Bezerra (coord.). **Direito Constitucional**. Brasília: Editora Consulex, 1998, p. 76.

[42] ROCHA, 1995, p. 131

[43] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: . Acesso em 06 abr. 2016.

[44] CALHEIRA, Luana Silva Os princípios do direito de família na Constituição Federal de 1988 e a importância aplicada do afeto: o afeto é juridicizado através dos princípios?. **Boletim Jurídico**, Uberaba/MG, a. 5, no 229. Disponível em: Acesso em: 06 abr. 2016

[45] DRIVER, Stephanie Schwartz. **A Declaração de Independência dos Estados Unidos**. Tradução Mariluce Pessoa. Rio de Janeiro: Editora Jorge Zahar, 2006, p. 32.



CONTRATOS INTERNACIONAIS DE COMÉRCIO ELETRÔNICO: CARACTERÍSTICAS E REGULAMENTAÇÃO.

ANNA BEATRIZ CABRAL BARBALHO:
Advogada. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Pós Graduada em Direito Civil e Empresarial pela Faculdade Damásio de Jesus.

RESUMO: O presente artigo tem como objeto o estudo do comércio eletrônico e suas características, com ênfase na necessidade de sua regulamentação jurídica, abordando, particularmente, o tratamento que é dado ao tema no âmbito do Direito Internacional. Para a discussão do assunto, usou-se a pesquisa bibliográfica e análise documental. O artigo apresenta informações gerais sobre o assunto e a forma de aperfeiçoamento dos contratos eletrônicos nessa atividade sob a perspectiva do direito nacional, assim como as questões que surgem quando o instrumento é pactuado em um negócio internacional. São analisados os acordos mais importantes utilizados atualmente pela comunidade internacional no regramento do *e-commerce*. Conclui-se que resta para os organismos internacionais, assim como para os internos, atuantes na área do comércio internacional a missão de continuar propondo e estudando modos de regulamentação dessa atividade, visando harmonizar, incentivar e facilitar o desenvolvimento do comércio eletrônico internacional, acima de tudo, derrubando barreiras protecionistas e proporcionando um ambiente justo no qual as nações menos favorecidas também possam fazer parte.

Palavras-chave: Comércio eletrônico; Regulamentação; Comércio internacional; Globalização.

ABSTRACT: The article aims to analyze the scope of electronic commerce and its characteristics emphasizing the need for its legal regulation, discussing in particular about the treatment given to the topic within the

International Law. To investigate the subject bibliographic and documentary analysis has been used. The paper presents general information about the matter and also means that have been used to perfecting electronic contracts in this activity. The theme is introduced from the perspective of national law as well as the issues that arise when the instrument is agreed in an international business. This work also analyzes key agreements currently used by the international community to regulate e-commerce. In conclusion, international organizations should continue their efforts of studying and proposing ways to legally regulate the international trade in order to harmonize, promote, and facilitate the development of international e-commerce. Moreover, these organizations should also break down protectionist barriers and provide a fair environment in which less-favored nations can take part.

Keywords: Electronic commerce; Regulations; **International Trade; Globalization.**

1 INTRODUÇÃO

O fortalecimento do processo de globalização ocorrido no século XX promoveu uma maior integração entre países, redefinindo as divisas globais. Nesse cenário, as concepções tradicionais sobre o Direito e as relações internacionais adquiriram uma nova forma, que trouxe novidades em escala global, não apenas nas áreas do conhecimento, mas em diversos setores da sociedade, em que se pôde verificar um crescente aumento nos cursos internacionais de bens, serviços e capital.

Nessa conjuntura, observa-se, também, o surgimento e a utilização de novas tecnologias que passam a auxiliar na modernização da atividade mercantil, particularmente, com a criação e difusão massificada da internet, que dá origem a uma grande revolução para o comércio, - que atualmente já transpôs todas as fronteiras -, passando a exigir uma adaptação rápida da legislação a essa nova realidade, de modo a permitir a criação de soluções eficazes não apenas para as celeumas surgidas nos

espaços nacionais, mas, sobretudo, uma adequação às questões internacionais.

O presente artigo procura discutir algumas dificuldades jurídicas já existentes no âmbito do *e-commerce*, tanto no que concerne à proteção ao consumidor, quanto ao regramento da atividade para as empresas desse setor, visto que, nesse campo, inúmeras relações entrelaçam-se e carecem de normas protetivas, visando à segurança nas operações de compra e venda e nas trocas de dados pessoais que esses processos exigem.

Por meio da análise das formas apropriadas de regulamentação da referida atividade mercantil, da atuação de seus agentes e de quais devem ser seus limites, tem-se como objetivo compreender como as leis utilizadas nesse setor devem ser ponderadas em nível transnacional.

2 O COMÉRCIO ELETRÔNICO: ASPECTOS TEÓRICOS

O desenvolvimento da internet, o reconhecimento das facilidades que esta proporciona e sua utilização em diversas áreas resultaram na formação de um mercado virtual, surgindo assim as “ciber empresas de matriz tecnológica” (PEREIRA, 2002, p. 174). Surge, então, toda uma rede de relações comerciais eletrônicas, as quais, com o passar do tempo, vão se consolidando e saem de uma relação que, primeiramente, só existia de forma restrita entre as empresas e perpassou sua abrangência ao público consumidor.

O comércio eletrônico pode ser considerado, portanto, como uma modalidade de negociação alcançada por meio do processamento eletrônico de dados, que inclui texto, som e imagem. Logo, a grande novidade está relacionada ao uso da tecnologia da telecomunicação e da informática, as quais tornam os processos de compra e venda ágeis e criam inúmeras possibilidades de escolha para o consumidor. O vendedor, por sua vez, tem a possibilidade de oferecer seus produtos para os mais diversos mercados, quais sejam nacionais, internacionais, ou ambos de forma simultânea.

Fabio Ulhôa Coelho (2011, p.92) apresenta o seguinte conceito de comércio eletrônico:

Comércio eletrônico, assim, significa os atos de circulação de bens, prestação ou intermediação de serviços em que as tratativas pré-contratuais e a celebração do contrato se fazem por transmissão e recebimento de dados por via eletrônica^[1], normalmente no ambiente da internet.

Portanto, no referido modelo de comércio, a empresa não se encontra em sua sede física, mas em seu sítio na internet. Cada estabelecimento virtual é identificado pelo seu nome de domínio, um endereço eletrônico, que deve ser digitado no navegador a fim de que o site na internet seja localizado.

O domínio, além de determinar o local do estabelecimento na rede, ainda indica o “título do estabelecimento”^[2] e para que o acesso ao *website* aconteça, sua forma deve estar de acordo com o protocolo DNS (*Domain Name System*), portanto, o endereço deve ter uma palavra que individualize o sítio acompanhada por dois TDLs (*Top Level Domains*: domínio de primeiro nível) : um que indica a natureza do titular (no caso de empresários, tem-se o: “com”) e o segundo informa o país de origem (para a Alemanha: “de” , para o Brasil: “br”) (COELHO, 2011, p.52).

Dessa forma, não há um limite territorial entre o estabelecimento e o consumidor, sua ligação se dá através de uma rede de computadores na qual há uma grande circulação de produtos e serviços. O *website* representa, portanto, o ponto comercial.

Existem diferentes tipos de “estabelecimentos virtuais”, que são classificados de acordo com as partes negociantes, são eles:

[...] B2B (que deriva da expressão *business to business*), em que os internautas compradores são também empresários, e se destinam a negociar insumos; B2C (denominação derivada de *business to*

consumer), em que os internautas são consumidores na acepção legal do termo (CDC, art.2º); e C2C (*consumer to consumer*), em que os negócios são feitos entre internautas consumidores, cumprindo o empresário titular do *site* apenas funções de intermediação (é o caso dos leilões virtuais). Os contratos celebrados via página B2B regem-se pelas normas do direito comercial. Os celebrados via página B2C, pelo direito do consumidor. No caso da página C2C, as relações entre o empresário titular do estabelecimento virtual e os internautas regem-se também pelo direito do consumidor, mas o contrato celebrado entre esses últimos está sujeito ao regime contratual de direito civil (COELHO, 2011, p.93).

No que concerne à forma como os acordos são cumpridos, existe o comércio eletrônico direto no qual a encomenda, o produto, o pagamento e o recebimento de bens incorpóreos ou a prestação de algum serviço (por exemplo, a compra de *softwares* ou filmes) é integralmente *on-line*; e existe o comércio eletrônico indireto, em que a encomenda e o pagamento são efetuados *on-line*, mas os bens são entregues fisicamente via serviços postais ou outros serviços de entrega privados.

Com as novidades e facilidades que apresenta, o *e-commerce* vem se tornando elemento fundamental na modernização do setor produtivo, uma vez que propicia a ampliação e diversificação do mercado e, para sua concretização, exige apenas que aqueles que oferecem seus produtos e os que desejam adquiri-los estejam conectados às redes digitais e as operem de forma adequada, facilitando as relações de comércio e diminuindo seu custo.

2.1. Os contratos de *e-commerce*

O contrato eletrônico apresenta uma estrutura diferente daquela já conhecida pelo Direito Civil brasileiro. Possui particularidades tanto na sua constituição quanto na sua aplicabilidade em virtude de diversos aspectos:

a forma que o vínculo é provado, a segurança sobre a identidade dos contraentes, o período e o local em que é celebrado.

Sobre a forma do contrato, o Direito Civil a classifica como essencialmente livre, porque ele é regido pela autonomia da vontade – mesmo que suporte algumas limitações impostas pelas normas cogentes e de ordem pública – e em razão do fato do princípio da liberdade da forma nortear todo o sistema do negócio jurídico.

A respeito da forma livre para contratar, argumenta Clóvis Beviláqua:

É princípio aceito pelo direito moderno que as declarações de vontade não estão sujeitas a uma forma especial, senão quando a lei expressamente a estabelece. É até um dos resultados da evolução jurídica, assinalado pela história e pela filosofia, a decadência do formalismo, em correspondência com o revigoração da energia jurídica imanente nos atos realizados pelos particulares, a expansão da autonomia da vontade e a conseqüente abstenção do Estado que se acantoa, de preferência, na sua função de superintendente, pronto a intervir, quando é necessário restabelecer coativamente o equilíbrio de interesses (BEVILÁQUA apud GAGLIANO, 2008, p.25-26).

O artigo 107 do Código Civil dispõe que a validade da declaração de vontade nos contratos só será requisitada através de forma especial quando a lei expressamente exigir, portanto, o meio digital é também capaz de prover validade ao contrato eletrônico devido a essa liberdade concedida pela lei. Assim, mesmo que ainda não haja uma regulação jurídica própria para esse tipo de contrato no Direito Civil, na contratação eletrônica, é válida a declaração da vontade dos contratantes.

Quanto aos pressupostos e requisitos para que a formação dessa espécie de contrato seja válida, não há grande diferença quando comparados aos contratos comuns. Nos contratos eletrônicos também se

observa o mesmo padrão relacionado aos contratos comumente conhecidos: a capacidade das partes; que o objeto seja lícito, possível, determinado ou determinável; e quanto à forma, existem aqueles típicos, que seguem os modelos legalmente estabelecidos, e os atípicos que dão aos celebrantes uma maior liberdade quando a sua confecção, já que não são regulados pelo Direito Positivo. Eles devem, contudo, seguir as orientações dos princípios gerais dos contratos, não contrariar a lei e nem os bons costumes.

Um exemplo de contrato típico seria o de compra e venda de alimentos para restaurantes. Em geral, o fornecedor envia um documento via e-mail contendo uma proposta, que além de indicar o valor da compra, explica a quantidade que será enviada, a forma de entrega, os sabores, etc. Somente após receber uma resposta do estabelecimento interessado, na qual ele declare estar de acordo com o disposto no documento, é que o negócio será concluído.

Outra forma de contrato de compra e venda comum no meio virtual é a venda de cosméticos pelo aplicativo *Instagram* [3]. Nele os vendedores costumam postar uma foto do produto, logo abaixo uma breve descrição dele e o tempo necessário para entrega, aquele que tem interesse em comprar pode no próprio espaço de postagem deixar um endereço de e-mail e através dele ambos entrarão em contato trocando, sem maiores formalidades, um endereço para entrega do produto e os detalhes de uma conta bancária na qual o pagamento será depositado.

Os contratos eletrônicos, portanto, também se formam a partir da aceitação da proposta pelo oblato, mas há a diferenciação nas formas de aceitação, as quais podem ser das mais variadas formas, como explicitado anteriormente.

Nos contratos comuns, a prova de sua aceitação é dada através de um documento escrito ou de forma oral, diversamente do que acontece no âmbito da contratação eletrônica, que se dá por meio da transmissão eletrônica de dados, de modo que a manifestação de vontade dos contraentes é registrada no meio virtual.

Outro ponto importante surge quando se tenta determinar o lugar da formação do contrato. O artigo 435 do Código Civil aduz que “Reputar-se-á celebrado o contrato no lugar em que foi proposto”, contudo, no caso de contratação via internet, tal disposição nem sempre poderá ser aplicada com a devida segurança porque é comum a dificuldade de aferir precisamente o local de onde a proposta e aceitação aconteceram.

Sobre esse assunto, vale mencionar que a Lei Modelo da UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade Law), organização que se propõe a criar uma legislação que unifique as regras referentes à internet, se posiciona da seguinte forma em seu artigo 15:

Article 15. Time and place of dispatch and receipt of data messages

[...]

(4) Unless otherwise agreed between the originator and the addressee, a data message is deemed to be dispatched at the place where the originator has its place of business, and is deemed to be received at the place where the addressee has its place of business. For the purposes of this paragraph:

(a) if the originator or the addressee has more than one place of business, the place of business is that which has the closest relationship to the underlying transaction or, where there is no underlying transaction, the principal place of business;

(b) if the originator or the addressee does not have a place of business, reference is to be made to its habitual residence^[4]

Referentes ao momento do aperfeiçoamento do contrato surgem algumas questões como: ele aconteceria quando o aceitante aperta o

botão de enviar de sua caixa de e-mail? Ou quando a mensagem chega a sua caixa de entrada? Ou ainda no instante em que o e-mail chega ao provedor do proponente? No que se refere a essas indagações, existem dissensões doutrinárias (MARIOT, 2013). Todavia, se a aceitação se dá apenas com o ato de clicar em um botão, estamos diante de um contrato de adesão^[5]. Já a troca de e-mails caracterizaria a contratação entre ausentes, uma vez que a comunicação entre proponente e aceitante se dá através de provedores de acesso e não há garantias de que o e-mail realmente chegará ou quando chegará ao aceitante.

Apesar das imprecisões sobre a formação do contrato eletrônico, é inegável que a sua presença está amplamente difundida na realidade e as dúvidas sobre seu regime jurídico trazem consequências às negociações internacionais, o que será exposto adiante.

2.2. O Contrato Eletrônico como Contrato Internacional

O comércio internacional tem grande importância econômica e envolve, hodiernamente, quase todas as nações do globo, logo, é inevitável a influência que este exerce sobre o direito diante da exigência de regras para a atividade mercantil.

A importância do contrato internacional torna-se, então, indiscutível, já que é instrumento que materializa essas relações comerciais internacionais. Seus elementos se assemelham àqueles que caracterizam os contratos em nosso ordenamento, mas a diferença fundamental está no fato de que as cláusulas que tratam da capacidade das partes, da conclusão e do objeto do contrato, trazem o envolvimento de mais de um ordenamento jurídico (ENGELBERG, 2007).

Há, portanto, a necessidade de saber qual a lei aplicável ao contrato, o que em princípio pode ser realizado pelas partes, em virtude da autonomia da vontade, a qual se apresenta, no Direito Internacional Privado, de forma diversa da lecionada pelos civilistas

Na ordem interna, *autonomia* significa que as partes podem fixar livremente o conteúdo dos

contratos dentro dos limites da lei, ou seja, em face das normas imperativas e da ordem pública. É o poder reconhecido pela ordem jurídica aos indivíduos de criar situações jurídicas. Por outro lado, na ordem internacional a autonomia da vontade significa a liberdade das partes de escolherem outro sistema jurídico para regular o contrato. Isso quer dizer que a autonomia da vontade significa a liberdade das partes de escolherem outro sistema jurídico para regular o contrato. Isso quer dizer que autonomia das partes, no DIPr, tem por objeto a designação de uma lei aplicável ao contrato (ARAUJO, p. 49, 2004).

A autonomia, assim descrita, só pode ser exercida nos contratos internacionais, posto que nos internos não há a possibilidade de escolha sobre o sistema jurídico que irá regular o contrato.

Sobre o assunto, assume Engelberg (2007) opinião diversa da supracitada, pois, para ela, no Direito Internacional Privado o objeto da vontade das partes não é o direito, mas, sim, a escolha do lugar em que o contrato será firmado. Dessa maneira, não importa que as partes declarem no contrato o direito ao qual desejem se submeter, porque qualquer afirmação que façam a esse respeito não poderá invalidar uma disposição de direito internacional privado que trate do assunto.

Apesar da pressão do comércio internacional em favor do respeito à autonomia da vontade em avenças com caráter internacional, firmadas no Brasil, no que concerne à cláusula da lei aplicável nos contratos, a discussão doutrinária ainda persiste.

Garcez (1994 *apud* CARLA VENTURA, 2010) afirma que, na maioria dos sistemas jurídicos, é concedido aos contratantes o direito à livre escolha da lei aplicável, ou seja, dos elementos de conexão, através da negociação, desde que respeitados os princípios gerais e imperativos dos contratos.

No Brasil, aos debates sobre interpretação, validade ou execução de contratos internacionais, acrescentou-se, recentemente, outra situação polêmica: o surgimento da Lei 12.965/2014, também conhecida como Marco Civil da Internet, que reuniu o entendimento da antiga jurisprudência que versava sobre o tema, à luz do seu artigo 11, “a legislação terá de ser obrigatoriamente respeitada por qualquer empresa brasileira que, mesmo não tendo filial no Brasil, oferte serviço ao público brasileiro” (OLIVEIRA, 2014, p.12). Portanto,

se o site estrangeiro pertence a uma multinacional com filial no Brasil e com *marketing* voltado ao mercado de consumo brasileiro, aplica-se o entendimento [...] de modo que a legislação brasileira (como o CDC) disciplinará o contrato. [...] Se, porém, o site não pertencer a uma empresa com esse perfil, ou seja, não houver filial no Brasil nem *marketing* direcionado ao mercado brasileiro[6], somente será aplicável a lei estrangeira para a disciplina do contrato, nos termos do art. 9º, § 2º, da LINDB (Idem, p. 12-13).

A análise desse tipo de contrato, assim como da sua da regulamentação especificamente no âmbito do comércio eletrônico, tanto em nível internacional quanto nacional, será aprofundada em capítulos posteriores.

3 O FENÔMENO DA GLOBALIZAÇÃO COMO PROPULSOR DA NECESSIDADE DE REGULAMENTAÇÃO DO COMÉRCIO ELETRÔNICO INTERNACIONAL

No conjunto das grandes mudanças sociais, econômicas e políticas das últimas décadas do século XX, os processos de globalização, da reestruturação produtiva e as inovações tecnológicas surgiram como basilares para o desenvolvimento dos países e para a reestruturação do sistema capitalista.

A busca por maior independência do capital em relação ao trabalho colaborou para transformar as relações sociais instituídas desde a clássica revolução industrial, principiada no século XVIII e que durou até meados da década de 1970, quando o desenvolvimento da microeletrônica propiciou uma mutação significativa nas formas de organização das instituições e nas relações de trabalho. Dessa forma, com essa revolução tecnológica, os processos de intercâmbio se aceleraram e Estado foi perdendo paulatinamente eficácia no controle destes.

Segundo Ohmae (1995, *apud* MATIAS, 2012, p.101 e 102), o Estado-nação teve sua importância na economia global diminuída, perdendo seus antigos predicados de independência e eficiência na geração de riquezas, o autor atribuiu esse fato àquilo que denominou os quatros “is”: *investment, industry, information technology* e *individual consumers* – investimento, indústria, tecnologia da informação e consumidores individuais.

O capital segue para onde as boas oportunidades surgem, assim como as indústrias, as quais são inseridas em locais estrategicamente escolhidos próximas a mercados atrativos. A tecnologia da informação possibilita às empresas atuarem de forma global, sem a necessidade de que instalem unidades completas de produção em cada um dos países em que operam. Os consumidores individuais, a seu turno, tornam-se mais exigentes à medida que descobrem produtos melhores e mais baratos no exterior.

Nesse cenário ganhou proeminência o processo de globalização, que sustentado nas referidas tecnologias da comunicação e da informação tem incitado transformações nas relações sociais e político-institucionais. O conceito de globalização é complexo, o seu impacto e o seu significado podem mostrar-se de diferentes formas em diversos tempos e partes do mundo.

O termo globalização abre espaço para discussões terminológicas, alguns especialistas, por exemplo, defendem uma distinção entre a palavra mundialização e o vocábulo globalização.

A palavra globalização é mais utilizada por aqueles que desejam dar ênfase o caráter inédito desse processo. Segundo Castells, (2006 *apud* MATIAS, 2012, p.104), “uma economia global é uma nova realidade histórica, diferente de uma economia mundial”, porque a economia mundial existe pelo menos desde o século XVI e, embora, o modo de produção capitalista tenha tido sempre um crescimento contínuo, somente no final do século XX a economia mundial transformou-se em uma economia global, apoiada na nova infraestrutura propiciada pelas tecnologias de informação e comunicação. Dessa forma, a integração de mercados financeiros faz com que a economia global possa funcionar como uma unidade, simultaneamente, em todo o planeta.

Existem, no entanto, muitos autores que acreditam que a globalização não apresenta nenhuma novidade e, dessa forma, acham importante que não haja confusão entre globalização e a simples internacionalização da economia.

Todavia, podemos imaginar uma economia mundial com níveis muito elevados de investimento e comércio internacional, mas que não seja globalizada, tendo em vista que os Estados ainda poderiam controlar suas atividades econômicas domésticas. Assim, a dúvida que nos resta é se a economia mundial está se transformando em uma economia transnacional, e dessa maneira globalizada, ou apenas em uma economia extremamente internacionalizada.

Dessa forma, observamos que o mundo contempla pela primeira vez o surgimento de uma legítima economia global, a qual se definiria pela alta integração dos mercados e pela preponderância das atividades transnacionais. Tal realidade, portanto, mostra-se diversa da de uma economia internacional, caracterizada pelo intercâmbio entre diferentes economias nacionais, na qual sobressairiam as atividades econômicas internas.

O surgimento da globalização, no marco de uma nova era econômica, justifica a utilização desse termo, tendo em vista que essa surge com aspectos que a diferenciam do movimento de internacionalização, cujo apogeu foi anterior a Primeira Grande Guerra.

Podemos, então, considerar que a globalização é um fenômeno que apresenta múltiplas particularidades, não sendo, todavia, um acontecimento novo, pois, pode ser associado às primeiras iniciativas de comercialização, às trocas de mercadoria, à história da humanidade. Trata-se, pois, de uma longa tradição que tem se revelado em vários e particulares momentos do último milênio.

Alguns autores conceituam a globalização, por exemplo, como a “aceleração nas trocas de bens, serviços, contratos, informação, viagens internacionais e intercâmbio cultural” (ZINI JÚNIOR; ARANTES, 1996, *apud* MATIAS, 2014, p.105), ou como “a maior integração dos países e das pessoas do mundo, causada pela enorme redução dos custos de transporte e comunicação, e pela derrubada das barreiras artificiais ao fluxo de bens, serviços, capital, conhecimento e – em menor extensão – pessoas através das fronteiras” (STIGLITZ, 2002, *apud* MATIAS, 2014, p.105).

A atual conjuntura mundial é resultado de diversas ações, as quais trouxeram para a globalização faces associadas à tecnologia, cultura, política e também um caráter institucional. Dessa maneira, outras vertentes do processo de globalização podem ser encontradas, além da globalização econômica.

Matias trata dessas vertentes da seguinte forma:

A primeira, representada pelo avanço da informática e surgimento das grandes redes de computadores e pela rápida evolução dos transportes e das telecomunicações, será aqui tratada como revolução tecnológica. A segunda, de certa forma derivada da revolução tecnológica, refere-se à intensificação do intercâmbio de informações e ao aumento da interação entre os povos, que traz consequências sociais e culturais e está na origem do surgimento da chamada sociedade civil transnacional. A terceira tem caráter político e

institucional, e se verifica no aumento da cooperação entre os Estados e o crescimento do direito internacional e das organizações internacionais. (MATIAS, 2014, p.106)

Tais processos se interligam e geram entre si vários elos de interdependência em meio às várias nações que, por sua vez, resultam em redes de relações sociais e econômicas de proporções mundiais, tornando o mundo uma espécie de “sistema social único” em aspectos de extrema importância.

3.1. A Revolução Tecnológica e o processo de globalização

O processo de globalização se expande a partir da mundialização crescente da atividade econômica, da revolução contemporânea das informações e das comunicações. Na atualidade a formação desse processo exige, conseqüentemente, a aplicação e a produção de conhecimentos e de informações cuja base científica tem uma importância crescente.

Partimos então para a avaliação da importância da chamada revolução tecnológica, a qual resultou de avanços na ciência e na técnica, alguns não tão recentes e outros surgem como inovações, um exemplo disso é o surgimento do ciberespaço, que nos trouxe rumo a novos tempos, à era da informação. A criação das redes de computadores acaba por influenciar a forma de organização da produção e da comercialização de bens, colaborando para o aparecimento de uma “economia digital” e para o aceleração da globalização econômica.

A Revolução Industrial pode ser vista, portanto, como o marco inicial para o referido processo de inovação tecnológica, foi a partir dela que se iniciou um progresso tecnológico cumulativo que findou por repercutir nos mais diversos aspectos da vida econômica e, por fim, houve um enorme aumento da produção e da variedade de bens e serviços. Segundo Matias:

A encampação pela ciência das tecnologias surgidas durante a Revolução Industrial é considerada, para Douglas North, a causa da segunda grande revolução econômica por que passou a humanidade. Essa segunda revolução econômica estaria marcada por algumas rupturas tecnológicas. Uma destas se referiria ao desenvolvimento de maquinarias automatizadas para substituir as mãos e a mente humanas na produção. Tal inovação seria consequência da crescente especialização e divisão do trabalho, que levariam ao objetivo de inventar uma máquina para exercer tarefa simples. Segundo esse autor, a linha de montagem idealizada por Henry Ford é um exemplo clássico disso, e o computador é o exemplo moderno mais revolucionário dessa realidade. O computador reduz os custos de transação, tornando possível o aumento de produção que permite que a população continue a crescer com qualidade de vida. (MATIAS, 2014, p.114 e 115)

Dessa forma, temos que o uso dos computadores e de toda tecnologia à esses associada, trouxe inúmeras e profundas mudanças nos hábitos da população, assim como em sua organização social.

Em nossos dias, as novidades científicas são cada vez mais bem aceitas e trazem consigo relevantes melhorias para as áreas de transportes e telecomunicações, assim, as distancias são percorridas em menor tempo e, da mesma maneira se dá a finalização de atividades que ocorrem em tempo e custos cada vez menores.

Um dos fatores que mais colaborou para essa revolução tecnológica é recente e se deu em virtude do aumento na capacidade e na velocidade de transmissão da informação. Devido ao crescimento das redes mundiais de computadores, principalmente da internet, que foi primeiramente pensada para fins militares, científicos ou acadêmicos, findou sendo

democratizada, possuindo um número cada vez maior de usuários conectados, essa quantia cresce a cada ano em cem por cento.

O lugar no qual acontecem as transações comerciais e as trocas comerciais por meio eletrônico é conhecido como “Ciberespaço”. Esse é formado pela teia mundial de redes de computadores e serviços de informação, as pessoas interagem nesse meio e lá solicitam produtos e serviços, as empresas, por sua vez, além de fornecer o que é solicitado por seus consumidores, realizam transações e negócios com fornecedores e instituições financeiras, entre outras atividades.

O surgimento do *Ciberespaço* eliminou potencialmente os custos de comunicação, além de reduzir o tempo e as distancias para a realização de operações comerciais e financeiras.

As muitas novidades trazidas por essa Revolução mudam radicalmente a maneira como a economia dos Estados se organiza. Como maior patrimônio das nações, a partir desse momento, temos o conhecimento - que passa a ser considerado algo indispensável para o desenvolvimento.

Assim, hoje não é suficiente para um apenas possuir mão – de - obra barata, os empregados precisam também ter habilidade para operar o maquinário moderno que está envolvido no processo produtivo, tal necessidade exige dos Estados altos investimentos na educação de sua população. Matias explica que:

A riqueza das nações deixa assim de estar nas matérias – primas que jazem sob seu solo e passa a se situar “nas ideias, na ciência, na tecnologia e, portanto, na cabeça de seus trabalhadores”. Em outras palavras, “a riqueza está na capacidade de adquirir conhecimento por parte da força de trabalho”. Essa nova realidade se reflete no valor dos produtos industrializados, cujo componente principal deixa de ser a mão – de – obra ou as matérias – primas e passa a ser a tecnologia, criando uma crescente necessidade

de investimento em pesquisa e desenvolvimento por parte dos Estados (MATIAS, 2014, p.120).

O conceito de globalização corrobora, ainda, com a organização de instituições internacionais e com o desenvolvimento de blocos comerciais. Nesse sentido, se configura como uma expropriação do Estado, o que tem isentado os governos da responsabilidade por tudo de negativo que acontece na economia, transferindo essa responsabilidade para o âmbito das forças supranacionais fora do seu controle.

A nova forma de relações constituídas pela globalização permitiu uma mudança nas praxes, no consumo e nas formas de fazer investimento no campo econômico. Assim, “uma nova economia surgiu em escala global no último quartel do século XX” (CASTELLS, 2006, p.2), que o autor denomina de “informacional, global e em rede”. Nesse cenário, surge um mercado virtual, particularmente o comércio eletrônico, sem fronteiras visíveis.

Esse novo contexto demanda importantes exigências que precisam ser consideradas à luz e por meio de procedimentos legais. Dessa forma, algumas questões jurídicas mostram-se muito relevantes na matéria do comércio eletrônico, entre as quais, destacamos a validade da assinatura digital e dos contratos realizados por meios eletrônicos, tendo em vista que os documentos que formalizam e comprovam esses negócios são constituídos por dados, sequências de *bits*, portanto, é importante o desenvolvimento de técnicas e normas para comprovar a veracidade das informações neles apresentadas.

A proteção do consumidor nessas relações comerciais também é um ponto que necessita ser regulamentado. Essa está intrinsecamente ligada às questões de privacidade e ética no meio virtual, uma vez que ao realizar compras o consumidor disponibiliza uma série de dados pessoais na rede, então, também é indispensável à busca por estratégias e instrumentos que previnam a utilização dessas e outras informações em fraudes, e caso isso aconteça, que se criem maneiras de responsabilizar e punir aqueles que lesarem o consumidor.

Deve-se proteger o adquirente de produtos e serviços nesse novo campo de criação de relações obrigacionais, as quais possuem características próprias, nas quais uma parte detém o total controle do capital e deve ser responsável pelo fornecimento de garantias aos produtos, que devem ser vigentes e aplicáveis, com meios de facilitação dessa aplicação, embora se conduzam em territórios estrangeiros.

Essa necessidade não se encerra por aí, ela se estende também à cooperação judiciária internacional. O princípio da soberania dos Estados concede ao ente estatal, através de seus órgãos competentes, poderes para abordar de forma exclusiva determinados assuntos dentro de seu território, portanto, em regra não se admite intervenção ou ação de outros Estados dentro de sua jurisdição. Sobre o tema escreve Portela:

[...] o poder do Estado pode ser exercido apenas dentro de seu próprio território. É o princípio da territorialidade, ou da “territorialidade de jurisdição”, que é “inerente ao princípio da soberania” e, segundo o qual, “a autoridade dos juízes (e, portanto, das suas decisões) não pode extrapolar os limites territoriais de seu próprio País”. Apenas em caráter excepcional, o Estado poderá exercer poder fora de seu território, em hipóteses reguladas pelo Direito Internacional Público ou Privado [...] Com isso, emerge a necessidade da cooperação jurídica internacional, meio pelo qual os entes estatais se articulam para colaborar com a solução de processos judiciais que correm em outros Estados. É tema de interesse internacional, visto que contribuir para a composição de conflitos no exterior pode oferecer um aporte para a solução de problemas internacionais e para promover relações amistosas entre os povos. A possibilidade de cooperação judiciária internacional aplica-se, em princípio, a todos os ramos do direito e é regulada pelos ordenamentos internos dos Estados e por

tratados [...] Sucintamente, os principais instrumentos de cooperação jurídica internacional são as cartas rogatórias, a homologação de sentenças estrangeiras, a extradição, o auxílio direto e a cooperação estabelecida por meio de tratados sobre temas específicos [...] No Mercosul, os principais atos internacionais na matéria são o Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial e Trabalhista e Administrativa, de 1992 (Protocolo de Las Leñas – Decreto 2.067, de 12/11/1996) e o Protocolo de Medidas Cautelares (Protocolo de Ouro Preto sobre Medidas Cautelares), de 1994 (Decreto 2.626, de 15/06/1997). (PORTELA, 2012, p. 673 – 675)

Dessa forma, o advento da regulamentação do comércio eletrônico – o qual possui caráter predominantemente transnacional, seria de grande utilidade na resolução de celeumas ou mesmo na prevenção dessas.

Ainda abarcada pelo tema está a tutela da propriedade intelectual, pois, na prática tem se mostrado difícil proteger aqueles que disponibilizam seus produtos na rede, não é tarefa difícil copiar e distribuir produtos digitalizados. Mesmo em países que controlam a internet para evitar, por exemplo, que músicas em formato *mp3* sejam baixadas gratuitamente – como Alemanha e Estados Unidos – não é complicado encontrar programas na própria internet que atuam de modo a esconder os códigos que identificam o computador no qual está sendo feito o download da música.

A tributação das mercadorias comercializadas através da internet também é um ponto nebuloso nos sistemas jurídicos, não há imposição de tributos nessas negociações transnacionais, apenas internamente. No Brasil, por exemplo, há a incidência do imposto de importação e do imposto sobre circulação de mercadorias e serviços.

4 CONCLUSÃO

Diante da relevância das atividades de comércio internacional, das quais participam quase todas as nações do globo, e o que estas representam para a economia, é indiscutível a necessidade de sua regulação jurídica.

O *e-commerce* hoje é elemento essencial na modernização do setor produtivo, e propicia a ampliação e diversificação do mercado, exigindo daqueles que atuam na nele apenas que estejam conectados às redes digitais e as operem de forma adequada, o que o transforma em uma prática relativamente simples.

Em meio aos negócios advindos do comércio eletrônico surgem os contratos eletrônicos internacionais, com características semelhantes aos dos contratos comuns regidos pelo Direito Civil, mas, ao mesmo tempo, com peculiaridades relativas tanto ao meio virtual quanto ao direito aplicável, já que abrangem mais de um ordenamento jurídico. Tais diferenças precisam ser mais debatidas e harmonizadas para que o comércio eletrônico derrube barreiras, visando o seu desenvolvimento.

Procuramos por meio desse estudo, delinear algumas questões jurídicas relevantes na disciplina do comércio eletrônico e apontar quais as soluções já existentes para esses assuntos, como a Lei Modelo criada pela UNCITRAL (Comissão das Nações Unidas de Direito Comercial Internacional), e o que ainda pode ser melhorado nesse sentido.

Analisamos também as soluções apontadas pelo ordenamento pátrio para as dificuldades que emergem na contratação por meio eletrônico. Entendemos, contudo, que ainda há muito para ser trabalhado nesse sentido e, sobretudo, que nosso ordenamento jurídico, embora possua alguns projetos com essa finalidade, ainda não é capaz de satisfazer completamente a necessidade de segurança que os envolvidos nesse tipo de negociação demandam.

Concluimos que resta para os organismos internacionais atuantes na área do comércio internacional a missão de continuar estudando maneiras para regulamentar o comércio internacional, que as normas

sejam produzidas de forma que possam ser frequentemente atualizadas, pois se trata de um ambiente dinâmico e em constante mutação.

Ressalta-se, ainda, que a implementação dessas leis deve cumprir com a tarefa de harmonizar, incentivar e facilitar o desenvolvimento do comércio eletrônico internacional, acima de tudo, derrubando barreiras protecionistas e proporcionando um ambiente justo no qual as nações menos favorecidas também possam fazer parte.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Nádia de. **Contratos Internacionais: autonomia da vontade, mercosul e convenções internacionais**. 3ª Rio de Janeiro - São Paulo - Recife: Renovar, 2004.

BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de Janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União. Brasília, 10 de Jan de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 5 jun 2013.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial: direito de empresa**. 8ª São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. Decreto-Lei nº 4.657 de 4 de Setembro de 1942. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Diário Oficial da União. Rio de Janeiro, 4 de Set de 1942. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm. Acesso em: 5 jun 2013.

ENGELBERG, Esther. **Contratos Internacionais do Comércio**. 4ª São Paulo: Atlas, 2007.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: Contratos**. 4ª São Paulo: Saraiva, 2008.

MARIOT, Gilberto. **Contratos eletrônicos**. Disponível em: . Acesso em: 02 mar. 2013.

MATIAS, Eduardo Felipe P. **A humanidade e suas fronteiras: do Estado soberano à sociedade global – 4ª Ed. – São Paulo: Paz e Terra, 2014.**

OLIVEIRA, Carlos Eduardo Elias de. **Aspectos Principais da Lei nº 12.965, de 2014, o Marco Civil da Internet: subsídios à comunidade jurídica.** Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/ Senado, abr./2014 (Texto para Discussão nº 148). Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em 29 de abril de 2014

PEREIRA, Alexandre Dias. A Globalização, a OMC e o Comércio Eletrônico. **Revista Sequência**, Santa Catarina, n. 45, p.173-195, dez. 2002.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito internacional público e privado.** 4ª edição Salvador: Juspodium, 2012.

UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce. New York, 1999. Disponível em: http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/electcom/05-89450_Ebook.pdf. Acesso em: 10 jun 2013.

VENTURA, Carla Arena. Da Negociação à Formação dos Contratos Internacionais do Comércio: Especificidades do Contrato de Compra e Venda Internacional. **Revista Eletrônica de Direito Internacional**, Belo Horizonte, v. 6, n. , p.91-121, 2010. Disponível em: . Acesso em: 02 mar. 2013.

VIDO, Elisabete. **Manual de Direito Empresarial.** Salvador: Juspodium, 2012.

NOTAS:

[1] Vale salientar que, por motivos de interpretação extensiva, não é possível estabelecer uma estrita restrição do e-commerce aos computadores e ao ambiente da internet, haja vista a possibilidade de exclusão dos consumos realizados através de um meio que não seja o computador, sejam estes atuais ou futuros, como, por exemplo, as negociações realizadas pelas empresas de televisão por assinatura e os outros modos de consumo que a tecnologia inova a cada dia. Portanto, ao mencionar a transmissão e o

recebimento de dados por via eletrônica, o autor abarca todas as modernas tecnologias que envolvem a cibernética, através da informática ou das comunicações.

[2] O título do estabelecimento, nome fantasia ou insígnia é o sinal diferenciado que o empresário individual ou a sociedade empresária colocam na fachada ou letreiro de seu estabelecimento. Algumas vezes o título do estabelecimento é um resumo do nome empresarial ou até mesmo uma marca registrada [...]. (VIDO, 2012, p.64).

[3] “[...] aplicativo gratuito para *smartphones*, para tirar fotos, escolher filtros e compartilhar o resultado nas redes sociais. Além dos efeitos, é possível seguir outros usuários no próprio Instagram para visualizar, curtir e comentar nas imagens postadas”. (Disponível em: www.techtudo.com.br. Acesso em 07 de junho de 2012)

[4] “Artigo 15 – Tempo e lugar da expedição e recebimento de mensagens eletrônicas [...] Salvo acordado de maneira diferente entre remetente e destinatário, uma mensagem de dados é considerada expedida e recebida no local onde o remetente e destinatário têm seus estabelecimentos. Caso haja mais de um estabelecimento, o local a ser considerado será o que guarde relação mais estreita com o objeto do negócio, ou o estabelecimento principal. Caso o remetente e o destinatário não possuam um estabelecimento, será reputado como local a sua residência habitual.” (Tradução livre).

[5] “[...] que pode ser conceituado simplesmente como o contrato onde um dos pactuantes predetermina (ou seja, impõe) as cláusulas do negócio jurídico. Trata-se de um fenômeno típico das sociedades de consumo, que não mais prescindem, por inegáveis razões econômicas, das técnicas de contratação em massa” (GAGLIANO, 2008, p. 121).

[6] Entende a Lei 12.995/2014 que o *marketing* direcionado a público é uma atuação extraterritorial da empresa, portanto, se a finalidade é o público brasileiro, a lei brasileira deve regulamentar a relação de consumo. Contudo, vale salientar que o simples fato de, v.g., existir o texto em português para caracterizar tal oferta,

pois a tradução surge mais como um exemplo de avanço globalizado do que de um *marketing* propriamente dito.

A CONCILIAÇÃO E A MEDIAÇÃO À LUZ DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL VIGENTE

VITOR LENINE DE SOUZA CHAGAS: Advogado. Pós-graduado em Direito Civil em Direito Administrativo e em Processo Civil, MBA em Gestão Financeira Controladoria e Auditoria pela FGV.

RESUMO: O presente estudo tem por objetivo demonstrar a nova tônica do processo civil moderno, que é a inserção da cultura do diálogo na relevante missão de apaziguar os conflitos. Nesse passo, as partes são convidadas pelo conciliador ou mediador para serem protagonistas da resolução de seus conflitos sem necessitar de uma decisão judicial apegada ao formalismo e à letra fria da lei. Como é de sabença, uma sentença judicial poderá não apontar vencedores ou perdedores, não prover completamente as ambições da cada jurisdicionado, além de possivelmente não restaurar o respeito ou a amistosidade entre as partes. O Código de Processo Civil em vigor abriga mecanismos modernos de solução pacífica de conflitos. Destarte, todo o esforço do legislador ordinário tem por escopo efetivar o acesso à justiça, com vistas a conceder às partes uma prestação jurisdicional mais célere, econômica, eficaz, e a reconstrução dos laços entre aqueles que se encontram litigando momentaneamente. Por fim, além das benesses apontadas, pode ser afirmado que a conciliação e a mediação foram elevadas a *status* de norma fundamental para solucionar a problemática do congestionamento processual no poder judiciário brasileiro.

Palavras-chave: Conciliação. Mediação.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO; 2 REFLEXOS JURÍDICOS SOBRE A NOVA TÔNICA DA CONCILIAÇÃO E DA MEDIAÇÃO À LUZ DO CPC VIGENTE, 2.1 Dos procedimentos para a contratação de conciliadores e mediadores, 2.2 Estudo da conciliação, 2.3 Estudo da mediação; CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

As inovações legislativas têm por finalidade promover a evolução do direito para que seus regramentos continuem a atender aos melhores interesses legitimados no projeto de sociedade esposado na Constituição Federal de 1988. Nesse passo, é oportuno mencionar que uma constituição é formada a partir da união de vozes de seu povo, que busca a imposição da organização e da justiça como meio para tornar harmônica e pacífica a convivência entre os jurisdicionados.

Nessa perspectiva, o Código de Processo Civil atual reapresenta a conciliação e a mediação, dessa vez com *status* de norma fundamental. O legislador ordinário ambiciona inovar a cultura social que prezava pela beligerância para colher os bons frutos derivados da inserção da pacificação e da fraternidade durante a convivência coletiva.

Bom é afirmar que uma sociedade fraterna, nos termos do preâmbulo da Magna Carta de 1988, não significa que não haja problemas, tendo em vista que conflitos sempre existirão. A principal tarefa imposta pelo novo CPC é convidar a sociedade, juntamente com o Estado-Juiz, para melhor administrar os conflitos emergidos. A impossibilidade de conciliar ou mediar traz consigo a necessidade de imposição de regras do Estado-Juiz sobre a vontade das partes.

No mais, é válido refletir sobre as diretrizes dessa mudança legislativa fincada no arcabouço constitucional, visto que conciliar e mediar relações sociais são necessidades de organização da vida humana. Assim, o objetivo do presente estudo é demonstrar que a conciliação e a mediação não têm por desígnios exaurir conflitos sem respostas jurídicas, sobremais porque a adoção dessas medidas alternativas de solução de conflitos tem por finalidade reduzir as demandas judiciais e tornar o acesso à justiça célere, econômico e eficaz.

Para tanto, serão alvos de reflexão a conciliação e a mediação à luz do CPC vigente, os procedimentos de contratação e profissionalização de conciliadores e mediadores, e a utilização de plataformas virtuais. Enfim, o tema explorado faz partes dos principais debates acadêmicos modernos e é merecer de especial atenção tanto pela comunidade jurídica quanto pelas demais áreas da sociedade.

2 REFLEXOS JURÍDICOS SOBRE A NOVA TÔNICA DA CONCILIAÇÃO E DA MEDIAÇÃO À LUZ DO CPC VIGENTE

O direito é um instrumento dotado de força normativa que tem por fito fazer cessar a inquietação, ou seja, acalmar as angústias que abalam o cidadão submetido ao contrato social imposto por uma organização centralizada na figura ficta estatal.

Essa ideia inicial pertence ao filósofo Hans Kelsen e pode ser averiguada a partir da leitura de suas lições sobre a teoria da norma fundamental, a qual estabelece regramentos para legitimar a incidência do direito na vida em coletividade. Em geral, os conflitos humanos surgem a partir da convivência coletiva, daí a necessidade de inovar o ordenamento jurídico para adequá-lo às normas da realidade contemporânea.

Nesse contexto, torna-se imperioso responder ao questionamento a seguir: ‘o que é justiça?’. Em que pese a resposta não ser simples, o Ministro do Supremo Tribunal Federal Luiz Fux^[1], em seu discurso durante a comemoração dos 25 (vinte e cinco) anos da Constituição Federal de 1988, no ano de 2013, entendeu a seguinte opinião: “justiça não é aquilo que se aprende, é aquilo que se sente”.

Nas lições de Hans Kelsen, em que é marcante a busca por um ideal de justiça, pode ser lido que: “a justiça tem que ser sempre perseguida na medida em que ela é um instrumento das pessoas que vivem e a esperança daqueles que tentam viver”.

No presente, o Brasil encontra-se em meio ao caos judiciário, uma vez que os magistrados não conseguem julgar em tempo hábil as demandas que chegam ao seu conhecimento. Nesse contexto, é válido lembrar que o último lugar que a pessoa aflita tem a bater é às portas do poder judiciário, o qual atualmente não tem condições de atender à sua real missão de realizar a justiça, ‘dando a cada um o que é seu’, dinâmica necessária à manutenção da ordem jurídica e da paz social.

O cumprimento da tarefa de fazer justiça nem sempre atende aos interesses das partes que compõe uma lide, pois poderá não haver ganhadores. O magistrado realiza seu julgamento de forma imparcial, a partir de seu livre convencimento e fundamentação positivada.

É fundamental ressaltar que existem casos em que as partes não demonstram interesse em encerrar o conflito. A cultura bélica incrustada no seio da sociedade brasileira demonstra que a vaidade humana ou o desejo de vingança, por vezes, se sobrepõem à vontade de experimentar a sensação de justiça.

Hodiernamente, mais que encerrar processos e reduzir o exacerbado número de demandas, o poder judiciário tem por missão inovar comportamentos, de forma a exaurir uma cultura bélica para resgatar bons valores: respeito, fraternidade, solidariedade, tolerância, entre outros indispensáveis ao bem viver.

Os bons valores apontados são pretensões do legislador constitucional descritas no preâmbulo da Carta Política de 1988, que, embora não tenham força normativa, servem de inspiração para a interpretação das demais normas que compõem o ordenamento jurídico pátrio.

Convidar as partes para serem protagonistas da resolução de seus conflitos escamoteia a violência real, gera a possibilidade de inserção da tolerância e da solidariedade na relação abalada pelo conflito, além de possibilitar a restauração do respeito necessário à boa convivência social.

Considerando essas benesses, o legislador ordinário propôs uma mudança de paradigmas na recente norma instrumental do processo civil, fazendo com que o Estado-Juiz também avoque a possibilidade de solucionar conflitos de forma consensual. No Código de Processo Civil atual, a resolução pacífica de conflitos é proposta como norma fundamental, nos termos de seu artigo 3º. Observe-se:

Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§ 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.

§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

O dispositivo legal referido visa construir o compromisso de todos os operadores do direito, retirando a exclusividade da solução do conflito da competência do Estado-Juiz. Assim, advogados, promotores de justiça, juízes, defensores públicos e demais operadores do direito devem prezar pelo encerramento prematuro de lides por intermédio da composição.

As partes são as pessoas mais indicadas para acordar sobre as melhores condições para o resgate do respeito por meio da realização da justiça. Em razão disso, é indispensável promover encontros com diálogos com a finalidade de desjudicializar parte dos conflitos. O Juiz deve se debruçar sobre as lides mais complexas, ou seja, aquelas em que seja indispensável substituir a vontade das partes pela resposta estatal.

A elevação dos meios de solução pacífica de conflitos ao *status* de norma fundamental traz consigo a incumbência de defesa da cidadania e da orientação jurídica dos cidadãos, isto é, fazer com que o direito gere seus efeitos na vida real ou, se preferir, no plano fático.

O direito muda de paradigma no sentido de fazer a transmutação de uma norma positivada fincada no binômio das categorias jurídicas 'liberdade e igualdade' para acrescer o terceiro ideário entoadado no século XVIII (o século das luzes) durante a Revolução Francesa, que é a fraternidade e/ou a solidariedade. Não se pode olvidar que a singela e relevante redação do preâmbulo constitucional abriga em seu bojo o princípio iluminista da fraternidade. Veja-se:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

O preâmbulo magno resgatou a importância da leitura das normas ordinárias à luz da Constituição Federal de 1988, fazendo emergir no Brasil o fenômeno jurídico norte-americano do neoconstitucionalismo. Segundo Queiroz (1990, p, 47), a leitura moral do direito perpassa pelos normativos constitucionais, *in verbis*: “A constituição ‘íntegra’ e ‘refere’ detentores ou destinatários do poder numa unidade fática e normativa que lhes impõe, irresistivelmente, como algo superior”. Dessa forma, a aplicabilidade da lei exige observância aos fins sociais a que sua criação se destina, e o objetivo maior para legitimar a atividade estatal é justamente a realização da justiça.

Os ideais de justiça parecem ter perdido o sentido diante de uma sociedade tão bélica, a qual busca o poder judiciário para solucionar qualquer tipo de conflito. Aqui não se quer criticar o princípio da inafastabilidade da jurisdição; todavia, explicar que o labor dos juízes togados, por maior que seja o esmero, não alcança a exacerbada demanda moderna de aproximadamente 107.000.000,00 (cento e sete milhões) de processos em tramitação, somente sendo possível a análise, em média, de apenas 27% (vinte e sete por cento) de casos novos e do acervo preexistente.

A estatística judiciária oficial é fruto de pesquisas realizadas pelo Conselho Nacional de Justiça e estão disponibilizados em seu sítio

eletrônico oficial, no 'Relatório Justiça em Números', para os interessados. O relatório apontado tem o intuito de efetivar o princípio constitucional da publicidade e levar informações aos cidadãos de forma ampla e transparente.

O número de processos em tramitação chama a atenção das autoridades judiciárias e legislativas para a necessidade de implementação de políticas de atenção prioritária ao juízo de primeiro grau, onde está concentrada a maior parte de ações judiciais, bem como possibilita a redução de demandas por meio da utilização de mecanismos alternativos de resolução de conflitos.

A conciliação e a mediação são medidas que auxiliam o poder judiciário a cumprir os ideários de justiça propostos na Lei Fundamental de 1988. Destarte, os jurisdicionados continuam a ter seu direito de ação disponível, todavia com maior efetividade. Nas lições de Tavares (2012, p. 734), isso significa que:

A garantia constitucional da ação não assegura o mero direito ao processo, mas o direito ao processo *justo*, dentro do qual está compreendido o direito à prova, com o reconhecimento da possibilidade de fazer admitir e experimentar todos os meios probatórios permitidos pelo sistema, desde que relevantes para a demonstração dos fatos que servem de fundamento para a pretensão.

Diante desse quadro, pode ser afirmado que a sociedade brasileira deve urgentemente primar pelo diálogo como solução para a dissolução imediata de seus conflitos. Na hipótese de continuidade da beligerância, certamente o poder judiciário não conseguirá transcender o caos instaurado pela lentidão e ineficácia da marcha processual. Por consequência, os jurisdicionados não obterão a resposta judicial que tanto buscam.

Para Kelsen, o direito é uma ficção construída pela realidade, a partir da norma fundamental, sem desconhecer a teoria dos valores. A

busca pela harmonia nas relações social se fazia presente no Código de Processo Civil de 1973; no entanto, não dispunha de *status* de norma fundamental na busca de solucionar conflitos pela via consensual. Essa possibilidade não significa reduzir o poder estatal, mas construir, através da paridade de armas, a possibilidade de diálogo entre as partes para promover soluções de lides de forma mais justa, célere, econômica e eficaz.

O consenso busca exaurir o conflito e fazer com que a conciliação e a mediação cumpram a finalidade maior de auxiliar o poder judiciário a preservar a harmonia e a paz social.

O conciliador e o mediador perderam a características de 'mansidão' porque, desde a vigência do novo CPC, esses profissionais devem ser capacitados e submetidos a rotineiros cursos de aprimoramentos ofertados pelos tribunais estaduais e pelo Conselho Nacional de Justiça. Esses profissionais devem ainda ser detentores de conhecimentos que envolvem desde a psicologia jurídica até as técnicas de negociação, tendo como balizas os limites estabelecidos em lei.

Os meio alternativos de composição de conflitos não se propõem a enfraquecer a autoridade estatal. Nesse esteio, o novo CPC reafirma a instrumentalidade das formas e a necessidade dos magistrados gerirem os processos de suas competências para otimizar as decisões judiciais a partir do debate entre a teoria da decisão e a argumentação jurídica adequada. Nada obstante, todo esse esforço pode ser ineficaz na realização da mais lúdima justiça, que vai além de 'dar a cada um é seu', se a amistosidade das relações forem abaladas pela instauração do conflito.

No plano constitucional, o direito de acessar a justiça deve ser exercido sem que haja empecilhos ordinários que violem garantias constitucionais. Nesse contexto, é válido mencionar as ondas do professor Mauro Cappelletti, a saber: acesso à justiça pelo exercício do direito de ação; coletivização do direito e do processo, com as demandas de massa; e soluções alternativas de conflitos.

O princípio constitucional da legalidade garante que todo cidadão deve ter garantido o direito de livre acesso à justiça ou ao poder judiciário. Sobre o tema, Moraes (2016, p. 1433) ensina que:

O princípio da legalidade é basilar na existência do Estado de Direito, determinando a Constituição Federal sua garantia, sempre que houver violação do direito, mediante lesão ou ameaça (art. 5º, XXXV). Dessa forma, será chamado a intervir o Poder Judiciário, que, no exercício da jurisdição, deverá aplicar o direito ao caso concreto.

Esse viés de pensamento é corroborado por Nery Junior (2009, p. 152), que, em sua obra ‘Princípios do processo civil na Constituição Federal’, defende que: “podemos verificar que o direito de ação é um direito cívico e abstrato, vale dizer, é um direito subjetivo à sentença *tout court*, seja essa de acolhimento ou de rejeição da pretensão, desde que preenchidas as condições da ação”.

Alguns juristas criticam o termo ‘alternativas’, uma vez que desde a vigência do CPC se trata de um imperativo normativo; logo, não é cabível alternância onde se tem normatização de *status* fundamental. A sociedade deve retomar o diálogo em detrimento da judicialização das relações sociais na era contemporânea.

Os ambientes de conciliação e mediação devem ser formalizados, mas com clara distinção das salas de audiências acopladas a secretarias de varas ou cartórios. Por isso, no novo CPC tem-se a determinação de criação de centrais de conciliação e mediação destinadas a promover a pacificação de conflitos judicializados ou não. Nesse passo, a conciliação e a mediação também poderão ser realizadas na fase pré-processual, evitando-se a judicialização de conflitos. Os trabalhos dos conciliadores e mediadores poderão abranger várias áreas jurídicas: cível, consumidor etc.

Em relação ao direito do trabalho, tem-se o destaque para a impossibilidade de submissão obrigatória dos conflitos às comissões de conciliação prévia. Esse posicionamento foi esposado pelos ministros do Supremo Tribunal Federal na oportunidade dos julgados oriundos das Ações Direitas de Inconstitucionalidade nº 2.139 e nº 2.160.

Para não haver interpretação deturpada sobre a importância da conciliação e da mediação, deve ser rememorado que em relação ao direito do trabalho o CPC vigente detém aplicabilidade subsidiária, situação diferenciada de sua prevalência na justiça comum. A ausência de intervenção estatal direta na dissolução de lides aparenta legalidade em razão de ser a solução, possivelmente, mais benéfica para as partes, além da autocomposição ser um meio de solução de conflitos mais desejável do que uma decisão judicial apegada à letra fria da lei.

O princípio da inafastabilidade da jurisdição expresso no rol de direitos fundamentais da Constituição Federal de 1988, mais precisamente em seu artigo 5º, inciso XXXV, aduz que: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Assim, a conciliação e a mediação estão normatizadas, mas é possível renunciar à adesão desse tipo de audiência sem imposição de burocracias inerentes à praxis legislativa. Nesse toada intelectual, pode ser mencionado o que leciona Barros *apud* Silva Pereira (2016, p. 132):

A renúncia é um instituto jurídico que se encontra presente desde o Direito Romano, nas Instituições de Gaius e Digesto. É conceituada pelos civilistas como a abdicação que o titular faz do seu direito, sem transferi-lo a quem quer que seja. É o abandono voluntário do direito.

Embora o CPC tenha retirado os instrumentos de conciliação e mediação da parca valoração do favor judicial, profissionalizar tais práticas com a criação de centrais é cogitar a criação de uma nova carreira jurídica para suprir essa necessidade. Porém, todo esse esforço poderá não solucionar o problema caso a conciliação e a mediação não sejam verdadeiramente incrustadas no tecido social de massas por meio do

estabelecimento preferencial do diálogo em momento anterior à instauração do conflito.

A conciliação e a mediação devem fazer parte da cultura de massas, ou seja, de movimentos e organizações sociais. Demais disso, para os conflitos judicializados, nada impede que o magistrado, no momento da audiência de instrução e julgamento, mais uma vez, proponha a conciliação ou a mediação entre as partes. A conciliação realizada pelo magistrado é válida tanto quanto a feita pelo conciliador, visto que o CPC apenas muda o paradigma para especializar a conciliação e a mediação como entes da judicialização do conflito.

A determinação da criação do conciliador e do mediador como profissionais capacitados retira da figura do juiz a pesada crítica de outrora de que o juiz conciliador era o mesmo julgador. Dessa forma, o juiz que tomar conhecimento de situações íntimas e sigilosas sobre as partes não mais faria uso disso na busca da verdade formal e não mais receberia influências na formação de seu livre convencimento motivado no momento de julgar a causa.

Não cabe aqui uma reflexão filosófica sobre o limite da mediação no processo judicial, mas, foi por isso que o novo CPC trouxe o apartamento das sessões de conciliação e de mediação, bem como do que é descrito desses termos de conhecimentos do juiz natural do feito.

O trabalho de conciliadores e mediadores é de suma importância para reduzir o tempo de tramitação de feitos, inclusive estes poderão fazer uso de recursos, como plataformas digitais ou virtuais, para dirimir os conflitos de forma mais célere e com custos reduzidos, na forma autorizada pelo CPC.

Certamente, o uso de plataformas digitais será eficaz para os jurisdicionados que não dispõem de tempo e não têm condições de suportar os gastos necessários ao acesso à justiça. Para ter acesso a esse tipo de processamento, basta apenas um computador com acesso à internet e a participação de um advogado para que sejam identificadas as

partes, explicados os fatos, apontados os direitos, apresentadas as provas e feitos os pedidos.

A conciliação e a mediação digitais são mais utilizadas em matérias de massas, a exemplo de demandas envolvendo direito do consumidor. Por ser ainda bem recente, pode ser que esse tipo de solução pacífica de conflitos demore a ser aprendida pela população. Entretanto, é preciso conscientizar a sociedade de que a conciliação e a mediação são meios importantíssimos para descongestionar a atividade judiciária, além de serem alternativas rápidas e econômicas para solucionar conflitos.

É também oportuno ponderar que, para as conciliações e mediações digitais lograrem êxito, é necessário contar com a adesão de empresas previamente cadastradas em plataformas digitais para que recebam as demandas propostas contra si.

Nesse contexto, o legislador ordinário demonstra preocupação em adequar a atividade jurisdicional à modernidade, colocando a tecnologia a serviço da sociedade e pluralizando as formas de conceder maior segurança, economia, celeridade e eficácia à justiça buscada por todos aqueles que se reportam ao poder judiciário.

A massificação dos procedimentos de abreviação de trâmite processual é essencial para promover o acesso à justiça. A mediação e a conciliação têm por finalidade fazer com que a sociedade compreenda que o vocábulo 'justiça' vai muito além da arte de julgar, com o imperioso respeito à máxima que afirma: "o direito de um termina quando inicia o direito de outro".

Os cidadãos devem ser instruídos sobre a importância da valoração dos mecanismos alternativos de solução de conflitos. A educação, como dever constitucional atribuído ao Estado, também poderá auxiliar na feitura da justiça. Tratando sobre os objetivos do Estado, Aristóteles, em sua memorável obra 'A Política', escreveu a seguinte lição: "a missão do Estado é fazer dos cidadãos amigos".

Nesse esteio, recuperar a paz social por meio do diálogo parece ser a forma mais adequada, célere, econômica e eficaz de se conseguir a tão almejada justiça. Em manifesto sobre a necessidade de se acelerar a marcha processual no Brasil, o Ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ) Francisco Falcão (2017, *on line*) manifestou-se: “a celeridade processual é uma cobrança da sociedade e dos próprios magistrados”.

Destarte, reduzir a morosidade processual é uma tarefa complexa, mas possível. Para tanto, o legislador ordinário vem cumprindo o dever de inovar o ordenamento jurídico; além do CNJ capitanear reiteradas campanhas pela celeridade processual em todas as áreas, com a realização de mutirões. Os alarmantes índices de emperramento processual em todas as instâncias judiciais demonstra que, mais do que alterar o ordenamento jurídico pátrio, é essencial que seja reciclada a forma de educar os cidadãos brasileiros desde a tenra infância para que as novas gerações tragam um novo comportamento que realiza a troca da cultura da beligerância pelo diálogo.

Em razão de o CPC ainda ter vigência recente, o poder judiciário ainda se encontra em fase de adaptação. Ainda é preciso que os tribunais criem um portal da transparência para demonstrar que os números de resolução de contendas foram obtidos pelos mecanismos consensuais de conflito. Dessa forma, a sociedade passará a ter consciência de que conciliar e mediar são importantes meios para atingir suas finalidades.

2.1 Dos procedimentos para a contratação de conciliadores e mediadores

Hodiernamente, a conciliação e a mediação são consideradas meios democráticos, pluralistas, econômicos e céleres de acesso à justiça. Os conciliadores e mediadores são profissionais especializados que têm por função incentivar a reflexão das partes sobre o problema levado ao conhecimento do judiciário e auxiliá-las na construção de soluções mais adequadas

do que a simples substituição de suas vontades pelo veredicto do Estado-Juiz.

A análise da situação por parte de um terceiro imparcial possibilita a substituição de emoções que conduzirá a formação da lide pela razão necessária ao seu desfazimento. O conflito, em geral, faz emergir o sofrimento, a angústia, a ansiedade e outras sensações nocivas às relações sociais.

Acordar significa que as partes deverão se despir de sentimentos como raiva, vaidade e arrogância para abrir mão de alguns de seus interesses pessoais em nome da abreviação do tempo de trâmite da demanda judicial, que, além de demorar, poderá resultar em uma sentença apegada à letra fria da lei e que não seja interessante para nenhum dos envolvidos.

Acessar a justiça também significa exercer alguns dos direitos sociais destacados no preâmbulo constitucional: liberdade, segurança, bem-estar, desenvolvimento, igualdade, solidariedade, os quais figuram como valores supremos da sociedade pluralista em que se vive na busca pela solução pacífica de controvérsias.

Em relação à resolução das demandas, os tribunais de justiça devem criar centros judiciários de solução de conflitos e de cidadania, nos termos determinados pelo CNJ e pelo Código de Processo Civil vigente:

Art. 8º Os tribunais deverão criar os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (Centros ou Cejuscs), unidades do Poder Judiciário, preferencialmente, responsáveis pela realização ou gestão das sessões e audiências de conciliação e mediação que estejam a cargo de conciliadores e mediadores, bem como pelo atendimento e orientação ao cidadão.

[...]

§ 9º Para efeito de estatística referida no art. 167, § 4º, do Novo Código de Processo Civil, os tribunais disponibilizarão às partes a opção de avaliar Câmaras, conciliadores e mediadores, segundo parâmetros estabelecidos pelo Comitê Gestor da Conciliação. (BRASIL, *online*, 2017).

As Câmaras Privadas de Conciliação e Mediação devem funcionar de forma a efetivar as regras prelecionadas no artigo 12 e seguintes da Resolução nº 125 do CNJ. Note-se:

Art. 12-C. As Câmaras Privadas de Conciliação e Mediação ou órgãos semelhantes, bem como seus mediadores e conciliadores, para que possam realizar sessões de mediação ou conciliação incidentes a processo judicial, devem ser cadastradas no tribunal respectivo (art.167 do Novo Código de Processo Civil) ou no Cadastro Nacional de Mediadores Judiciais e Conciliadores, ficando sujeitas aos termos desta Resolução.

Parágrafo único. O cadastramento é facultativo para realização de sessões de mediação ou conciliação pré-processuais.

Art. 12-D. Os tribunais determinarão o percentual de audiências não remuneradas que deverão ser suportadas pelas Câmaras Privadas de Conciliação e Mediação, com o fim de atender aos processos em que foi deferida a gratuidade da justiça, como contrapartida de seu credenciamento (art.169, § 2º, do Novo Código de Processo Civil), respeitados os parâmetros definidos pela Comissão Permanente de Acesso à Justiça e Cidadania ad referendum do plenário.

Art. 12-E. As Câmaras Privadas de Mediação e Conciliação e os demais órgãos cadastrados ficam sujeitos à avaliação prevista no art. 8º, § 9º, desta Resolução.

Parágrafo único. A avaliação deverá refletir a média aritmética de todos os mediadores e conciliadores avaliados, inclusive daqueles que atuaram voluntariamente, nos termos do art. 169, § 2º, do Novo Código de Processo Civil.

Art. 12-F. Fica vedado o uso de brasão e demais signos da República Federativa do Brasil pelos órgãos referidos nesta Seção, bem como a denominação de "tribunal" ou expressão semelhante para a entidade e a de "Juiz" ou equivalente para seus membros. (BRASIL, *online*, 2016).

A qualificação dos profissionais que trabalham na mediação e na conciliação é essencial para que haja êxito na eliminação do conflito de forma imediata.

Existem distinções entre a audiência de conciliação e de mediação. A conciliação tem condão educativo, tendo em vista que o conciliador esclarece as partes sobre as consequências da continuidade da demanda de forma litigiosa e das benesses de um eventual acordo. Em geral, a conciliação é utilizada em demandas cíveis, salvo em ações de família, onde preferencialmente se faz uso da mediação familiar. A conciliação incentiva a criação de uma cultura de paz entre as partes, resgatando, quando possível, uma relação respeitosa, além da composição amigável.

A criação das câmaras privadas deve atender às exigências impostas no momento da inscrição dos interessados no Núcleo de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos junto ao poder judiciário. Os conciliadores e mediadores dessas câmaras devem ser capacitados previamente por cursos ofertados pelos

tribunais de justiça estaduais. No caso das câmaras privadas, os profissionais atuantes são remunerados pelas partes conflitantes.

O chamamento desses profissionais é feito por editais para a formação de novos conciliadores e mediadores. As aulas são teóricas, a matéria é voltada para a compreensão de como incentivar as partes a construir a solução para as contendas. Os participantes dos cursos recebem instruções por meio de aulas presenciais e não presenciais para que compreendam matérias relacionadas à teoria da comunicação, cultura de paz, negociação, psicologia jurídica, ética, práticas conciliatórias e de mediação, entre outras.

Encerradas as aulas, os alunos serão submetidos a estágios para treinarem como devem atuar diretamente em procedimentos judiciais e extrajudiciais de solução pacífica das lides. O Código de Processo Civil regulamenta em seu artigo 165 os procedimentos necessários para criar centros judiciários de solução consensual de solução de conflitos, *ipsis litteris*:

Art. 165. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

§ 1º A composição e a organização dos centros serão definidas pelo respectivo tribunal, observadas as normas do Conselho Nacional de Justiça.

§ 2º O conciliador, que atuará preferencialmente nos casos em que não houver vínculo anterior entre as partes, poderá sugerir soluções para o litígio, sendo vedada a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.

§ 3º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos. (BRASIL, *online*, 2017).

Os conciliadores e mediadores devem trabalhar circundados pelos princípios da independência, autonomia da vontade, confidencialidade, imparcialidade, oralidade e decisão informada, conforme reza o artigo 166 do Código de Processo Civil vigente. Sales (2010, p. 69) estuda o mediador explicando suas competências:

O mediador é aquela terceira pessoa escolhida ou aceita pelas partes que, com técnicas próprias, facilita a comunicação, possibilitando um diálogo pacífico e um acordo satisfatório. O mediador é o condutor da mediação de conflitos – terceiro imparcial que auxilia o diálogo entre as partes com o intuito de transformar o impasse apresentado, diminuindo a hostilidade, possibilitando que as próprias partes encontrem uma solução satisfatória para o conflito. Deve o mediador ser capaz de entender o conflito, ser paciente, inteligente, criativo, confiável, humilde, objetivo, hábil na comunicação e imparcial com relação ao processo e ao resultado.

O trabalho a ser executado nas câmaras de conciliação deve ser desenvolvido de forma imparcial, sigilosa e dotado de extrema discrição para a realização da justiça. As técnicas de mediação podem ser utilizadas em áreas jurídicas plurais: consumidor, familiar, empresarial; desde que as partes demonstrem interesse em por fim ao conflito.

2.2 Estudo da conciliação

A conciliação é um mecanismo de pacificação apto a auxiliar a celeridade processual no que toca ao encerramento prematuro de lides. De forma a disseminar a informação e tornar o acesso à conciliação mais democrático, o CNJ criou cartilhas para explicar o funcionamento desse tipo de ato, com destaque para seus principais benefícios. Leia-se o que traz o guia virtual de conciliação e mediação:

A restauração da paz social, os baixos custos, a curta duração da pendência, o grande número de casos e a obtenção de soluções eficientes são os principais motivadores desta política, a qual não confronta nem exclui o sistema da “jurisdição tradicional”, que se vale do processo e da sentença para dirimir contendas, posto que os meios mais adequados são auxiliares das vias judiciais, guardada a premissa de que o enfrentamento de conflitos singelos deve ser promovido com métodos igualmente singelos. (CNJ, *online*, 2017).

As técnicas de conciliação demonstram o ativismo, a responsabilidade institucional e o dinamismo do poder judiciário para conceder celeridade às prestações judiciais pretendidas. Para Sales (2010, p. 81), é preciso instaurar mais do que a conciliação, é preciso introduzir uma cultura de paz na sociedade, pois: “O conflito pode ser entendido como luta, briga, transtorno e dor, levando o ser humano a repudiar esse momento”.

A aceitação de um acordo, independente de ser em ambiência pública ou privada, passa a contar com a adesão das partes. O conflito não impõe posição de conforto a nenhuma delas. Enquanto as lides não são decididas, não há meios para garantir que irá haver ganhadores e perdedores. Por vezes, as decisões judiciais frustram as expectativas de todas as partes do processo. O entendimento do magistrado, fundado na lei, pode divergir das argumentações apresentadas tanto pelo requerente quanto pelo requerido.

A implementação de uma cultura de paz, certamente, fomentará um novo pensamento no seio social, e não se pode negar que a paz é uma condição para a promoção de aspirações previstas no preâmbulo constitucional, a exemplo do desenvolvimento de uma sociedade fraterna e justa. Nas palavras de Canotilho (2009, p. 07), pode ser lido que: “O Estado é um instrumento razoável para garantir não apenas as liberdades fundamentais, a ordem e a segurança, mas também o desenvolvimento social”.

Ante as motivações esposadas, o ordenamento jurídico tende, cada vez mais, a abrigar normas com o fito de diminuir e até mesmo encerrar os conflitos sociais. Nesse passo, o fomento de movimentos pela conciliação é fundamental para ensinar à população a importância de desenvolver relações amistosas e solucionar conflitos através de diálogos respeitosos e pacíficos.

O código de processo civil vigente, em seu artigo 3º, §3º, determina que o poder judiciário deva analisar ameaça ou lesão a direito preferencialmente por meio de conciliação e mediação. Observe-se: “A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial”.

O poder judiciário valora a tentativa de conciliação como medida inafastável; em vista disso, caso a parte interessada falte a esse tipo de audiência, será considerado ato atentatório à dignidade da justiça, o que poderá ocasionar sanção de natureza pecuniária.

A falta injustificada da parte à audiência de conciliação é passível de aplicação da multa, que poderá sofrer variação de até 2% (dois por cento) do valor da causa revertido em favor da União ou do Estado, nos termos do artigo 334, §8º, do CPC:

Art. 334. Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz

designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.

[...]

§ 8º O não comparecimento injustificado do autor ou do réu à audiência de conciliação é considerado ato atentatório à dignidade da justiça e será sancionado com multa e até dois por cento da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União ou do Estado. (BRASIL, *online*, 2017).

A falta à audiência de conciliação somente dispensará a aplicação de sanção quando a parte for pobre na forma da lei, bem como as representadas pela Defensoria Pública.

2.3 Estudo da mediação

Embora a mediação tenha legislação específica (Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015) e trate entre particulares por meio da autocomposição, é preciso reconhecer que suas pretensões são dotadas dos mesmos fins que a conciliação.

De forma similar à conciliação, a mediação de conflitos se impõe como um meio de acesso à justiça mais célere em razão da possibilidade do encerramento da animosidade e do início de consenso entre as partes, principalmente no que toca a demandas relacionadas a direito de família.

Na obra de Alves (2015, p. 211), é possível compreender o que é heterocomposição: “Na sociedade moderna e contemporânea, a heterocomposição instalou-se como mecanismo oficial de solução de conflitos, função precípua do Poder Judiciário”. Assim, incentivar a

mediação para solucionar os litígios deve ser considerado uma função acessória ao poder judiciário, na forma ensinada por Alencar (2004, p. 28):

É importante destacar que a mediação de conflitos não existe para substituir o Poder Judiciário nem para com este concorrer. A Constituição Federal resguarda o direito ao princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional, por meio do qual determina que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (CF, at. 5º. XXXV). Deste dispositivo subentendesse que o cidadão poderá sem qualquer obstáculo procurar o Poder Judiciário para a resolução de seu litígio.

A mediação não fragiliza e nem usurpa as competências titularizadas pelo poder judiciário, porque, segundo Canotilho (2009, p. 07): “O Estado ainda tem força suficiente para promover os instrumentos fundamentais de proteção aos seus cidadãos”.

A mediação deve incentivar as células familiares a alçar novos estágios civilizatórios. Assim, os mediadores familiares recebem uma formação diferenciada, onde aprendem a lidar com angústias e aspirações das partes. O mediador familiar deve partir do princípio que as partes que litigam guardam um laço mais profundo, não são inimigos e apenas se encontram em lados opostos em relação à certa situação geradora de animosidade.

O mediador familiar recebe formação voltada para a compreensão de questões específicas envolvendo situações litigiosas mais recorrentes nessa área, por exemplo, divórcio, fixação de verbas alimentares, guarda de filhos menores ou incapazes, tutela, curatela, alienação parental, doações, direitos sucessórios, entre outros. Na área da família, o CNJ preleciona que a mediação deve ser definida na forma que segue:

A mediação de família pode ser definida como um processo autocompositivo segundo o qual as

partes em disputa são auxiliadas por um terceiro neutro ao conflito, ou um painel de pessoas, sem interesse na causa, para auxiliá-las a chegar a uma composição dentro de conflitos característicos de dinâmicas familiares e, assim estabilizarem, de forma mais eficiente, um sistema familiar. (CNJ, *online*, 2017).

A mediação auxilia na efetivação do direito fundamental de razoável duração do processo, sendo comum que as pessoas a confundam com a conciliação. De modo a esclarecer esses instrumentos processuais, o CNJ explica que:

A Mediação é uma forma de solução de conflitos na qual uma terceira pessoa, neutra e imparcial, facilita o diálogo entre as partes, para que elas construam, com autonomia e solidariedade, a melhor solução para o problema. Em regra, é utilizada em conflitos multidimensionais, ou complexos. A Mediação é um procedimento estruturado, não tem um prazo definido, e pode terminar ou não em acordo, pois as partes têm autonomia para buscar soluções que compatibilizem seus interesses e necessidades. A conciliação é um método utilizado em conflitos mais simples, ou restritos, no qual o terceiro facilitador pode adotar uma posição mais ativa, porém neutra com relação ao conflito e imparcial. É um processo consensual breve, que busca uma efetiva harmonização social e a restauração, dentro dos limites possíveis, da relação social das partes. (CNJ, *online*, 2017).

As técnicas apontadas são benéficas por proporcionar economia processual, celeridade, oralidade, respeito à ordem pública e simplicidade, tudo com vistas a abreviar os desfechos das demandas. A audiência de mediação tem por escopo por fim aos conflitos de forma

precoce, a partir da dispensa de formalidades e da participação ativa das partes, conforme demonstra Alencar (2004, p. 29):

A mediação busca oferecer forma de resolução pacífica e célere dos problemas que circundam a população. Esse meio traz consigo, além de novas alternativas, a possibilidade de mudanças de mentalidade que proporciona o desenvolvimento no seio da sociedade de uma cultura de diálogo, a qual possibilita que, em um litígio, as próprias partes envolvidas ajam como atores responsáveis pela resolução de suas controvérsias. Assim, percebe-se que, em vez de a mediação concorrer com o Poder Judiciário na resolução das querelas da sociedade, coloca-se ao lado deste, contribuindo para a diminuição dos processos protocolados nos fóruns estaduais e federais e possibilitando o desenvolvimento da responsabilidade, da autonomia e da paz entre as pessoas.

Na visão de Vezzulla (2001, p. 17), a distinção na escolha entre conciliação e mediação: “reside na existência ou não de relacionamentos circunstanciais sem desejo de continuá-los ou acrescentá-los (batidas de carro, compra e venda de objetos, agressões entre desconhecidos) permitem a aplicação rápida e economia da conciliação”. Enfim, a mediação transforma as relações sociais reconstruindo laços de respeito, principalmente nas famílias.

CONCLUSÃO

A convivência em sociedade gera uma pluralidade de conflitos que, por vezes, levam as partes, sem o auxílio de um terceiro imparcial, a não se mostrarem capazes de solucioná-los. Assim, o caminho mais utilizado para tentar promover o encerramento da contenda é o acesso à justiça pelo exercício do direito de ação.

A cultura bélica incrustada no seio social fez multiplicar o número de feitos processuais ao ponto de transformar a prestação jurisdicional em algo caótico e ineficaz. Nesse contexto, as normas burocráticas previstas no superado código de processo civil de 1973 não se mostraram eficazes para promover a materialização da justiça.

Não se pode olvidar que, no modelo de democracia atual, o mecanismo de contensão dos ânimos sociais mais exacerbados é a justiça. Nesse passo, não é mais aceitável uma prestação jurisdicional tardia e sem eficácia. O sentimento de justiça precisa continuar a ser disseminado por todo o tecido social, sob pena de haver a união de massas para protestar nas ruas, como é feito para protestar quanto às decisões inócuas dos poderes executivo e legislativo.

O poder judiciário, além de integrar a república pátria, se impõe como um órgão ímpoluto e respeitável, mas que precisa solucionar o caos que traz por consequência imediata a morosidade da justiça.

Nesse contexto, o legislador ordinário caminhou bem ao elevar os meios de solução pacífica de conflitos a *status* de norma fundamental. A disseminação de uma cultura de diálogo para solucionar conflitos deve ser ensinada à sociedade por meio de políticas públicas, sobretudo em lições escolares e por meio de propagandas. Assim, os cidadãos poderão, mesmo que tardiamente, aprender o valor do diálogo para a justiça, e essa ideia será permeada na consciência das novas gerações.

O código de processo civil vigente traz em seu bojo as relevantes missões de modernizar a solução dos conflitos, inovar a cultura social do diálogo e da paz, além de promover a aspiração maior daqueles que buscam a prestação jurisdicional, a saber, a materialização da justiça. Por fim, deve ser dito que a mediação e a conciliação são instrumentos hábeis a construir a resposta jurídica no modelo mais adequado, ou seja, aquele criado pelas próprias partes.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Emanuela Cardoso Onofre de Alencar. *Mediação em perspectiva conflitos*. Fortaleza: Unifor, 2004.

ALVES, Jéssica Souza; BARROS, Maria do Carmo; MARTINS, Dayse Braga. *Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 02 fev. 2017.

_____. *Lei n. 13.105*, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 02 fev. 2017.

_____. *Lei n. 13.140*, de 26 de julho de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em: 02 fev. 2017.

_____. (CNJ). *Resolução n. 125/2010*. Disponível em: . Acesso em: 02 fev. 2017.

_____. (CNJ). *Guia de Conciliação e Mediação*. Disponível em: . Acesso em: 02 fev. 2017.

_____. (STJ). *Combate à morosidade não é obrigação só da Justiça, diz novo presidente do STJ*. Disponível em: . Acesso em: 02 fev. 2017.

_____. (STF). *ADI n. 2.139*. Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em: 02 fev. 2017.

_____. (STF). *ADI n. 2.160*. Min. Marco Aurélio. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>>. Acesso em: 02 fev. 2017.

_____. (STF). Palestra em comemoração aos 25 anos da Constituição Cidadã. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=OTLDReya1no>>. Acesso em: 01 fev. 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Neoconstitucionalismo e o Estado de Direito. *Revista Jurídica Consulex*. São Paulo, Ano XIII, n. 297, maio. 2009.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 32. ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2016.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PEREIRA, Clovis Brasil. Conciliação e mediação no novo CPC. *Conima*. Disponível em: . Acesso em: 02 fev. 2017.

QUEIROZ, Cristina M. M. *Os atos políticos no Estado de Direito*. Coimbra: Almedina, 1990.

SALES, Lília Maia de Moraes. *Mediare: um guia prático para mediadores*. Fortaleza: Expressão Gráfica, 2004.

_____. *Mediare: um guia prático para mediadores*. 3. ed. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2010.

TAVARES, André Ramos. *Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

VEZZULLA, Juan Carlos. *Mediação: Guia para usuários e profissionais*. Florianópolis: IMAB, 2001.

NOTAS:

[1] Palestra em comemoração aos 25 anos da Constituição Cidadã. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=OTLDReya1no>>. Acesso em: 01 fev. 2017.

DA IRRAZOABILIDADE DO RE 580252: INSTITUCIONALIZAÇÃO DO "PEDÁGIO-MASMORRA"(STJ) PELO STF AOS PRESOS EM CONDIÇÕES INSUFICIENTES DE ENCARCERAMENTO

FELIPE VIANA DE ARAUJO DUQUE: Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco. Pós Graduado em Direito Civil pela UNIDERP/LFG. Pós Graduado em Direito Processual Tributário pela UNIDERP/LFG. Assessor Técnico Judiciário em Gabinete de Desembargador do Tribunal de Justiça de Pernambuco.

RESUMO: Como se sabe, o STF decidiu pela a obrigação do Estado de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento. A pretensão deste artigo é esmiuçar criticamente o julgado, trazendo à tona inclusive os julgados do STJ.

1- Introdução:

É possível que se conceda danos morais aos presos pelas condições insuficientes do encarceramento?

Não se nega que O Estado é responsável pela guarda e segurança das pessoas submetidas a encarceramento, enquanto ali permanecerem detidas.

Assim, é dever do Poder Público mantê-las em condições carcerárias com mínimos padrões de humanidade estabelecidos em lei, bem como, se for o caso, ressarcir os danos que daí decorrerem.

Mesmo assim, torna-se possível que haja a concessão de danos morais ao preso? Trata-se de medida palpável e justa?

2- Da (ir)razoabilidade da concessão de danos morais aos presos

Sabe-se que, a jurisprudência do STF entende que o Estado possui responsabilidade objetiva pela integridade física e psíquica daqueles que estão sob sua custódia.

“A negligência estatal no cumprimento do dever de guarda e vigilância dos detentos configura ato omissivo a dar ensejo à responsabilidade objetiva do Estado, uma vez que, na condição de garante, tem o dever de zelar pela integridade física dos custodiados” (trecho do voto do Min. Gilmar Mendes no ARE 662563 AgR, julgado em 20/03/2012).

No entanto, no dia 16/02/2017 o STF foi mais além e fixou a seguinte tese:

“Considerando que é dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, é de sua responsabilidade, nos termos do art. 37, § 6º, da Constituição, a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento. STF. Plenário. RE 580252/MS, rel. orig. Min. Teori Zavascki, red. p/ o ac. Min. Gilmar Mendes, julgado em 16/2/2017 (repercussão geral) (Info 854).”

No caso concreto, foi fixada a indenização em R\$ 2.000,00 (dois mil reais) por presidiário.

O que se pretende é demonstrar que não há razoabilidade que a medida ilícita do estado seja compensada financeiramente.

Ora, o STJ chegando a se posicionar sobre o tema considerou que seria um verdadeiro “pedágio-masmorra”.

Ora, em nada contribui para a melhoria do sistema prisional do Brasil a concessão, individualmente, de indenização por dano moral a detento submetido à superlotação e a outras agruras que permeiam (e envergonham) nossos estabelecimentos carcerários.

A medida, quando muito, servirá tão-só para drenar e canalizar escassos recursos públicos, aplicando-os na simples mitigação do problema de um ou só de alguns, em vez de resolvê-lo, de uma vez por todas, em favor da coletividade dos prisioneiros.

Isto é, de acordo com a maioria dos Ministros que compõem o STJ: “a condenação do Estado à indenização por danos morais individuais, como remédio isolado, arrisca a instituir uma espécie de ‘pedágio-masmorra’, ou seja, deixa a impressão de que ao Poder Público, em vez de garantir direitos inalienáveis e imprescritíveis de que são titulares, por igual, todos os presos, bastará pagar, aos prisioneiros que disponham de advogado para postular em seu favor, uma ‘bolsa-indignidade’ pela ofensa diária, continuada e indesculpável aos mais fundamentais dos direitos, assegurados constitucionalmente” (STJ – REsp: 962934 MS 2007/0145328-6, Ministro Herman Benjamin, DJe 04/05/2011).

Oriente-se, a questão não trata da incidência da cláusula da reserva do possível, nem de assegurar o mínimo existencial (único ponto enfrentado no RE pelo STF), mas sim da necessidade urgente de aprimoramento das condições do sistema prisional, que deverá ser feito por meio de melhor planejamento e estruturação física, e não mediante pagamento pecuniário e individual aos apenados.

Ademais, percebe-se que o Min. Roberto Barroso propôs que a indenização não fosse em dinheiro, mas sim por meio de remição da pena. Dessa forma, em vez de receber uma reparação pecuniária, os presos que sofrem danos morais por cumprirem pena em presídios com condições degradantes teriam direito ao "abatimento" de dias da pena.

No entanto, restou voto vencido.

3- Conclusão:

Face ao exposto, data vênua o entendimento prevalecente, vê-se que o STF perdeu a oportunidade de enfrentar o caráter prospectivo e o ativismo judicial oriundo de suas decisões.

Não se respeitou a jurisprudência do STJ, quiçá enfrentou a possibilidade de uma bolsa ao presidiário, uma vez que é patente as condições perturbadoras e insuficientes de todos os sistemas presidiários brasileiros, porém a configuração de danos morais não resolve o problema em lato sensu.

Relembre-se: o STF esqueceu do caráter do Estado de Coisas Inconstitucional reconhecido na ADPF 347, quanto aos sistemas prisionais, em que aí sim, efetivou uma vedação à tredestinação das verbas a serem investidas no sistema penitenciário.

Porém, conceder indenizações por danos morais ao invés de outras medidas que minores a condição de ataque aos direitos fundamentais do presidiário, como a possibilidade de abatimento da pena que sugeriu o Ministro Barroso seria uma decisão muito mais técnica e voltada à realidade de aprimoramento do sistema carcerário.

4- Referências:

<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2600961>

<http://www.dizerodireito.com.br/2017/03/estado-tem-o-dever-de-indenizar-pessoa.html>

A REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL COMO MEDIDA DE ADEQUAÇÃO SOCIAL

MICHEL NEVES CAMILLOTO: Bacharel em Direito pela Universidade Presidente Antônio Carlos; Pós graduado em direito público, lato sensu, pela Faculdade Newton Paiva; Oficial do Ministério Público em exercício na Promotoria de Justiça de Ubá/MG;

RESUMO: No presente trabalho, o autor aborda a possibilidade jurídica da redução da maioridade penal para 16 anos diante das Cláusulas Pétreas da Constituição Federal de 1988, bem como seus prós e contras para a sociedade Brasileira, haja vista o número crescente de atos tidos como criminosos e praticados por adolescentes. Primeiramente, faz-se um breve estudo acerca da constitucionalidade da redução da maioridade, o

trâmite da PEC 171/93 e os obstáculos inerentes a possibilidade de alteração do texto constitucional. Em seguida, analisa-se as questões referentes à Maioridade Penal, abordando imputabilidade, políticas públicas e, por fim, o possível resultado da implementação de tal medida no universo jurídico-social.

PALAVRAS-CHAVES: imputabilidade, redução da maioridade penal, princípios constitucionais, cláusula pétrea, PEC 171/93.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. JUSTIFICATIVA. METODOLOGIA DE PESQUISA. CAPÍTULO 1 – VIABILIDADE JURÍDICA DA REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL. 1.1 Cláusula Pétrea. 1.2. A PEC 171/93. 1.3 A constitucionalidade da redução da maioridade penal. CAPÍTULO 2 – MAIORIDADE PENAL E POLÍTICAS PÚBLICAS. 2.1 O crescimento da delinquência juvenil. 2.2. A imputabilidade penal. 2.3. Os Critérios da inimputabilidade penal. 2.4. A Menoridade e o Estatuto da Criança e do Adolescente. 2.5. A redução da menoridade como política de adequação social. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

A maioridade penal é a idade mínima a partir da qual uma pessoa pode vir a ser julgada criminalmente por seus atos, que no Brasil, em razão do disposto no art. 228 da Constituição Federal de 1988, ocorre no momento em que a pessoa completa 18 anos.

Tecnicamente chamada de imutabilidade penal, considera-se que, a partir desse critério biológico (idade de 18 anos), o indivíduo torna-se imputável, ou seja, adquire a capacidade de entender o caráter ilícito do fato que venha a praticar e é capaz de determinar-se a partir desse entendimento (Capez, 2002).

Em razão da ascendente onda de violência em que observamos jovens, ainda adolescentes, protagonizando de atos que beiram a barbárie, vitimando famílias e comportando-se como senhores do crime e

herdeiros da impunidade, muito se discute sobre a necessidade da redução da maioridade como um mecanismo de defesa social e forma de punir, como adultos, aqueles que não o sendo, portam-se como tal.

Neste aspecto, é comum a afirmativa de que a menoridade penal – condição que impede a aplicação de pena ao adolescente infrator – seja fator de incentivo à delinquência. E, por isso, fonte de turbulência para a ordem pública e de descrédito para o Estado como agente de combate e repressão.

É notório o crescente do número de adolescentes na prática de atitudes consideradas criminosas pelo Código Penal. Os jornais e programas televisivos de conteúdo sensacionalista estão permeados de notícias e histórias sobre fatos graves, como comércio de drogas, homicídios, assaltos em todas as suas modalidades e violência sexual cuja autoria recai sobre adolescentes com idade média de 16 e 17 anos.

Mas o jovem nesta faixa etária possui plena capacidade de entender a gravidade e as consequências de seus atos? É capaz de determinar-se de acordo com esse entendimento? Ou seja, ele é realmente inimputável do ponto de vista psíquico?

A Constituição da República, chamada de Carta Maior e Constituição Cidadã, reconhece aos maiores de dezesseis a lucidez e a capacidade na tomada de decisões de relevante interesse ao conferir a eles o direito de eleger seus representantes políticos, segundo a norma insculpida no artigo 14, § 1º, inciso II, alínea c.

Assim, homens e mulheres, a partir dos 16 anos, estão aptos a votar em candidatos para qualquer cargo público eletivo (vereador, prefeito, deputado estadual, deputado federal, senador e Presidente da República). Cuida-se, evidentemente, de responsabilidade só atribuída a quem possua elevado grau de maturidade.

Este é, sem dúvidas, um argumento vigoroso para a corrente defensora da diminuição da maioridade penal. Ainda sim, para alguns, a previsão de inimputabilidade pela Constituição constitui uma das

garantias fundamentais da pessoa humana e, portanto, cláusula pétrea, mesmo não fazendo parte do seu art. 5º.

Tratando a questão desta forma, a maioria penal não poderia sofrer qualquer alteração, nem mesmo por emenda constitucional.

Apesar de todos os aspectos levantados, materiais e adjetivos, a resistência quanto ao rebaixamento da maioria penal parece incompreensível. Paire o discurso pela manutenção da regra atual que pode até ser politicamente defensável e romântico, porém completamente distante da realidade tendo em vista o amadurecimento do jovem entre 16 e 18 anos de idade para o crime e a violência tirana com que costumam agir.

Há diversos países onde a maioria penal inicia-se aos 16 anos (p. ex: Argentina, Espanha, Bélgica e Israel); em outros, aos 15 anos (Índia, Egito, Síria, Honduras, Guatemala, Paraguai, Líbano); na Alemanha e Haiti, aos 14 anos. E por incrível que pareça, na Inglaterra a pessoa é considerada imputável a partir dos 10 anos.^[1]

O crescimento exponencial da violência infligida pelos infratores adolescentes, a partir de toda a sorte de barbáries, é o que se pretende resolver com este trabalho, abordando-se, como possível solução, a redução da maioria penal e a viabilidade prática e jurídica desta medida cuja polêmica transcende os dias atuais.

JUSTIFICATIVA

O tema do presente projeto, como se mencionou, foi escolhido em razão da notabilidade que se alcançou nos últimos tempos, em que a redução da maioria penal divide a opinião de intelectuais e daqueles não tão devotos às luzes da inteligência.

Sua reconhecida relevância para a problemática da segurança pública tomou lugar no discurso de candidatos à presidência da República, enquanto lega sensível parcela da população a uma realidade de medo e tristeza.

Trata-se de um assunto atual e ao mesmo tempo remoto, eis que debatido desde o Brasil Império. Para Barreto[2], tido como maior penalista daquela época, em sua obra “Menores e Loucos em Direito Criminal”, o direito penal deveria estabelecer uma relação direta entre a maioria penal e o discernimento do agente, a despeito da idade. Nessa época, Barreto elogiava o Código penal francês, que trazia a maioria penal aos 16 anos[3].

O argumento maior de defesa da redução da maioria penal é o grau de periculosidade alcançado por adolescentes com idade entre 16 e 17 anos, não só pela torpeza e crueldade que motivam a ação dos mesmos, mas pela tradição de impunidade que lhes acompanha.

Isso porque que o ato de passar no máximo três anos em um centro de recuperação cumprindo medida socioeducativa seria para eles, independente da natureza ou quantidade de atos delituosos praticados, compensatório.

Neste aspecto, a redução da maioria penal para 16 anos seria medida capaz de conter o avanço da violência trazida pelos infratores a partir desta faixa etária e restabelecer a segurança público-social, bem como o crédito no Estado-Justiça como Poder Repressor.

METODOLOGIA DE PESQUISA

Faremos uso, no presente trabalho de pesquisa, do raciocínio dedutivo, o qual tem por objetivo explicar o conteúdo das diversas premissas, intermediado por uma corrente lógica de raciocínio.

Sabemos que argumentar é entrar em diálogo com os outros. Assim, a partir de premissas, alcançaremos os argumentos necessários para defender nossas conclusões.

Para que um conjunto de proposições seja um argumento é necessário que essas proposições expressem a ideia que se quer sustentar (a conclusão).

Se nos limitarmos a apresentar ideias, sem as razões que as apoiem, não estamos a apresentar argumentos. E se não apresentarmos argumentos, não há razão para que estas ideias sejam aceitas.

O método indutivo também tem o seu lugar nesta pesquisa, por se tratar de conhecimento fundamentado na experiência, a revelia de princípios preestabelecidos. Neste tipo de raciocínio, chamado indutivo, a conclusão é chegada através da observação de casos da realidade concreta, vale dizer, as constatações particulares nos induzem a um conceito de generalizações.

CAPÍTULO 1 – VIABILIDADE JURÍDICA DA REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL

Embora muito se discuta sobre a necessidade, ou não, da redução da maioria penal; apesar de significativa parcela da sociedade bradar que a punição dos menores infratores é, ou será, a panaceia da segurança pública, de primeira necessidade é a análise sobre a possibilidade jurídica dessa alteração no ordenamento jurídico em relação à Constituição Federal de 1988 e as chamadas cláusulas pétreas nela insculpidas.

1.1 Cláusula Pétreas

Para se entender os argumentos dos que apoiam a redução da maioria penal, mister a compreensão do que quer dizer cláusula pétreas.

As cláusulas pétreas são limites fixados ao conteúdo ou substância de uma reforma constitucional e que operam como verdadeira limitação ao exercício do poder constituinte reformador. Elas traduzem um esforço do constituinte para assegurar a integridade da Constituição, impedindo que eventuais reformas provoquem a destruição, o enfraquecimento ou impliquem profunda mudanças de identidade.

Mendes, Coelho e Branco (2010, p.218-219), destacam que:

O significado último das cláusulas pétreas esta em prevenir um processo de erosão da Constituição.

A cláusula pétrea não existe tão-só para remediar situação de destruição da Carta, mas tem a missão de inibir a mera tentativa de abolir o seu projeto básico. Pretende-se evitar que a sedução e de apelos próprios de certo momento político destrua um projeto duradouro.

A fixação de cláusulas pétreas é comum nas Constituições rígidas e nada mais faz senão adjetivar a rigidez constitucional, conferindo-lhe uma técnica ideológica da qual não se desvincula durante toda a permanência na vida do Estado.

O objetivo maior das cláusulas pétreas não é proteger a redação de uma norma constitucional, mas evitar a ruptura com princípios e estruturas essenciais à Constituição, sendo essas estruturas essenciais que se encontram ao abrigo de imutabilidade pelo poder reformador.

Dispõe o artigo 60, §4º, da Constituição Federal que:

§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.

Como se vê, o texto constitucional não veda, em sua literalidade, a alteração das regras relativas àqueles quatro assuntos ali enumerados. Ele veda, isso sim, que futuras alterações do texto constitucional tendam à abolição de algum daqueles quatro pilares da Lei Fundamental. Em outras palavras, viola o §4º do artigo 60 toda e qualquer emenda à Constituição que vá na direção da extinção daqueles valores básicos.

Assim, a cláusula pétrea protege os princípios constitucionais modelados na norma e não a norma em si.

1.2. A PEC 171/93

Em 19 de agosto de 1983 foi apresentada pelo I. Deputado Federal Benedito Domingos a PEC (Proposta de Emenda Constitucional) 171/1993 que o altera o artigo 228 da Constituição Federal e fixa a responsabilidade penal os 16 anos.

Desde então, foram apensadas outras 38 propostas de emendas à constituição, entre elas: a PEC 260/00, que propõe a maioria em dezessete anos; PEC's 37/95, 91/95, 426/96, 301/96, 531/97, 68/99, 133/99, 150/99, 167/99, 633/99, 377/01, 582/02, 179/03, 272/04, 48/07, 223/12 e 279/13, que propõem sejam fixadas em dezesseis anos; as PECs 169/99 e 242/04, que propõem sua fixação aos quatorze anos; a PEC 321/01, que pretende retirar a matéria do texto constitucional; e a PEC 345/04, que propõe seja fixado em doze anos o início da maioria penal.

Ao longo dos anos, foram apresentados quatro pareceres na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania pelos relatores e Ilustres Deputados Federais José Luiz Clerot, Inaldo Leitão, Osmar Serraglio e Marcelo Itagiba pela admissibilidade da proposta de emenda. No entanto, tais pareceres não foram submetidos à apreciação.

Em 6 de março de 2015, nos termos do parágrafo único do art. 105 do RICD, foi deferido o pedido de desarquivamento da proposição e, ato contínuo, em 16 de março de 2015 foi apresentando o parecer pelo atual relator Deputado Federal Luiz Albuquerque Couto pela inadmissibilidade da PEC 171/1993, nos seguintes termos:

Pelas precedentes razões, por ofender a cláusula pétrea prevista no art. 60, § 4º, IV, da Constituição Federal, bem como por violar o

princípio da dignidade da pessoa humana, insculpido no art. 1º, III, também da Carta Política e, ainda, por ir de encontro ao que preceitua as normas das Convenções Internacionais, em que o Brasil é signatário, concluímos pela inadmissibilidade da Proposta de Emenda à Constituição nº. 171, de 1993, principal, bem como das PECs nºs 37, de 1995; 91, de 1995; 386, de 1996; 426, de 1996; 301, de 1996; 531, de 1997; 68, de 1999; 133, de 1999; 150, de 1999; 167, de 1999; 169, de 1999; 633, de 1999; 260, de 2000; 321, de 2001; 377, de 2001; 582, de 2002; 64, de 2003; 179, de 2003; 302, de 2004; 242, de 2004; 272, de 2004; 345, de 2004; 489, de 2005; 48, de 2007; 73, de 2007; 87, de 2007; 85, de 2007; 125, de 2007; 399, de 2009; 57, de 2011; 223, de 2012; 228, de 2012; 273, de 2013; 279, de 2013; 302, de 2013 (devolvida); 332, de 2013; 382, de 2014; 438, de 2014 e a 349, de 2013 apensadas.

Entretanto, o parecer apresentado em separado pelo Deputado Marcos Rogério argumentou que a diminuição da maioria penal não encontra embaraço na Convenção sobre os Direitos da Criança, no Pacto de São José da Costa Rica e tampouco fere cláusula pétrea constitucional, eis que, segundo ele, o “disposto no art. 228 da Constituição não se adéqua em nenhum dos quatro incisos do §4º do art. 60.”

Nesse ponto, consignamos excerto do mencionado parecer:

[...] registramos o pensamento exposto pelo professor MIGUEL REALE JR. em audiência pública realizada por esta CCJC em novembro de 1999: “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, por que 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.”

Este também foi o entendimento expressado pelo eminente ministro do STF Luís Roberto Barroso, na nota emitida em 14 de março de 2009, em atendimento à solicitação desta CCJC, segundo a qual:

“[...] 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.”

Senhores e Senhoras Deputadas, mesmo que o entendimento de Vossas Excelências seja no sentido apontado pelo relator (qual seja, considerar que o art. 228 da CF seja cláusula pétrea) é importante destacar que o §4º do art. 60 expressamente veda a edição de PEC tendente a abolir cláusulas pétreas. A proposta em exame não propõe abolir a inimizabilidade, propõe modificar. É de hermenêutica simples reconhecer que se trata de proposta de adequação do instituto da maioria de acordo com os novos padrões da sociedade, considerando o amadurecimento do jovem.

Repito: é importante destacar que o §4º do art. 60 expressamente veda a edição de PEC tendente a abolir cláusulas pétreas. A Constituição Federal é feita para gerações, portanto, não pode ser fechada ao ponto de inviabilizar sua mutação conforme as exigências da própria sociedade.

Dessa forma, é forçoso reconhecer que reduzir a maioria para 14, 15, 16 e, mormente, 17 anos (como pretende a PEC 260/2000), seja medida que tenda a abolir o instituto da maioria penal.

Ademais, se se considerar que existe cláusula pétrea no art. 228, ela incide no instituto da maioria penal, e não, como querem alguns, na idade de 18 anos. Explico: o que não se pode abolir (ou tender a abolir) é o instituto da maioria penal. A Constituição permite, sim, a alteração da idade mínima criminal, mas veda que essa alteração tenda a abolir o instituto da maioria.

Os argumentos ali expendidos foram acolhidos pelo Plenário da Câmara dos Deputados e, desde então, aguarda apreciação pelo Senado Federal.

1.3 A constitucionalidade da redução da maioria penal

O renomado jurista Luiz Flávio Gomes publicou em seu sítio da *internet* [4], em 6 de abril de 2015, artigo a respeito da redução da maioria penal, afirmando que:

além de ser uma medida inconstitucional (violadora do art. 228 da CF e tantos outros dispositivos que asseguram o tratamento diferenciado do adolescente que está em fase de desenvolvimento da sua personalidade), a redução da maioria penal tende a ser inócua: de 1940 (data do Código Penal) até março de 2015 o legislador brasileiro reformou nossas leis penais 156 vezes. Nenhuma reforma legal jamais diminuiu qualquer tipo de crime no país, a médio ou longo prazo. Se 156 leis penais novas não funcionaram, qual a base empírica para se acreditar que uma nova lei, justamente a decorrente da PEC 171 (Proposta de Emenda Constitucional), seria diferente?

Como já se mencionou, a violação seria a do inciso IV do §4º do artigo 60, da Constituição Federal, ao argumento de que os direitos e garantias individuais protegidos não se encontram apenas no artigo 5º, da Lei Fundamental, mas por todo o texto da Carta, e até fora dele, conforme o § 2º do artigo 5º.

Sendo assim, o seu artigo 228 conteria um direito fundamental que, como tal, não poderia ser restringido sem violar as limitações materiais ao exercício do poder constituinte derivado. Em síntese este é o argumento pela inconstitucionalidade da PEC 171.

Apesar de sustentada com brilhantismo e solidez por muitos juristas e políticos brasileiros, a interpretação não faz consenso, e por boas razões.

O Supremo Tribunal Federal e a doutrina vêm, há anos, buscando essa conformidade de ideias, e a formularam ao redor da noção de núcleo essencial. Nas palavras de Paulo Gustavo Gonet Branco (2010), as cláusulas pétreas não têm “por meta preservar a redação de uma norma constitucional”, mas, sim, “imunizar o sentido dessas categorias constitucionais protegidas contra alterações que aligeirem o seu núcleo básico ou debilitem a proteção que fornecem”^[5].

Uma formulação prática dessa ideia pode ser encontrada na decisão da ADI 3.367, que impugnou a criação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) pela PEC 45/2004, principalmente por violação ao princípio da separação de poderes. Embora aquele precedente trate de independência do poder Judiciário e de separação de poderes, a forma como a questão foi posta ali pode servir de guia na discussão da redução da maioria.

Ali, antecipando-se à definição do que seria uma violação à cláusula pétrea, o relator, ministro Cezar Peluso, formulou a seguinte questão:

À luz permanente dessa ideia, analiso a alegação de que a criação do Conselho Nacional de Justiça, com a estrutura e as competências outorgadas pela Emenda nº 45/2004, atentaria, mais que contra a norma do artigo 2º da Carta, contra o autêntico sistema constitucional da separação dos Poderes. (ADI 3.367-1/DF, p. 205)

Portanto, para o relator, a verdadeira questão é de saber se a Emenda atentaria contra o próprio sistema da separação de Poderes, e não contra esta ou aquela regra. Em outras palavras, a

reforma teria que ser de tal monta que solapasse as estruturas do sistema da separação de poderes.

Nessa linha, de se afirmar que a redução da maioria penal violaria uma cláusula pétrea eventualmente contida no artigo 228, seria preciso perguntar-se o que, exatamente, no artigo 228, é um direito e qual o seu núcleo essencial, para depois analisar se alteração realmente ataca a proteção ali oferecida.

Começando novamente pelo texto, diz o artigo 228: “São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial”.

Trata-se, nos parece evidente, de uma regra sobre a inimputabilidade penal e outras formas de imputabilidade, que não a penal - “sujeitos às normas da legislação especial”. Os que estiverem abaixo da idade ali discriminada, estão sujeitos, mesmo quando cometam crimes, a um tipo especial de imputabilidade, enquanto os maiores sujeitam-se à imputabilidade penal. Em outras palavras, está-se a falar em dois regimes jurídicos distintos aplicáveis a inimputáveis e a imputáveis.

Nessa interpretação, o conteúdo normativo essencial do texto não está na idade ali fixada, mas sim na criação de um regime de imputabilidade distinto para os adolescentes, que, àquele momento, a Constituição estabeleceu que eram os menores de 18 anos. Alterações da norma que fossem no sentido de vulnerar estruturalmente ou abolir pura e simplesmente o regime da imputabilidade especial, aí sim, feririam cláusula pétrea, por atingir o núcleo essencial do artigo.

Com efeito, a redução da maioria penal na forma proposta pelo texto da PEC 171/1993 que está para ir a votação foi bastante cuidadosa com o núcleo essencial da proteção conferida aos adolescentes.

Em primeiro lugar, ela limitou a inclusão dos menores de 18 e maiores de 16 anos no regime da imputabilidade penal aos casos em que o infrator tenha cometido crimes de gravidade aguda, em que quase sempre há atentado à vida ou à integridade física da vítima. Com isso, respeitou-se de forma bastante clara a razoabilidade e até a proporcionalidade na alteração da norma constitucional.

Em segundo lugar, ela prevê que os menores de 18 anos e maiores de 16, cumpram suas penas em estabelecimentos separados tanto dos menores de 16 quanto dos maiores de 18. Com isso, evita-se que os menores de 18 sejam subitamente misturados com adultos condenados criminalmente, como com aqueles que se inserem no regime da imputabilidade especial. Essa medida mantém a um só tempo a proteção aos que se enquadram no regime especial de imputabilidade e a proteção aos que passarão a ser enquadrados na imputabilidade penal.

Nesse ponto, com base na interpretação que defendi para o artigo 228, a PEC 171/1993 foi bastante razoável, limitando-se a alterar a idade de quem se enquadra no regime da imputabilidade penal, e mesmo assim restringindo esse enquadramento a crimes graves, mantendo ainda o cumprimento da pena em estabelecimento próprio.

Assim, se a redução da maioridade penal em si, não afrontaria cláusula pétrea, desde que sem reduzir demasiadamente a idade máxima, com as alterações trazidas pela PEC 171, moderadas, cercadas de cuidados e incontestavelmente preocupadas em preservar aspectos da proteção especial para os maiores de 16 anos, é quase impossível sustentar que ela viola o núcleo essencial da norma contida no artigo 228, da Constituição.

Portanto, a alteração pretendida pela PEC 171, de 1993, supera os argumentos contra sua constitucionalidade, com todas as vênias aos que pensam o contrário.

CAPÍTULO 2 – MAIORIDADE PENAL E POLÍTICAS PÚBLICAS

O art. 228 da CF/88 instituiu que “são penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas de legislação especial”. A partir deste tratamento especial dado aos direitos das crianças e adolescente, em consonância com a tendência mundial consagrada no art. 1º da Convenção dos Direitos da Criança, se estabeleceu, para nós, o limite biológico da chamada menoridade penal.

Desde então, ciclicamente, nos deparamos com a discussão sobre essa disposição constitucional, mormente sugerindo sua redução para os dezesseis anos, como meio necessário ao combate de uma violência crescente, descontrolada e difusa.

Alguns entusiastas dessa medida dão tanta ênfase à proposta de redução que levam a opinião geral a crer que seria ela a panacéia da segurança pública, capaz de trazer a paz social tão almejada por todos. Argumentam, em prol de sua certeza, não mais ser crível que menores de dezesseis ou dezessete anos, por exemplo, não tenham condições de compreender o caráter ilícito dos atos que praticam, tendo em vista que o desenvolvimento mental acompanha, como é natural, a evolução dos tempos, tornando a pessoa mais precocemente preparada para a compreensão natural da vida.

O certo é que o clamor social em relação ao jovem infrator - menor de 18 anos - surge da lamentável sensação de que nada lhe acontece enquanto autor de fato definido como crime. Seguramente, parte da noção de impunidade se tem revelado na ineficiência das políticas sócio-educativas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente, principalmente diante da crescente onda de violência.

2.1 O crescimento da delinquência juvenil

Estudo revelando que a entrada de crianças e adolescentes no mundo do crime tem aumentado no país, sobretudo por meio do tráfico de drogas foimatéria do jornal O Globo, em sua edição eletrônica,

publicada em 28/04/2013. Disponível em:
<<http://oglobo.globo.com/brasil/cresce-participacao-de-criancas-adolescentes-em-crimes-8234349>> Acesso em: 19 de outubro de 2015.

Segundo aquela publicação, dados estatísticos revelam que, em 2012, o crescimento no número de menores apreendidos foi mais de duas vezes superior ao de prisões de adultos. A conclusão é de que, a partir de dados oficiais obtidos com os governos de oito estados de diferentes regiões do país, houve um aumento, em relação a 2011, de 14,3% no número de apreensões de crianças e adolescentes por crimes como vandalismo, desacato, tráfico, lesão corporal, furto, roubo e homicídio. No mesmo período, a elevação no número de jovens e adultos que foram presos por crimes em geral foi bem menor: de 5,8%.

O levantamento foi feito em sete dos dez estados mais populosos do país: São Paulo, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul, Pernambuco, Ceará, Paraná e Santa Catarina. O Distrito Federal também foi incluído na pesquisa e em todos os estados pesquisados, foi observado aumento na apreensão de crianças e adolescentes em relação ao ano anterior, que representou 18% do total de prisões no período: 75.359 de 414.916. Em 2011, o percentual era de 17%.

O envolvimento de menores com o tráfico de drogas é apontado por especialistas em segurança pública como um dos maiores responsáveis pelo aumento nos últimos anos da entrada de crianças e adolescentes no mundo do crime. Na avaliação deles, a fragilidade do atual sistema de proteção social, a má qualidade dos ensinos fundamental e médio e a falta de iniciativas e programas governamentais para o atendimento de menores, tanto os que estão em situação de risco como os já inseridos no mundo do crime, são outros fatores que contribuem para o envolvimento de menores em crimes e delitos.

2.2. A imputabilidade penal

O nosso Código Penal, a exemplo de outras legislações, não se preocupou em definir a imputabilidade, limitando-se a mencionar os casos em que ela não se verifica (arts. 26, caput, 27 e 28, §1º). A partir do

conceito de inimputabilidade, formulado pelos mencionados dispositivos legais, extrai-se indiretamente a sua definição.

Segundo Flávio Monteiro de Barros (2003, p. 359), imputável “é o homem que, ao tempo da conduta, apresenta maturidade mental para entender o caráter criminoso do fato e determinar-se de acordo com esse entendimento”. Damásio Evangelista de Jesus (1985 p. 407), menciona que imputar é o ato de atribuir a alguém a responsabilidade de alguma coisa e, define inimputabilidade penal, como sendo o conjunto de condições pessoais que dão ao agente capacidade para lhe ser juridicamente imputada a prática de um fato punível.

A inimputabilidade torna o agente responsável pela prática do crime, sujeitando-o à imposição da pena, desde que presentes os demais elementos da culpabilidade. No direito penal, o fundamento da inimputabilidade é a capacidade de entender e de querer. Somente o somatório da maturidade e da sanidade mental confere ao homem a inimputabilidade penal.

O seu reconhecimento depende da capacidade para conhecer a ilicitude do fato e determina-se segundo esse entendimento. Por isso, a inimputabilidade não se confunde com a responsabilidade penal, que corresponde às conseqüências jurídicas oriundas da prática de uma infração. Responsabilidade, ensina Magalhães Noronha (2001, p. 164), “é a obrigação que alguém tem de arcar com as conseqüências jurídicas do crime. É o dever que tem a pessoa de prestar contas de seu ato. Ela depende da inimputabilidade do indivíduo, pois não pode sofrer as conseqüências do fato criminoso (ser responsabilizado) senão o que tem a consciência de sua antijuridicidade e quer executá-lo (ser imputável)”.

2.3. Os critérios da inimputabilidade penal

Três são os critérios que buscam definir a inimputabilidade^[6]:

- a) Critério biológico;
- b) Critério psicológico;

c) Critério biopsicológico ou misto.

De acordo com o critério biológico, a inimputabilidade decorre da simples presença de causa mental deficiente. Não há qualquer indagação psicológica a respeito da capacidade de autodeterminação do agente. Estando presente uma das causas mentais deficientes (doença mental, desenvolvimento mental incompleto ou retardado e embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior), exclui-se a imputabilidade penal, ainda que o agente tenha se mostrado lúcido no momento da prática do crime.

Conforme o critério psicológico, a inimputabilidade só ocorre quando o agente, ao tempo do crime, encontra-se privado de entender o caráter ilícito do fato ou determinar-se de acordo com este entendimento. Neste sistema, despidendo que a incapacidade de entender ou querer derive de uma causa mental preexistente.

Finalmente, o critério biopsicológico, adotado pela legislação brasileira no art. 26 do Código Penal, combina os dois anteriores. Por ele, deve verificar-se, em primeiro lugar, se o agente é doente mental ou tem desenvolvimento mental incompleto ou retardado. Em caso negativo, não é inimputável. Caso afirmativo, averigua-se se ele era capaz de entender o caráter ilícito do fato; será inimputável se não tiver essa capacidade. Tendo aptidão de entendimento, apura-se se o agente era capaz de determinar-se de acordo com essa consciência. Inexistente a capacidade de determinação, o agente é também inimputável.

De acordo com o Código Penal, excluem a imputabilidade a doença mental e o desenvolvimento mental incompleto ou retardado; a menoridade, caso de desenvolvimento mental incompleto presumido (art. 27) e a embriaguez fortuita completa.

Celso Delmanto e outros (2002) entendem que este último critério é o melhor e mais aceito, pois o menor de 18 anos não tem personalidade já formada, ainda não alcançou a maturidade de caráter.

A Constituição Federal, repetindo os dizeres do art. 27 do Código Penal, dispõe em seu art. 228 que “são penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial”. Sendo assim, como foi dito anteriormente, para os menores de 18 anos vige a regra da maturidade, em que a incapacidade de autodeterminar-se é uma presunção absoluta.

Trata-se, porém, de mera ficção, pois nenhum critério, por melhor que seja, poderá demarcar qual o exato momento em que se dará o pleno desenvolvimento da personalidade moral.

2.4. A Menoridade e o Estatuto da Criança e do Adolescente

A lei 8.069, de 13 de fevereiro de 1990, conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente, significou uma profunda transformação na forma legal de se lidar com os jovens: regulamentou o artigo 227 da Constituição Federal, além de se pautar nos princípios constitucionais para garantir a proteção das crianças e dos adolescentes.

A terminologia “menor”, do antigo Código de Menores de 1979, foi substituída por “criança e adolescente”, sendo estes todos aqueles com menos de dezoito anos.

Mais especificadamente, no artigo 2º do ECA, criança é todo aquele com idade até doze anos incompletos, enquanto que, adolescente, é o jovem com idade entre doze e dezoito anos incompletos. Sua nova visão permitiu que todos com idade abaixo de dezoito anos fossem considerados sujeitos com direitos e obrigações.

Houve uma mudança de paradigma passando a criança de mero objeto de medidas judiciais e assistenciais para ser um “sujeito de direitos”. É claro que essa condição de igualdade com o maior de idade veio com muitas peculiaridades, já que as crianças e adolescentes, pelo estado natural de pessoa em desenvolvimento, gozam de cuidados e medidas especiais, entre elas o princípio da prioridade absoluta.

Estabelecer a garantia de direitos a partir de uma condição especial de um sujeito – no caso, a criança e o adolescente – foi uma das principais conquistas do direito infantojuvenil. Essa especial condição, para Antônio Carlos Gomes da Costa (1992, p. 25) significa que:

Eles, além de todos os direitos de que desfrutavam os adultos e que sejam aplicáveis à sua idade, têm ainda, direitos especiais decorrentes do fato de que: a criança e o adolescente ainda não tem acesso ao conhecimento pleno de seus direitos, frente às omissões e transgressões capazes de violá-los, não contam com meios próprios, para arcar com a satisfação de suas necessidades básicas; por se tratar de seres em pleno desenvolvimento físico, emocional, cognitivo e sócio-cultural, a criança e o adolescente não podem responder pelo cumprimento das leis e demais deveres e obrigações inerentes à cidadania da mesma forma que os adultos.

Essa modificação ainda trouxe alterações que atingiram outros parâmetros do antigo Código de Menores. O assistencialismo que havia presente acabou substituído por uma nova proposta de trabalho sócio-educativo.

Medidas de proteção e medidas sócio-educativas reafirmaram o novo ideário de recuperação do menor. Não se visou mais punir, mas sim, reeducar, trazendo o jovem de volta a sociedade com os valores renovados.

Embora muito bem intencionado, o ECA, no que se refere à reeducação e resgate dos menores em situação contrária à lei penal, não alcançou, nem de longe, a eficiência que se almejava. E não por acaso.

É que a presunção absoluta de inimputabilidade confere tratamento díspar a pessoas que já possuem a consciência do caráter

ilícito de seus atos e a capacidade de autodeterminar-se a partir dessa cognição, a despeito de não terem, ainda, atingido a maioria penal.

Neste aspecto, não se trata de proteger a pessoa em formação – por se tratar de jovem com personalidade plenamente constituída. Tampouco de fazer valer o poder repressor do Código Penal, porque intangível a menores de dezoito anos. É o que se pode chamar de limbo infracional.

2.5. A redução da menoridade como política de adequação social

Da época da posituação da inimputabilidade absoluta do menor, Mirabete (1996) lembra que o artigo 33 do Código Penal de 1969 contemplava um critério biopsicológico e positivava a imposição da pena ao menor dentre 16 (dezesesseis) e 18 (dezoito) anos que revelasse ter suficiente desenvolvimento psíquico para entender o caráter ilícito do fato e determinar-se de acordo com esse entendimento.

Segundo o mesmo autor, o Decreto-lei n.º 1.004 não chegou a entrar em vigor em nosso país, pois eram graves as dificuldades para se aferir, mediante perícia sofisticada e de difícil praticabilidade, fazendo com que o legislador, através da Lei n.º 6.016, de 12 de dezembro de 1973, elevasse novamente o limite para 18 (dezoito) anos, que já tinha sido adotado pelo Código Penal, (Decreto-lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940).

Assim, a inimputabilidade absoluta do menor de dezoito anos já vigora em nosso país por longos setenta anos, desconectado da evolução que a sociedade teve neste longo período, visto que é notável o amadurecimento dos jovens, hoje, tão independentes e informados.

Como o próprio Mirabete (1996, p. 215) afirma, mesmo entendendo que o ECA prevê instrumentos para impedir a prática reiterada de atos ilícitos por pessoas com menos de dezoito anos, “ninguém pode negar que o jovem de 16 (dezesesseis) a 17 (dezesete) anos, de qualquer meio social, tem amplo conhecimento do mundo e condições de discernimento sobre a ilicitude de seus atos”.

Não é preciso ser doutor em História para contextualizar o ano de promulgação do Decreto-lei 2.848, nosso atual Código Penal. Em 1940, sequer existia a televisão no Brasil, que somente teve sua primeira transmissão dez anos após, em 1950 e internet, fenômeno novíssimo, que não conta no Brasil nem vinte anos de popularidade.

Os valores morais eram observados com maior ênfase, a obediência aos pais era regra, a educação nas escolas rígida, a maioria absoluta da população vivia no meio rural. As chamadas drogas ilícitas, hoje responsáveis por grande parte da criminalidade entre jovens, para não dizer que é a maior responsável, sequer eram conhecidas pela esmagadora maioria da população.

Não é possível qualquer comparação entre o início da década de 1940 com os dias atuais, o mundo é outro, os valores são outros, o acesso à informação e ao conhecimento é totalmente diferente. Manter absoluta inimizabilidade do adolescente para todo e qualquer crime cometido sob o argumento de que o jovem, nos dias atuais, não entende o caráter ilícito de um fato criminoso é fechar os olhos para a realidade.

É notória a evolução por que passaram as comunicações. O mundo está conectado à internet, a divulgação dos fatos e acontecimentos no mundo é instantânea, o acesso às informações é, hoje, praticamente ilimitado. A comunicação, via satélite, permite às redes de TV munir de informações instantâneas os seus telespectadores, com fatos ocorridos em qualquer parte do planeta.

Mesmo os que eventualmente não tenham acesso à internet, as informações chegam a eles de qualquer forma. Neste contexto, repetimos, não é crível alguém imaginar que um jovem de 16 ou 17 anos não entenda o caráter ilícito do ato de cometer um homicídio doloso, por exemplo, ou seja, matar propositadamente outro ser humano.

Sobre a natural evolução da sociedade e da capacidade de desenvolvimento dos jovens nos dias atuais com os jovens do passado, cabe transcrever posicionamento do Tribunal de Alçada do Estado de São Paulo (RT 734/680):

[...] a menoridade, é certo, figura como atenuante em nosso direito desde o Código de 1830. No entanto, não há como se comparar o desenvolvimento mental, no sentido do certo e do errado, do bem e do mal, que têm os jovens da atualidade, com aqueles que tinham a mesma faixa de idade há mais de 100 anos. Dessa forma, se o Estado não tem condições de ressocializar aqueles que cometem crimes ou mesmo, no caso dos adolescentes, atos infracionais, que estabeleça outros critérios para o combate a criminalidade, notadamente entre os adolescentes; pois, continuar normatizando a inimputabilidade absoluta do menor de 18 anos para toda e qualquer modalidade de crime, notadamente o homicídio doloso, quando é extinta a vida, sob o argumento de que o jovem, ainda nos dias atuais, não tem capacidade de discernimento sobre o caráter de ilicitude do crime de homicídio doloso, é remar contra uma verdade incontestável, é negar todo o direito à segurança da sociedade em prol de uma proteção exacerbada ao menor.

Com efeito, a redução da menoridade penal mostra-se necessária, não como panacéia da segurança pública ou solução mágica contra o avanço da violência, mas como meio de adequação social em razão da evolução natural do ser humano, em razão do atual estágio cognitivo do jovem a partir dos dezesseis anos.

Desprezar essa realidade seria o mesmo que incentivar a delinquência juvenil, a partir da reconhecida ineficiência do protecionismo menorista e da sensação de impunidade fecundada por ela.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A história e os acontecimentos atuais deixam claro sobre a necessidade de se ampliar o compromisso do Estado com a segurança

pública, a par de uma especial atenção à criança e ao adolescente como pessoa em formação e desenvolvimento.

A violência juvenil é uma realidade triste e, diante da possibilidade jurídica da redução da maioridade penal, esta medida é necessária não como solução ou panaceia para os problemas de segurança pública, mas como meio de adequação social ao amadurecimento biopsicológico do indivíduo.

Isto porque, a despeito da tenra idade, adolescentes a partir dos 16 anos tem plena condição de compreender o caráter ilícito dos atos que praticam, tendo em vista que o desenvolvimento mental acompanha, como é natural, a evolução dos tempos, tornando a pessoa mais precocemente preparada para a compreensão regular da vida.

Assim, no delicado desafio de restabelecer a paz social e combater a criminalidade descomedida, essencial que o Estado vislumbre no menor infrator, a partir dos 16 anos, uma pessoa com plena capacidade de compreender a gravidade e as consequências dos próprios atos tipificados como crime, sujeito, portanto, à aplicação da lei penal.

Neste aspecto, a possibilidade hipotética de aplicação de pena, *per se*, pode exercer imprescindível papel de prevenção criminal pela intimidação coletiva, desmistificando a crença remota de impunidade juvenil e garantindo a liberdade de toda a sociedade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1988.

BRASIL. Código Penal. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1.940**. Rio de Janeiro, RJ, Presidência da República, 1940.

SHECARIA, Sérgio Salomão. **Sistema de Garantias e o Direito Penal Juvenil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: Parte Geral* – Volume I. 16ª ed. Rio de Janeiro-RJ, 2014.

_____, Rogério. *Curso de Direito Penal: Parte Especial* – Volume III. 16ª ed. Rio de Janeiro-RJ, 2014.

JESUS, Damásio Evangelista. *Direito Penal: 1º Volume* – Parte Geral. 35ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____, Damásio Evangelista. *Direito Penal: 2º Volume* – Parte Especial. 35ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MASSON, Cléber. *Direito Penal: Volume 1 – Parte Geral*. 6ª ed. São Paulo: Método, 2014.

_____, Cléber. *Direito Penal: Volume 2 – Parte Especial*. 6ª ed. São Paulo: Método, 2014.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal: 1º Volume* – Parte Geral. 30ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

_____, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal: 2º Volume* – Parte Especial. 30ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5ª ed. 8ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2010.

NOTAS:

[1] JORGE, Éder. Redução da maioria penal. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 60, nov. 2002. Disponível em: . Acesso em: 28 abr. 2015.

[2] PINTO, Bárbara. O Menor e a Menoridade sob a Ótica do Direito Criminal Brasileiro na Década de 1880: as Idéias de Tobias Barreto e João Vieira de Araújo. *Revista Justiça & História*. v. 2, n. 3, ISSN 1676-5834. Disponível em: www.tj.rs.gov.br/institu/memorial. Acesso em: 15 de setembro de 2014.

[3] BRASIL. Congresso. Senado. Parecer n.º 478/2007. Sobre a Proposta de Emenda à Constituição n.º 20, de 1999, que altera o art. 228 da Constituição Federal, reduzindo para dezesseis anos de idade para imputabilidade penal. Publicado no Diário do Senado Federal n.º 086, ano LXII, p. 19019, 12 de junho de 2007. Disponível em: www.senado.gov.br. Acesso em: 15 de setembro de 20

[4] <http://luizflaviogomes.com/reducao-da-maioridade-penal/>

[5] Branco, P. (2010). *Juízo de Ponderação na Jurisdição Constitucional* (1ª ed., pag 103.). São Paulo, Saraiva

[6] Capez, F. (2010). *Curso de Direito Penal, Parte Geral* (15ª ed., p. 103.). São Paulo, Saraiva

O RECONHECIMENTO DA VIOLAÇÃO AO DEVER DE FIDELIDADE COMO PRESSUPOSTO DE RESPONSABILIDADE CIVIL: UMA ANÁLISE À LUZ DO ENTENDIMENTO PRETORIANO DO STJ

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: Com clareza solar, a Lei N°. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002, que institui o Código Civil, enumera como um dos deveres do casamento a fidelidade, sendo considerada como lealdade e firmeza nos compromissos firmados. Certamente a infidelidade não perdeu seu status de representar a mais abjeta causa de separação afetiva, de formação monogâmica, repugna à natureza dos povos ocidentais qualquer pluralidade de relações, conquanto tenha sido descriminalizado o adultério, provavelmente segue sendo uma das mais dolorosas causas de rompimento do vínculo conjugal. Com destaque, a infidelidade pressupõe exclusividade do débito conjugal, porquanto com o casamento cada cônjuge renuncia à sua liberdade sexual, lançando, via de consequência, mão do direito de unir-se sexualmente ou em íntima afetividade com qualquer outra pessoa que não seja o seu consorte. Imerso nas ponderações aventadas acima, cuida salientar que a mera infidelidade, sem produzir maiores repercussões, tal como pontuado algures, não tem o condão de gerar o dever de indenizar o cônjuge traído. Ora, os valores contemporâneos, que permeiam a sociedade, não reputam importante a manutenção da sociedade conjugal o dever de fidelidade recíproca, que faz do casamento não uma confluência de afetos e interesses maiores de companheirismo e colaboração, mas um mecanismo de repressão sexual, quando o relacionamento alcança o seu término.

Palavras-chaves: Direito de Família. Responsabilidade Civil. Infidelidade.

Sumário: 1 Considerações Iniciais: O Aspecto de Mutabilidade da Ciência Jurídica em relevo; 2 A Interdisciplinaridade entre o Direito das Famílias e a Responsabilidade Civil; 3 O Reconhecimento da Violação ao Dever de Fidelidade como pressuposto de Responsabilidade Civil: Uma análise à luz do entendimento pretoriano do STJ

1 Considerações Iniciais: O Aspecto da Mutabilidade da Ciência Jurídica em relevo

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 almiré, lançando à tona os aspectos característicos de mutabilidade que passaram a orientar o Direito, tornou-se imperioso salientar, com ênfase, que não mais subsiste uma visão arrimada em preceitos estagnados e estanques, alheios às necessidades e às diversidades sociais que passaram a contornar os Ordenamentos Jurídicos. Ora, em razão do burilado, 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.

Com espeque em tais premissas, cuida hastear 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.

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 de 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 de tais ponderações, ressaltar se faz imperioso que com a inauguração de uma visão civilista, consolidada, maiormente, com a construção e promulgação do Estatuto de 2002, certos valores que, em momento passado, tinham amplo e farto descanso, já que eram a substancialização das características da sociedade dos séculos XIX e XX,

não gozam de sedimento para se nutrir nem sustentáculos robustos para justificar sua manutenção. Ao reverso, passaram a ser anacrônicos e dispensáveis, sendo, por extensão, substituídos por uma gama de novos corolários e baldrames, que refletem a realidade vigente, abarcando os aspectos mais proeminentes da coletividade.

Neste diapasão, calha sublinhar, com grossos traços, que o Diploma em apreço abarcou tanto premissas de cunho patrimonialista, oriundas do antigo Códex de 1916, como a visão humanitarista e social preconizada e substancialmente valorizada pela Carta Magna, baseando-se nos valores da pessoa humana, da criança, do adolescente, do idoso, do consumidor, do deficiente e da família. Desta feita, cumpre afirmar que maciças foram as alterações trazidas pela Lei N^o. 10.406/2002 que, praticamente, todos os ramos que o constituem sofreram grandes mudanças, dentre os quais está à parte dos Contratos. Denota-se também a relevante valoração de certos mandamentos e preceitos que em outros tempos foram renegados a uma segunda categoria, dentre os quais o princípio da solidariedade familiar, da pluralidade das entidades familiares e da isonomia entre os cônjuges/companheiros, sem olvidar da igualdade entre os filhos.

2 A Interdisciplinaridade entre o Direito das Famílias e a Responsabilidade Civil

À sombra dos argumentos aventados, é possível salientar que não mais prospera a visão da Ciência Jurídica enquanto um arcabouço teórico hermético, no qual inexistia qualquer diálogo entre as suas ramificações. Nesta toada, convém mencionar que a interdisciplinaridade apresenta, como axioma robusto, uma interação entre as ciências, sendo considerada uma proeminente ferramenta que propicia o alargamento do conhecimento, tal como a contemporaneidade das múltiplas ramificações. Ao lado disso, a tendência em comento objetiva possibilitar que, na produção do conhecimento, não incida o radical cientificismo formalista ou ainda o exacerbado humanismo, promovendo uma conjunção de distintas óticas, oriundos das mais complexas e díspares variantes científicas.

Entrementes, ao se analisar o aspecto de mutabilidade que influência a Ciência Jurídica, quadra assinalar que os entendimentos vanguardistas e inovadores carecem de íterim para serem assimilados nas situações concretas, eis que ainda se verifica entendimentos conservadores, nos quais os diálogos entre ramificações distintas do Direito não recebem amparo. Tal situação ocorre sobremaneira no que se refere à monetarização dos desgastes advindos das relações conjugais, notadamente quando há presença de infidelidade, ruptura dos vínculos de lealdade. Aludidas questões são encaradas, em especial pela jurisprudência, como meros dissabores da vida cotidiana, os quais não têm o condão de configurar abalo à honra ou mesmo enseja afixação de verba indenizatória ao cônjuge ou companheiro traído. É possível colacionar, neste aspecto, entendimentos jurisprudenciais que não acolhem o pedido indenizatório quando há traição. Para tanto, colaciona-se:

Ementa: Apelação cível. Ação de divórcio litigioso direto. Indenização por dano moral. Cerceamento de defesa. Preliminar rejeitada. Agravo retido desprovido. Cabe ao julgador apreciar, com base no artigo 130 do Código de Processo Civil, quais as provas necessárias para a instrução do feito, sendo-lhe facultado o indeferimento daquelas que entenda inúteis ou então protelatórias. Infidelidade. Dano moral. Descabimento. A apelante pretende a condenação do apelado ao pagamento de indenização por danos morais, em razão da conduta ilícita do apelado: infidelidade, isto é, relação extraconjugal do apelado com a mãe e tia da apelante. Esta Corte entende que a quebra de um dos deveres inerentes ao casamento, a fidelidade, não gera o dever de indenizar. Além disso, não evidenciada a ocorrência dos alegados danos morais, porque os fatos delituosos de infidelidade não são recentes, nem são a causa direta do divórcio movido pelo apelado. A apelante somente veio alegar os danos decorrentes da infidelidade do apelado, em reconvenção, na ação de

divórcio direto ajuizada pelo apelado, quando já está separada de fato do apelado há mais de três anos e já convivendo com outro companheiro. Preliminar rejeitada, e agravo retido e recurso de apelação desprovidos. (Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul - Sétima Câmara Cível/ Apelação Cível nº 70023479264/ Relator: Desembargador Ricardo Raupp Ruschel/ Julgado em 16.07.2008).

Com efeito, em que pese o entendimento vanguardista, o qual apregoa o diálogo entre as distintas ramificações do Direito, verifica-se, ainda, robusta resistência dos aplicadores do ordenamento jurídico em permitir um diálogo maior entre a Responsabilidade Civil e o Direito de Família. “*O Estado não pode interferir tão a fundo nas relações que envolvam sentimentos, sob pena de acabar impondo, em caráter mais punitivo do que realmente indenizatório, o que seria muito mais uma vingança do que uma reparação propriamente dita*”^[4], como assinalou o Desembargador Jorge Luís Dall’Agnol, ao relatoriar a Apelação Cível N°. 70051711935. É denotável que a tônica do argumento encontra sedimento no ideário que a reparação de desilusões, traições, humilhações e tantos outros dissabores advindos das relações conjugais promoveria uma mercantilização das relações existenciais. Em mesmo sentido, é possível fazer alusão ao entendimento jurisprudencial firmado pelo Ministro Luís Felipe Salomão, em relatoriar o Recurso Especial N° 1.122.547/MG, em especial quando pondera que:

O cúmplice de cônjuge infiel não tem o dever de indenizar o traído, uma vez que o conceito de ilicitude está imbricado na violação de um dever legal ou contratual, do qual resulta dano para outrem, e não há no ordenamento jurídico pátrio norma de direito público ou privado que obrigue terceiros a velar pela fidelidade conjugal em casamento do qual não faz parte^[5].

Todavia, em que pese o pensamento conservador que ainda subsiste, de maneira paulatina, é possível verificar, em se tratando da

Ciência Jurídica, constantes manifestações no sentido de permitir o complemento entre os diversos ramos jurídicos, a exemplo do diálogo travado entre o Direito Civil e o Direito Constitucional. Ao lado disso, como um traço característico da contemporaneidade está cingido na abundância das fontes legislativas, patentes são as possibilidades de conversações jurídicas, a orientar o aplicador e o intérprete do arcabouço normativo pátrio. *“As interfaces, as interligações mutualistas, entre os diversos ramos do Direito Civil, também são constantes na contemporaneidade. As mais marcantes são as interações entre o Direito de Família e o Direito das Obrigações”*[6]. Na mesma ótica, agasalhando-se pelas robustas modificações que têm emoldurado o Direito contemporâneo, é possível ponderar que a responsabilidade civil tem influenciado nas relações familiares, seja nas relações de parentalidade, seja nos vínculos de conjugalidade. Nesta última, o tema da responsabilidade civil tem permeado as manifestações jurisprudenciais, com uma quantidade enorme de variantes, havendo entendimento que sustentam a inocorrência de tal diálogo.

O primeiro pilar sustentador do diálogo entre as ramificações do Direito das Obrigações e do Direito de Família encontra sedimento na premissa que se refere à normal incidência das regras concernentes à responsabilidade civil a essa seara da Ciência Jurídica. Ora, não mais prospera a anacrônica distinção entre os Direitos Patrimoniais e os Direitos Existenciais, sendo certo que, após a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988[7], os institutos obrigacionais e contratuais passaram a encontrar como ponto de arrimo a proteção e promoção da pessoa humana, florescendo, em razão disso, normas protetivas de ordem pública, intimamente relacionadas com os axiomas sociais contratuais. *“No entanto, dentro do Direito de Família, há normas de cunho patrimonial, de ordem privada, que até podem ser contrariadas pela autonomia privada dos envolvidos por serem dispositivas”*[8]. Ora, como decorrência lógica dos argumentos arvorados, não é possível admitir uma visão hermética, na qual os corolários das múltiplas ramificações do Direito não podem influenciar se interpenetrar; ao reverso, o diálogo e a influência da tábua principiológica, enquanto instrumento de concreção da

doutrina pós-positivista, se apresenta como extremamente salutar para o dinamismo da Ciência Jurídica.

Outro ponto de escora que merece destaque, o conceito de culpa, essencial para a interseção e unificação de uma acepção conceitual da responsabilidade civil. Ao lado disso, não é possível olvidar que a culpa, em um sentido amplo, se afigura como elemento estruturante do ato ilícito, encontrando previsão no artigo 186 da Lei Nº. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002[9], que institui o Código Civil, pelo qual este é perpetrado que, por ação ou omissão voluntária (dolo), negligência ou imperícia (culpa em sentido estrito), violar direito e causar dano a outrem, ainda que seja exclusivamente em uma órbita moral. Ora, crucial se faz evidenciar que a culpa do ato ilícito e da responsabilidade civil é a mesma culpa propulsora do término dos vínculos conjugais, porquanto ambas as espécies albergam em si a concepção do desrespeito a um dever preexistente.

Um terceiro bastião robusto, há a convicção de que a responsabilidade civil emerge nas relações de conjugalidade é, fundamentalmente, uma responsabilidade extracontratual. Ora, cuida salientar que não é possível admitir que o casamento, no atual cenário brasileiro, no qual o afeto passou a impregnar e a influenciar os liames afetivos, recebendo inclusive farta recepção pelos entendimentos jurisprudenciais vanguardistas[10]. Com supedâneo nas ponderações de Tartuce e Simão, “*em havendo um ato ilícito extracontratual, deve servir comonorte o outrora citado art. 186 do Código Civil, pelo qual o ato ilícito exige a presença dos demais elementos: a) a violação de um direito, essencialmente de natureza subjetiva ou pessoal, e b) um dano que pode ser material ou imaterial*”[11].

3 O Reconhecimento da Violação ao Dever de Fidelidade como pressuposto de Responsabilidade Civil: Uma análise à luz do entendimento pretoriano do STJ

Com clareza solar, a Lei Nº. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002[12], que institui o Código Civil, enumera como um dos deveres do casamento a fidelidade, sendo considerada como lealdade e firmeza nos

compromissos firmados. Como bem aponta Rolf Madaleno, “*certamente a infidelidade não perdeu seu status de representar a mais abjeta causa de separação afetiva, de formação monogâmica, repugna à natureza dos povos ocidentais qualquer pluralidade de relações*”^[13], conquanto tenha sido descriminalizado o adultério, provavelmente segue sendo uma das mais dolorosas causas de rompimento do vínculo conjugal. Com destaque, a infidelidade pressupõe exclusividade do débito conjugal, porquanto com o casamento cada cônjuge renuncia à sua liberdade sexual, lançando, via de consequência, mão do direito de unir-se sexualmente ou em íntima afetividade com qualquer outra pessoa que não seja o seu consorte.

Em mesmo sentido, Venosa obtempera que a “*fidelidade recíproca é corolário da família monogâmica admitida por nossa sociedade. A norma tem caráter social, estrutural, moral e normativo, como é intuitivo*”^[14]. Entretanto, conquanto atua em distintas esferas, é também norma jurídica, posto que sua transgressão admite punição na órbita civil. Trata-se de um estado de espírito, facilmente compreensível, caso seja considerado que corriqueiramente ela decorre de desajustes, desentendimentos ou mesmo incompreensões conjugais, tornando mais graves as cenas de ciúme e um estado de maciça insegurança quando faltam maturidade e confiança no parceiro conjugal. Nesta toada, ainda, convém mencionar que o esfacelamento do dever de fidelidade é o adultério que se consuma com a conjunção carnal com outra pessoa.

Imerso nas ponderações aventadas acima, cuida salientar que a mera infidelidade, sem produzir maiores repercussões, tal como pontuado algures, não tem o condão de gerar o dever de indenizar o cônjuge traído. Ora, os valores contemporâneos, que permeiam a sociedade, não reputam importante a manutenção da sociedade conjugal o dever de fidelidade recíproca, que faz do casamento não uma confluência de afetos e interesses maiores de companheirismo e colaboração, mas um mecanismo de repressão sexual, quando o relacionamento alcança o seu término. Coadunando com os argumentos articulados, anotar faz-se carecido o entendimento do Desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, ao relatoriar a Apelação Cível N°. 70049346125, em especial quando destaca que “*é forçoso convir que a infidelidade constitui fato da*

vida, que gerasofrimento e é capaz de determinar a ruptura da relação amorosa havida, mas não constitui ato ilícito e não enseja indenização por dano moral”[15]. Verifica-se, desta maneira, que a infidelidade, por si só, não tem o condão de substancializar o dano moral, sendo necessária a demonstração do momento ou do fato que causou constrangimento ao cônjuge traído.

Doutro modo, *“em algumas situações de maior gravidade, justifica-se a incidência das regras da responsabilidade civil desde que preenchidos os seus requisitos: a conduta humana; a culpa em sentido amplo [...]; o nexó de causalidade e o dano ou prejuízo”[16].* Cuida explicitar que, conquanto os entendimentos doutrinários remansosos acenem para a impossibilidade de fixação de indenização em razão da infidelidade, não é possível olvidar que floresce o entendimento jurisprudencial que consagra a incidência da responsabilidade civil, quando o esfacelamento do dever de fidelidade desborda o mero aborrecimento, configurando verdadeiro abalo ao cônjuge traído. Nesta esteira, é possível trazer à colação dois paradigmáticos entendimentos jurisprudenciais emanados pelo Superior Tribunal de Justiça, consagrando a responsabilização do cônjuge infiel:

Ementa: Recurso Especial. Direito Civil e Processual. Danos materiais e morais. Alimentos. Irrepetibilidade. Descumprimento do dever de fidelidade. Omissão sobre a verdadeira paternidade biológica de filho nascido na constância do casamento. Dor moral configurada. Redução do valor indenizatório. 1. Os alimentos pagos a menor para prover as condições de sua subsistência são irrepetíveis. 2. O elo de afetividade determinante para a assunção voluntária da paternidade presumidamente legítima pelo nascimento de criança na constância do casamento não invalida a relação construída com o pai socioafetivo ao longo do período de convivência. 3. O dever de fidelidade recíproca dos cônjuges é atributo básico do casamento e não se

estende ao cúmplice de traição a quem não pode ser imputado o fracasso da sociedade conjugal por falta de previsão legal. 4. O cônjuge que deliberadamente omite a verdadeira paternidade biológica do filho gerado na constância do casamento viola o dever de boa -fé, ferindo a dignidade do companheiro (honra subjetiva) induzido a erro acerca de relevantíssimo aspecto da vida que é o exercício da paternidade, verdadeiro projeto de vida. 5. A família é o centro de preservação da pessoa e base mestra da sociedade (art. 226 CF/88) devendo-se preservar no seu âmago a intimidade, a reputação e a autoestima dos seus membros. 6. Impõe-se a redução do valor fixado a título de danos morais por representar solução coerente com o sistema. 7. Recurso especial do autor desprovido; recurso especial da primeira corré parcialmente provido e do segundo corréu provido para julgar improcedente o pedido de sua condenação, arcando o autor, neste caso, com as despesas processuais e honorários advocatícios. (Superior Tribunal de Justiça – Terceira Turma/ REsp 922.462/SP/ Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva/ Julgado em 04.04.2013/ Publicado no DJe em 13.05.2013).

Ementa: Direito civil e processual civil. Recursos especiais interpostos por ambas as partes. Reparação por danos materiais e morais. Descumprimento dos deveres conjugais de lealdade e sinceridade recíprocos. Omissão sobre a verdadeira paternidade biológica. Solidariedade. Valor indenizatório. - Exige-se, para a configuração da responsabilidade civil extracontratual, a inobservância de um dever jurídico que, na hipótese, consubstancia-se na violação dos deveres conjugais de lealdade e sinceridade recíprocos, implícitos no art.

231 do CC/16 (correspondência: art. 1.566 do CC/02).
- Transgride o dever de sinceridade o cônjuge que, deliberadamente, omite a verdadeira paternidade biológica dos filhos gerados na constância do casamento, mantendo o consorte na ignorância. - O desconhecimento do fato de não ser o pai biológico dos filhos gerados durante o casamento atinge a honra subjetiva do cônjuge, justificando a reparação pelos danos morais suportados. - A procedência do pedido de indenização por danos materiais exige a demonstração efetiva de prejuízos suportados, o que não ficou evidenciado no acórdão recorrido, sendo certo que os fatos e provas apresentados no processo escapam da apreciação nesta via especial. - Para a materialização da solidariedade prevista no art. 1.518 do CC/16 (correspondência: art. 942 do CC/02), exige-se que a conduta do "cúmplice" seja ilícita, o que não se caracteriza no processo examinado. - A modificação do valor compulsório a título de danos morais mostra-se necessária tão-somente quando o valor revela-se irrisório ou exagerado, o que não ocorre na hipótese examinada. Recursos especiais não conhecidos. (Superior Tribunal de Justiça – Terceira Turma/ REsp 742.137/RJ/ Relatora: Ministra Nancy Andrighi/ Julgado em 21.08.2007/ Publicado no DJ em 29.10.2007, p. 218).

Uma visão ainda mais vanguardista que vem, de maneira paulatina, ganhando força faz menção à versão virtual, quando um relacionamento erótico-afetivo é entretido por meio da *internet*, e se a comunicação permitir, pode acarretar enlaces que desemboquem em uma relação sexual, materializando o adultério. *“Tanto um fato quanto o outro são relevantes ao Direito, porque podem levar à separação causal do casamento ou à dissolução da união estável. São variáveis as causas motivadoras dos relacionamentos virtuais, alguns porque se aventuram na prática de conhecer outras pessoas”*[17], ao passo que outros busquem

superar o tédio e a solidão, existem aqueles que ambicionam uma maior gratificação em seus relacionamentos pessoais. Trata-se, com efeito, de situação decorrente das inovações tecnológicas e que necessitarão de amparo jurídico, notadamente em razão das consequências advindas dos relacionamentos cibernéticos.

No que concerne ao companheiro do adúltero, o entendimento pretoriano assentado ventila na direção de não ser possível responsabilizar aquele pela infidelidade, sob o argumento de que *“não há como o Judiciário impor um “não fazer” ao cúmplice, decorrendo disso a impossibilidade de se indenizar o ato por inexistência de norma posta - legal e não moral - que assim determine”*[18]. Em complemento, cuida destacar que não há, *in casu*, alicerçar a premissa que inexiste solidariedade entre o concubino e o adúltero, porquanto o dever de fidelidade é reconhecido entre os cônjuges e os companheiros e não entre esses e os seus casos extraconjugais. É absolutamente natural que, em razão da recíproca confiança que, de regra, existe entre os cônjuges, espera-se uma fidelidade recíproca, de cuja violação resulta, presumidamente, dor, sofrimento, desvalor próprio e decepção. Com efeito, no caso de adultério, a dor moral experimentada pelo cônjuge traído decorre, eventualmente e se for o caso, dessa quebra de confiança preexistente entre os cônjuges, e não do ato praticado por terceiro, considerado em si mesmo, de quem nada se esperava. Por fim, cabe lembrar que o princípio fundamental, em sede de direito de família, é o afeto e a proteção dos direitos dos seus membros - reciprocamente considerados e ligados por um laço socioafetivo -, devendo se considerar, hodiernamente, que a manutenção de um rol de deveres conjugais é absolutamente inócua, tendo em vista que, durante a existência do vínculo conjugal, o qual é pautado, sobretudo, na afetividade, tais comandos mostram-se inoperantes.

Referências:

BRASIL. Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: . Acesso em 17 set. 2016a.

_____. **Lei N.º. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: . Acesso em 17 set. 2016b.

_____. **Superior Tribunal de Justiça.** Disponível em: . Acesso em 17 set. 2016c.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: . Acesso em 17 set. 2016d.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família.** Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MINAS GERAIS (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.** Disponível em: . Acesso em 17 set. 2016.

RIO GRANDE DO SUL (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.** Disponível em: . Acesso em 17 set. 2016.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil: Direito de Família.** v. 5. 7 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Método, 2012.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família.** v. VII. 13 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas,** Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: . Acesso em 17 set. 2016.

NOTAS:

[1] VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas,** Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: . Acesso em 17 set. 2016.

[2] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** Acórdão em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental N.º. 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: . Acesso em 17 set. 2016.

[3] VERDAN, 2009, s.p.

[4] RIO GRANDE DO SUL (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**. Acórdão proferido em Apelação Cível N°. 70051711935. Apelação Cível. Ação de reconhecimento e dissolução de união estável. Partilha de bens. É reconhecida a união estável quando comprovada a existência de convivência pública, contínua, duradoura e estabelecida com objetivo de constituir família. O patrimônio adquirido onerosamente no período em que reconhecida a união estável deve ser dividido igualmente entre o casal. Dano moral. Indenização. Não há dano a ser reparado quanto aos dissabores decorrentes do término da união estável. Para a configuração da responsabilidade de indenizar é imperioso a existência do dano, ilícito e nexos de causalidade. A infidelidade, por si só, não caracteriza o dano, sendo necessária a demonstração do momento ou fato que lhe causou o constrangimento público alegado. Ademais, não há mais a perquirição da culpa, sob pena de violação a liberdade, a intimidade e a vida privada do casal. Honorários advocatícios. Compensação. Com a sucumbência recíproca compensam-se os honorários de advogado, nos termos do art. 21, *caput*, CPC e súmula 306 do STJ. Litigância de má-fé não configurada. Apelação Cível desprovida. Órgão Julgador: Sétima Câmara Cível. Relator: Relator: Desembargador Jorge Luís Dall’Agnol. Julgado em 27.02.2013. Disponível em: . Acesso em 17 set. 2016.

[5] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão proferido em Recurso Especial N° 1.122.547/MG**. Responsabilidade civil. Dano

moral. Adultério. Ação ajuizada pelo marido traído em face do cúmplice da ex-esposa. Ato ilícito.inexistência. Ausência de violação de norma posta. 1. O cúmplice de cônjuge infiel não tem o dever de indenizar o traído, uma vez que o conceito de ilicitude está imbricado na violação de um dever legal ou contratual, do qual resulta dano para outrem, e não há no ordenamento jurídico pátrio norma de direito público ou privado que obrigue terceiros a velar pela fidelidade conjugal em casamento do qual não faz parte. 2. Não há como o Judiciário impor um "não fazer" ao cúmplice, decorrendo disso a impossibilidade de se indenizar o ato por inexistência de norma posta - legal e não moral - que assim determine. O réu é estranho à relação jurídica existente entre o autor e sua ex-esposa, relação da qual se origina o dever de fidelidade mencionado no art. 1.566, inciso I, do Código Civil de 2002. 3. De outra parte, não se reconhece solidariedade do réu por suposto ilícito praticado pela ex-esposa do autor, tendo em vista que o art. 942, caput e § único, do CC/02 (art. 1.518 do CC/16), somente tem aplicação quando o ato do co-autor ou partícipe for, em si, ilícito, o que não se verifica na hipótese dos autos. 4. Recurso especial não conhecido. Órgão Julgador: Quarta Turma. Relator: Ministro Luis Felipe Salomão. Julgado em 10.11.2009. Publicado no DJe em 27.11.2009. Disponível em: . Acesso em 17 set. 2016.

[6] TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil: Direito de Família**. v. 5. 7 ed. São Paulo: Editora Método, 2012, p. 218.

[7] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: . 17 set. 2016.

[8] TARTUCE; SIMÃO, 2012, p. 219.

[9] BRASIL. **Lei Nº. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: . Acesso em: 17 set. 2016.

[10] Neste sentido: BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão proferido no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário Nº 477.554. União Civil entre pessoas do mesmo sexo - Alta relevância social e jurídico-constitucional da questão pertinente às uniões homoafetivas - Legitimidade Constitucional do reconhecimento e qualificação da união estável homoafetiva como entidade familiar: Posição consagrada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (ADPF 132/RJ e ADI 4.277/DF) - [...] Adimensão constitucional do afeto como um dos fundamentos da família moderna. - O reconhecimento do afeto como valor

jurídico impregnado de natureza constitucional: um novo paradigma que informa e inspira a formulação do próprio conceito de família. Doutrina. Dignidade da Pessoa Humana e Busca pela Felicidade - O postulado da dignidade da pessoa humana, que representa - considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) - significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País, traduz, e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo. Doutrina. - O princípio constitucional da busca da felicidade, que decorre, por implicitude, do núcleo de que se irradia o postulado da dignidade da pessoa humana, assume papel de extremo relevo no processo de afirmação, gozo e expansão dos direitos fundamentais, qualificando-se, em função de sua própria teleologia, como fator de neutralização de práticas ou de omissões lesivas cuja ocorrência possa comprometer, afetar ou, até mesmo, esterilizar direitos e franquias individuais. - Assiste, por isso mesmo, a todos, sem qualquer exclusão, o direito à busca da felicidade, verdadeiro postulado constitucional implícito, que se qualifica como expressão de uma idéia-força que deriva do princípio da essencial dignidade da pessoa humana. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e da Suprema Corte americana. Positivização desse princípio no plano do direito comparado [...]. Órgão Julgador: Segunda Turma. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 16.08.2011. Publicado no DJe-164. Divulgado em 25.08.2011. Publicado no DJe em 26.08.2011. Disponível em: . Acesso em 17 set. 2016.

[11] TARTUCE; SIMÃO, 2012, p. 220.

[12] BRASIL. **Lei Nº. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: . Acesso em: 17 set. 2016.

[13] MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família.** Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 149.

[14] VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família.** v. VII. 13 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013, p. 146.

[15] RIO GRANDE DO SUL (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.** Acórdão proferido em Apelação Cível Nº. 70049346125. Ementa: união estável. Indenização por dano moral. Descabimento. 1. Sendo incontroversa a união estável afirmada na exordial, admitida pelo réu e reconhecida pelo casal em escritura pública, é cabível o reconhecimento judicial da entidade familiar. 2. Se a causa de

pedir foi a infidelidade do varão durante a união estável entretida pelo casal e se a prova coligida evidencia que o casal já estava rompido de fato ou em vias de rompimento, tanto que o varão estava trabalhando e morando em outro país, então resta esvaziado o pleito indenizatório. 3. Ainda que se pudesse admitir que o casal mantivesse união estável, mesmo com o varão morando em outro país, é forçoso convir que a infidelidade constitui fato da vida, que gera sofrimento e é capaz de determinar a ruptura da relação amorosa havida, mas não constitui ato ilícito e não enseja indenização por dano moral. 4. Não se pode desconhecer que a ruptura de uma relação amorosa ou até mesmo de uma amizade, assim como inúmeros outros fatos da vida, pode provocar dor, mágoa, decepção e causar profundo sofrimento, mas nem por essa razão deve ser cogitar de indenização, pois a reparação civil tem por pressuposto a existência de um prejuízo efetivo e que este seja decorrente de uma conduta ilícita. Recurso desprovido. Órgão Julgador: Sétima Câmara Cível. Relator: Desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Julgado em 25.07.2012. Disponível em: . Acesso em 17 set. 2016.

[16] TARTUCE; SIMÃO, 2012, p. 228.

[17] MADALENO, 2008, p. 150

[18] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão proferido em Recurso Especial nº 1.122.547/MG. Responsabilidade Civil. Dano moral. Adultério. Ação ajuizada pelo marido traído em face do cúmplice da ex-esposa. Ato ilícito. Inexistência. Ausência de violação de norma posta. 1. O cúmplice de cônjuge infiel não tem o dever de indenizar o traído, uma vez que o conceito de ilicitude está imbricado na violação de um dever legal ou contratual, do qual resulta dano para outrem, e não há no ordenamento jurídico pátrio norma de direito público ou privado que obrigue terceiros a velar pela fidelidade conjugal em casamento do qual não faz parte. 2. Não há como o Judiciário impor um "não fazer" ao cúmplice, decorrendo disso a impossibilidade de se indenizar o ato por inexistência de norma posta - legal e não moral - que assim determine. O réu é estranho à relação jurídica existente entre o autor e sua ex-esposa, relação da qual se origina o dever de fidelidade mencionado no art. 1.566, inciso I, do Código Civil de 2002. 3. De outra parte, não se reconhece solidariedade do réu por suposto ilícito praticado pela ex-esposa do autor, tendo em vista que o art. 942, caput e § único, do CC/02 (art. 1.518 do CC/16), somente tem aplicação quando o ato do co-autor ou partícipe for, em si, ilícito, o que não se verifica na

hipótese dos autos. 4. Recurso especial não conhecido. Órgão Julgador: Quarta Turma. Ministro Relator: Luís Felipe Salomão. Julgado em 10.11.2009. Publicado no DJe em 27.11.2009. Disponível em: . Acesso em 17 set. 2016.

PENSANDO A LIBERDADE E A IGUALDADE NA DEMOCRACIA

ANA LUÍSA GONÇALVES ROCHA: Estudante de Direito na Universidade de Brasília - UNB.

Introdução

É certo que liberdade e igualdade são conceitos chave para a compreensão do que vem a ser um modelo político de democracia, e se esta seria apenas um modelo político ou ainda, uma forma da vida social.

Uma das grandes e mais polêmicas questões se trata de como conceber liberdade e igualdade como categorias não contraditórias de um mesmo todo. A discussão é antiga e remonta aos primórdios tanto da Filosofia quanto da Ciência Política. Pensadores como Aristóteles, Stuart Mill, Maquiavel, Espinosa e Marx, de uma forma ou de outra, discutiram e trataram do tema em suas obras.

Desenvolvimento

Para Aristóteles, a Cidade democrática não se definiria pela igualdade, mas pela liberdade, pois os homens são tidos como iguais para participar do poder porque são livres, assim como numa aristocracia o valor que define a igualdade de participação é a nobreza e, na oligarquia, a riqueza.

Espinosa, por sua vez, entende que a democracia é livre porque é igualitária: o poder de cada um depende da potência do poder coletivo, da proporção entre o poder da potência soberana e o poder das potências individuais. A Cidade é tanto mais livre quanto mais o poder, sendo de todos, não possa ser de ninguém. A tirania constituiria uma forma política na qual o detentor do poder se identifica com o próprio poder. Na democracia, no entanto, ninguém poderia se identificar com o poder.

Tocqueville, ao analisar a recém-construída república norte-americana - para ele, um modelo pelo qual as repúblicas poderiam se pautar, “a imagem da democracia em si mesma” – identificou como fator primitivo e edificador da democracia a igualdade de condições. Na América

estariam presentes os pressupostos da existência da democracia, quais sejam, o equilíbrio entre poderes, a liberdade, o respeito ao direito e, principalmente, a soberania popular, reconhecida nos costumes e proclamada pelas leis.

O grande problema para Tocqueville é que, enquanto a igualdade aparece naturalmente para a sociedade e pode ser sentida por todos, sem esforços, a conquista da liberdade exige sacrifícios e aparece apenas com o tempo. Assim, apesar de os povos democráticos gostarem da liberdade, presam pela igualdade – desejam a igualdade na liberdade, mas se não puderem obtê-la, irão desejá-la até na escravidão. A igualdade, assim, não implica necessariamente em instituições livres.

O grande medo de Toqueville? A tirania da maioria. O remédio? A liberdade de associação. Tanto na obra de Toqueville quanto nas de diversos outros autores, há uma grande valorização do sistema representativo eleitoral, como se este fosse suficiente para garantir o “governo do povo”. A concepção liberal de democracia se manifestaria apenas no processo eleitoral e sobretudo em caráter de representatividade.

Daí a grande importância que se dá aos partidos como forma de associação política livre do poder coletivo do indivíduo: pessoas com a mesma opinião unem-se em colégios eleitorais e nomeiam mandatários para representá-los com o objetivo de fazer prevalecer a sua doutrina.

Na prática, sabemos que a questão dos partidos não é simples assim, e, como bem aponta Marilena Chauí, tem de se levar em conta que o partido em si é uma espécie de microcosmo da sociedade. Isso quer dizer que dentro do próprio partido há aqueles que tem voz, e aqueles cuja voz é suprimida, de modo a homogeneizar um ponto de vista – muita vezes não há uma democracia interna no partido.

Por isso é que Chauí entende não ser suficiente discutir a democracia apenas como um sistema político, restringindo-se ao debate da liberdade e da igualdade. Para a autora, enquanto não levamos em conta a questão da alienação, da divisão das classes para e pela exploração da mais-valia pelo

Estado, não trataremos do Poder em si e, portanto, não passaremos à percepção da democracia como forma da vida social.

Mas porque se diz que a ênfase na igualdade conduziu ao socialismo e a ênfase dada à liberdade conduziu à social-democracia? Será que socialismo e democracia devem ser considerados separadamente? Chauí aponta para o perigo de, separando-se esses dois conceitos, cair na redução do processo histórico a um encadeamento linear de acontecimentos, aquilo que ela chama de “a visão linear da história”. Nesse sentido, a história seria apenas sucessão entre passado presente e futuro, unindo ou separando a democracia e o socialismo conforme as circunstâncias permitissem ou não.

Conclusão

A compreensão da história deve se dar como resultado do trabalho interno que a sociedade efetua sobre si. Dessa forma, o homem, nos moldes da dialética marxista, passa ser visto e se ver como um sujeito histórico e transformador, capaz de, criticamente, conformar suas ideias ao mundo e refletir a prática social da democracia. Assim, também, não se fará necessário separar a democracia e o socialismo, podendo-se entendê-los como a concretização um do outro, instados na liberdade e na igualdade.

DO DESACATO - "DESCRIMINALIZAÇÃO" PELA 5ª TURMA DO STJ E ADOÇÃO DO ENTENDIMENTO PELA 6ª TURMA E PELO TRF DA 5ª

FELIPE VIANA DE ARAUJO DUQUE: Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco. Pós Graduado em Direito Civil pela UNIDERP/LFG. Pós Graduando em Direito Processual Tributário pela UNIDERP/LFG. Assessor Técnico Judiciário em Gabinete de Desembargador do Tribunal de Justiça de Pernambuco.

Introdução

Trata-se da análise da recente decisão da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça – STJ que, no julgamento do recurso especial nº 1.640.084, descriminalizou o crime de desacato, bem como os reflexos dessa decisão (na 6ª Turma do STJ e no TRF da 5ª) no direito penal como um todo, tomada com fundamento no instituto jurídico do controle de convencionalidade das leis.

1. Do Desacato:

Insta frisar que, localizado no capítulo II do título XI da parte especial do código penal, sob a denominação “Dos Crimes Praticados por Particular Contra a Administração em Geral”, o artigo 331 descreve o crime de desacato. Eis o seu teor: “Art. 331 - Desacatar funcionário público no exercício da função ou em razão dela: Pena - detenção, de seis meses a dois anos, ou multa”.

Conforme a doutrina, o crime de desacato pode ser classificado como crime simples, comum, de concurso eventual, de ação livre, comissivo ou omissivo, de mera conduta, instantâneo e doloso.

Cite-se, o desacato não se confunde com o crime de injúria, pois esse é realizado fora da presença do funcionário público, enquanto aquele pressupõe que a ofensa seja proferida em sua presença. Por essa razão, enquanto os crimes contra a honra do funcionário público, em razão do exercício de suas funções, são de ação privada ou, alternativamente, de ação pública condicionada à representação, segundo o enunciado da súmula 714

do STF, o crime de desacato se processa sempre mediante ação pública incondicionada.

Isto porque, a razão de ser da ação pública incondicionada no crime de desacato se dá pelo fato de que o sujeito passivo primário do crime é o estado, diferentemente do que ocorre no crime de injúria, em que o é o próprio funcionário público - no crime de desacato, esse é o sujeito passivo secundário.

Conforme Cléber Masson:

“Todo funcionário público, do mais humilde ao mais graduado, representa o Estado, agindo em seu nome e em seu benefício, buscando sempre a consecução do interesse público. Consequentemente, no exercício legítimo do seu cargo, o agente público deve estar protegido contra investidas violentas ou ameaçadoras. [...] O bem jurídico penalmente protegido é a Administração Pública, especialmente no tocante ao desempenho normal, à dignidade e ao prestígio da função exercida em nome ou por delegação do Estado. Secundariamente, também se resguarda a honra do funcionário público.” MASSON, Cléber. **Direito penal esquematizado**, vol. 3: parte especial, arts. 213 a 359-H/Cleber Masson - 6. ed. rev. atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016.

Assim, não pode a tutela do bem jurídico principal, que é a própria administração pública, estar sujeita à vontade do funcionário. Fica clara a intenção do legislador de preservar a autoridade das manifestações estatais, exercida dentro da legalidade, das ofensas porventura perpetradas por um particular.

2. Da decisão do STJ e a reverberação do tema.

Recentemente, em 15 de dezembro de 2016, o STJ decidiu, em recurso especial, que o crime de desacato não pode mais ser considerado crime. Tal decisão foi tomada, conforme já parcialmente exposto, com fundamento no controle de convencionalidade do artigo 131 do código penal em relação à Convenção Americana de Direitos Humanos – CADH

(Pacto de São José da Costa Rica). No relatório, o Ministro Ribeiro Dantas, relator, resume:

"o processo em tela apura suposta prática de crime de desacato pelo recorrente (art 331 do Código Penal), crime que não existe mais em nosso ordenamento jurídico. É que a Relatoria para a Liberdade de Expressão da Comissão Interamericana de Direitos Humanos firmou entendimento de que as normas de direito interno que tipificam o crime de desacato são incompatíveis com o artigo 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos."

Perceba que, a defesa do réu, representada pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo, requereu a absolvição do mesmo, com relação ao crime de desacato, com base no artigo 13 do Pacto de São José da Costa Rica, que estabelece a proibição de atos e legislações que atentem contra o direito à liberdade de pensamento e expressão. Eis o seu texto:

Artigo 13 - Liberdade de pensamento e de expressão:

1. Toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito inclui a liberdade de procurar, receber e difundir informações e idéias de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha.

2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito à censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para assegurar:

a) o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas;

b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.

3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias e meios indiretos, tais como o abuso de controles

oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de idéias e opiniões.

4. A lei pode submeter os espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2.

5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência.

Na origem, o TJSP se manifestou no sentido de que “o Tratado não é incompatível com o crime de desacato, pois a garantia da liberdade de expressão e pensamento não autoriza ofensa gratuita dirigida a servidores públicos”; alegando ainda que “a previsão do delito de desacato insere-se em hipótese de responsabilidade ulterior pela ocorrência das violações mencionadas no item 2 do art. 13 da Convenção”, não tendo acolhido a pretensão da defesa. Já no STJ, o Relator Ministro Ribeiro Dantas discordou dessa tese, nos seguintes termos:

“O art. 2º, c/c o art. 29, da Convenção Americana de Direitos Humanos prevê a adoção, pelos Estados Partes, de ‘medidas legislativas ou de outra natureza’, visando à solução de antinomias normativas que possam suprimir ou limitar o efetivo exercício de direitos e liberdades fundamentais: [...] Artigo 29. Normas de interpretação. Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de: a. permitir a qualquer dos Estados Partes, grupo ou pessoa, suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista [...]”.

Por outro lado, o parecer da Subprocuradoria-Geral da República foi pelo provimento da alegação defensiva do recurso especial, sob os seguintes argumentos:

“[...] A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) já se pronunciou no sentido de que a criminalização do desacato contraria a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). [...] Na colisão entre normas de direito interno e previsões da CADH, as regras de interpretação nela previstas (art. 29) determinam a prevalência da norma do tratado. [...] O Supremo Tribunal Federal já firmou entendimento de que os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo país e incorporados ao direito interno na forma do artigo 5º, § 2º, da Constituição brasileira, têm natureza supralegal (RE n. 466.343). [...] Resta inviabilizada a condenação por desacato com fundamento em norma interna incompatível com Tratado Internacional de Direitos Humanos (norma supralegal), do qual o Brasil é signatário”.

No STJ, eis o entendimento do Ministro Relator sobre o mérito da alegação de descriminalização do desacato com base na Convenção Americana de Direitos Humanos – CADH (Pacto de São José da Costa Rica):

“A Comissão Interamericana de Direitos Humanos - CIDH já se manifestou no sentido de que as leis de desacato se prestam ao abuso, como meio para silenciar ideias e opiniões consideradas incômodas pelo establishment, bem assim proporcionam maior nível de proteção aos agentes do Estado do que aos particulares, em contravenção aos princípios

democrático e igualitário. [...] A adesão ao Pacto de São José significa a transposição, para a ordem jurídica interna, de critérios recíprocos de interpretação, sob pena de negação da universalidade dos valores inseridos nos direitos fundamentais internacionalmente reconhecidos. Assim, o método hermenêutico mais adequado à concretização da liberdade de expressão reside no postulado *pro homine*, composto de dois princípios de proteção de direitos: a dignidade da pessoa humana e a prevalência dos direitos humanos. [...] A criminalização do desacato está na contramão do humanismo, porque ressalta a preponderância do Estado - personificado em seus agentes - sobre o indivíduo. [...] A existência de tal normativo em nosso ordenamento jurídico é anacrônica, pois traduz desigualdade entre funcionários e particulares, o que é inaceitável no Estado Democrático de Direito. [...] Punir o uso de linguagem e atitudes ofensivas contra agentes estatais é medida capaz de fazer com que as pessoas se abstenham de usufruir do direito à liberdade de expressão, por temor de sanções penais, sendo esta uma das razões pelas quais a CIDH estabeleceu a recomendação de que os países aderentes ao Pacto de São Paulo abolissem suas respectivas leis de desacato. [...] O afastamento da tipificação criminal do desacato não impede a responsabilidade ulterior, civil ou até mesmo de outra figura típica penal (calúnia, injúria, difamação etc.), pela ocorrência de abuso na expressão verbal ou gestual utilizada perante o funcionário público”.

Além disso, abordando a distinção na relação funcionário público – particular estabelecida pelo conteúdo dos tipos penais definidos como desacato, o Ministro Ribeiro Dantas acrescenta que a Convenção Interamericana de Direitos Humanos – CIDH, em seu 108º período ordinário de sessões, realizado de 16 a 27/10/2000, aprovou a Declaração de Princípios sobre Liberdade de Expressão, que afirma no princípio 11:

“Os funcionários públicos estão sujeitos a um maior controle por parte da sociedade. As leis que punem a manifestação ofensiva dirigida a funcionários públicos, geralmente conhecidas como 'leis de desacato', atentam contra a liberdade de expressão e o direito à informação.”

O Relator chama a atenção, ainda, dentre as justificativas da elaboração de tal princípio 11, as seguintes:

“[...] Essa distinção inverte diretamente o princípio fundamental de um sistema democrático, que faz com que o governo seja objeto de controles, entre eles, o escrutínio da cidadania, para prevenir ou controlar o abuso de seu poder coativo. [...] Juntamente com as restrições diretas, as leis de desacato restringem indiretamente a liberdade de expressão, porque carregam consigo a ameaça do cárcere ou multas para aqueles que insultem ou ofendam um funcionário público. [...] Nesse contexto, a distinção entre a pessoa privada e a pública torna-se indispensável. A proteção outorgada a funcionários públicos pelas denominadas leis de desacato atenta abertamente contra esses princípios. Essas leis invertem diretamente os parâmetros de uma sociedade democrática, na qual os funcionários p

úblicos devem estar sujeitos a um maior escrutínio por parte da sociedade. [...]”

Quanto ao entendimento reverberado do STJ, vê-se que o TRF5 adotou integralmente:

PROCESSUAL PENAL E PENAL. Recurso do acusado ante sentença que o condena pela prática do crime de desacato e resistência, tendo por vítimas A situação factual vivida nos autos evidencia a presença de ofensas a patrulheiros rodoviários federais, no exercício de suas funções, além de resistir ao atendimento de exibição de documentos pessoais, cometendo, desta forma, os crimes de desacato e de resistência, desenhados no art. 331 e 329, ambos do Código Penal. O douto do eminente relator buscou amparo em decisão emanada do Superior Tribunal de Justiça, precisamente no Resp 1640084-SP, da relatoria do Min. Ribeiro Dantas, julgado em 15 de dezembro de 2016, para afastar, com fulcro no Pacto de São José da Costa Rica, o caráter delituoso da conduta. Pedem-se as mais respeitosas vênias para discordar, vendo-se, como se vê, a diferença entre o desacato e o direito de liberdade de manifestação. A ementa do julgado referido, inclusive, menciona as ideias e opiniões consideradas incômodas pelo establishment, que, evidentemente, não se confundem com ofensas. Uma coisa é defender ideias e opiniões que vão de encontro a um regime ou a uma política adotada acerca de disso ou daquilo. Outra coisa é ofender, é ridicularizar o servidor público em suas atribuições, chegando, inclusive, a atingir um deles, fisicamente, com um chute, recusando-se a entregar seus documentos pessoais, no que, no aspecto, incide no delito de resistência. Não se enxerga, desta forma, como os fatos deixaram de ser delitos, e, no aspecto,

agregam-se a este voto os fundamentos do voto oral prolatado pelo des. Paulo Roberto de Oliveira, durante o julgamento, pelo que dele emana, em torno da distinção entre ofensas e defesa de ideias e de opiniões. Improvimento ao recurso, para manter a condenação, nos termos alojados na douta sentença. (TRF 5ª R.; ACR 0003751-68.2011.4.05.8201; PB; Segunda Turma; Rel. Juiz Fed. Conv. Ivan Lira de Carvalho; DEJF 06/03/2017; Pág. 34)

Além disso, o STJ através da 6ª Turma voltou a se posicionar sobre o tema:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS ASSESTADO CONTRA ACÓRDÃO DE APELAÇÃO. DESCABIMENTO. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. QUESTÃO NÃO SUSCITADA PELA DEFESA NAS RAZÕES DE APELAÇÃO NÃO OBRIGA O COLEGIADO A SE MANIFESTAR NO PARTICULAR. DESACATO. INSUBSISTÊNCIA DIANTE DA CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (PACTO DE SÃO JOSÉ DA COSTA RICA). JULGAMENTO ISOLADO DESTE SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. INDEFERIMENTO LIMINAR DA PRESENTE IMPETRAÇÃO. 1. Em regra, não é cabível habeas corpus contra acórdão de apelação, como se fosse o STJ uma terceira instância revisora e como se a impetração fizesse as vezes de uma segunda apelação (apelação da apelação). 2. Ausência de flagrante ilegalidade no caso concreto, dado que não está o Tribunal de Justiça obrigado a se manifestar sobre matéria que não foi suscitada pela defesa em suas razões. 3. A insubsistência do crime de desacato frente à Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) foi nesta Corte sufragada em julgamento isolado, de um dos seus

órgãos julgadores, não havendo, ainda, consenso sobre a questão, tampouco é essa a "voz" do Superior Tribunal de Justiça. 4. Indeferimento liminar da presente impetração. (STJ; HC 386.771; Proc. 2017/0018907-1; SC; Sexta Turma; Rel^a Min^a Maria Thereza Assis Moura; DJE 06/02/2017)

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. ROUBO, DESACATO E RESISTÊNCIA. APELAÇÃO CRIMINAL. EFEITO DEVOLUTIVO AMPLO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. ROUBO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME DE ROUBO PARA O DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA Nº 284/STF. TEMA NÃO PREQUESTIONADO. SÚMULAS NºS 282 E 356 DO STF. DESACATO. INCOMPATIBILIDADE DO TIPO PENAL COM A CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE. 1. Uma vez interposto o recurso de apelação, o Tribunal, respeitando o contraditório, poderá enfrentar todas as questões suscitadas, ainda que não decididas na primeira instância, desde que relacionadas ao objeto litigioso recursal, bem como apreciar fundamentos não acolhidos pelo juiz (arts. 10 e 1.013, §§ 1º e 2º, do Código de Processo Civil, c/c art. 3º do Código de Processo Penal). 2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça afasta a aplicabilidade do princípio da insignificância em crimes cometidos mediante o uso de violência ou grave ameaça, como o roubo. 3. O pleito de desclassificação do crime de roubo para o de constrangimento ilegal carece da indicação do dispositivo legal considerado malferido e das razões

que poderiam fundamentar o pedido, devendo-se aplicar o veto da Súmula nº 284/STF. Além disso, o tema não foi objeto de apreciação pelo Tribunal de origem, nem a parte interessada opôs embargos de declaração para suprir tal omissão, o que atrai o óbice das Súmulas nºs 282 e 356 do STF. 4. O art. 2º, c/c o art. 29, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) prevê a adoção, pelos Estados Partes, de "medidas legislativas ou de outra natureza" visando à solução de antinomias normativas que possam suprimir ou limitar o efetivo exercício de direitos e liberdades fundamentais. 5. Na sessão de 4/2/2009, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar, pelo rito do art. 543-C do CPC/1973, o Recurso Especial 914.253/SP, de relatoria do Ministro LUIZ FUX, adotou o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 466.343/SP, no sentido de que os tratados de direitos humanos, ratificados pelo país, têm força supralegal, "o que significa dizer que toda Lei antagônica às normas emanadas de tratados internacionais sobre direitos humanos é destituída de validade. " 6. Decidiu-se, no precedente repetitivo, que, "no plano material, as regras provindas da Convenção Americana de Direitos Humanos, em relação às normas internas, são ampliativas do exercício do direito fundamental à liberdade, razão pela qual paralisam a eficácia normativa da regra interna em sentido contrário, haja vista que não se trata aqui de revogação, mas de invalidade. " 7. A adequação das normas legais aos tratados e convenções internacionais adotados pelo Direito Pátrio configura controle de constitucionalidade, o qual, no caso concreto, por não se cuidar de convenção votada sob regime de Emenda Constitucional, não invade a seara do controle de

constitucionalidade e pode ser feito de forma difusa, até mesmo em sede de Recurso Especial. 8. Nesse particular, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, quando do julgamento do caso Almonacid Arellano y otros V. Chile, passou a exigir que o Poder Judiciário de cada Estado Parte do Pacto de São José da Costa Rica exerça o controle de convencionalidade das normas jurídicas internas que aplica aos casos concretos. 9. Por conseguinte, a ausência de Lei veiculadora de abolitio criminis não inibe a atuação do Poder Judiciário na verificação da inconformidade do art. 331 do Código Penal, que prevê a figura típica do desacato, com o art. 13 do Pacto de São José da Costa Rica, que estipula mecanismos de proteção à liberdade de pensamento e de expressão. 10. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos. CIDH já se manifestou no sentido de que as Leis de desacato se prestam ao abuso, como meio para silenciar ideias e opiniões consideradas incômodas pelo establishment, bem assim proporcionam maior nível de proteção aos agentes do Estado do que aos particulares, em contravenção aos princípios democrático e igualitário. 11. A adesão ao Pacto de São José significa a transposição, para a ordem jurídica interna, de critérios recíprocos de interpretação, sob pena de negação da universalidade dos valores insertos nos direitos fundamentais internacionalmente reconhecidos. Assim, o método hermenêutico mais adequado à concretização da liberdade de expressão reside no postulado pro homine, composto de dois princípios de proteção de direitos: a dignidade da pessoa humana e a prevalência dos direitos humanos. 12. A criminalização do desacato está na contramão do humanismo, porque ressalta a preponderância do Estado. Personificado em seus agentes. Sobre o

indivíduo. 13. A existência de tal normativo em nosso ordenamento jurídico é anacrônica, pois traduz desigualdade entre funcionários e particulares, o que é inaceitável no Estado Democrático de Direito. 14. Punir o uso de linguagem e atitudes ofensivas contra agentes estatais é medida capaz de fazer com que as pessoas se abstenham de usufruir do direito à liberdade de expressão, por temor de sanções penais, sendo esta uma das razões pelas quais a CIDH estabeleceu a recomendação de que os países aderentes ao Pacto de São Paulo abolissem suas respectivas Leis de desacato. 15. O afastamento da tipificação criminal do desacato não impede a responsabilidade ulterior, civil ou até mesmo de outra figura típica penal (calúnia, injúria, difamação etc.), pela ocorrência de abuso na expressão verbal ou gestual utilizada perante o funcionário público. 16. Recurso especial conhecido em parte, e nessa extensão, parcialmente provido para afastar a condenação do recorrente pelo crime de desacato (art. 331 do CP). (STJ; REsp 1.640.084; Proc. 2016/0032106-0; SP; Quinta Turma; Rel. Min. Ribeiro Dantas; DJE 01/02/2017)

3. Conclusão

Fato é que o tipo penal de desacato ainda se encontra em plena vigência, pois no Poder Judiciário apenas o STF pode retirar do ordenamento jurídico tipos penais de forma definitiva e *erga omnes*, através do controle abstrato de constitucionalidade.

Isto é, torna-se possível que os delegados de polícia continuem lavrando autos de prisão, os promotores de justiça denunciando e os juízes julgando.

Não obstante, a decisão serviu de premissa para juízes e demais tribunais inferiores, como demonstrando a adoção da tese pela 6ª Turma do STJ e pelo TRF 5ª.

Referências

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito penal esquematizado: parte especial** – 6. ed. – São Paulo : Saraiva, 2016.

MAZZUOLI, Valério. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. 2ª ed. v.4. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

NOTAS:

RE 1.640.084 – SP, rel. Min. Ribeiro Dantas, 15.12.2016 (2016/0032106-0).

DESESTATIZAÇÃO: É UMA BOA SAÍDA?

ARTUR LEANDRO VELOSO DE SOUZA: Procurador do Estado de Rondônia. Assessor Jurídico Chefe da Secretaria do Estado de Planejamento, Orçamento e Gestão. Especialista em Advocacia Pública pela AVM Faculdade Integrada. Especialista em Direito Civil pela Universidade Federal da Bahia - UFBA. Graduado em Direito pela Universidade Católica do Salvador (2005). Professor de Direito Constitucional, Direito Administrativo e Direito Processual Civil. Atua como Advogado nas áreas Cível, Tributário, Comercial e Trabalhista.

RESUMO: Trata o presente Artigo sobre uma análise quanto aos prós e contra do processo de desestatização das empresas públicas estatais. Contextualizando o leitor em todo o processo de retração econômica que se encontra o Brasil nesse momento e analisando, sucintamente, todas as fases que um processo de desestatização deve passar, convido o leitor a verificar se, de fato, é um bom caminho transferir esses ativos a iniciativa privada. Citando e compartilhando experiências vividas na década de 90, o presente artigo busca estimular o leitor a verificar se a desestatização é uma boa saída ou não ao momento de crise financeira por que passa a Nação.

ABSTRACT: This article deals with an analysis of the pros and cons of the privatization of state-owned enterprises. Contextualizing the reader in the whole process of economic retraction that Brazil is in that moment and analyzing, briefly, all the phases that a process of privatization must pass, I invite the reader to verify if, in fact, it is a good way to transfer these assets To private initiative. Quoting and sharing experiences lived in the 90's, this article seeks to stimulate the reader to verify if the privatization is a good way or not to the moment of financial crisis that passes the Nation.

I INTRODUÇÃO

O atual cenário de crise econômica Brasileira é irrefutável. Dos 26 (vinte e seis) Estados e o Distrito Federal, 20 (vinte) deles atrasaram salários dos servidores desde 2015 até o último dia 11.11.2016.^[1] Há pelo menos 11 (onze) Estados com pedidos de empréstimos pendentes de apreciação junto ao Tesouro Nacional e pelo menos 03 (três) – Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul e Rio Grande do Norte – não tiveram condições de quitar o 13º salário dos seus funcionários^[2].

O cenário de penúria financeira é ainda maior quando se trata dos Municípios: consoante dados apurados pela Confederação Nacional de Municípios, 77% (setenta e sete por cento) dos Municípios estão com suas contas no vermelho^[3].

Em sendo assim, o Gestor tem que ter cautela redobrada no momento de definir e selecionar as políticas públicas em que irá aplicar os reduzidos recursos financeiros à disposição.

Pois bem, de outro lado, o Constituinte, ao longo do Artigo 173, estabelece que a atuação da Administração Pública na atividade econômica, somente, poderá ocorrer em duas situações excepcionais: no caso de (i) segurança nacional, ou quando existir (ii) relevante interesse coletivo.

Nas palavras do Ex Ministro do Supremo Tribunal Federal, Min. Carlos Velloso, o comando Constitucional, portanto, é claro a apontar que o Estado atuará como agente empresarial^[4] apenas em hipóteses restritíssimas.

No entanto, os Administradores, movidos pelas mais diversas razões, expandiram a máquina pública, levando o Estado a atuar em ramos com duvidável enquadramento na diretriz constitucional. Cito, apenas como exemplo, as estatais que atuam com mineração, telefonia, fornecimento de energia elétrica, fornecimento de água, dentre outros.

Experiências essas que terminaram, em sua grande maioria, resultado em desperdício de recursos públicos e má prestação do serviço.

Talvez, a área em que essa experiência tenha sido mais desastrosa seja a área bancária. Em 1994, existiam 33 (trinta e três) instituições financeiras entre bancos, caixas e instituições de desenvolvimento[5]. Ao longo dos 10 (dez) anos seguintes, menos de 15% (quinze por cento) desses continuariam a existir, dado a insolvabilidade das estruturas.

Todo esse processo desenvolveu-se no contexto de uma série de desestatizações da década de 90, promovida pelo Governo Federal e por diversos Governos Estaduais. Ações no intuito de redução do tamanho da máquina pública; *enxugamento* do gasto público.

Pois bem, o Presidente Michel Temer, no primeiro dia quando empossado temporariamente no cargo de Presidente da República[6], editou a Medida Provisória nº 727, de 12 de Maio de 2015. Nesta, criou o Programa de Parcerias de Investimento – PPI. Posteriormente convertido na Lei Ordinária Federal nº 13.334, de 13 de setembro de 2016, o PPI é, nos termos do artigo 1º, novo movimento do Governo na desestatização das empresas públicas.

Reiterando a intenção de reduzir a quantidade de empresas estatais, o Governo Federal encaminhou projeto de lei[7] em que promoveria o refinanciamento da dívida dos Estados com o Governo Federal, condicionando a adoção de ações de desestatização pelos Entes Estaduais.

Caro leitor, diante das experiências vividas no Brasil ao longo da década de 90, é a desestatização uma boa saída?[8]

O título do presente artigo é a questão acima lançada. O presente artigo buscará contextualizar o desenvolvimento das estatais no Brasil, avançando na conceituação e estruturação dos passos de um eventual procedimento de desestatização deve avançar. Muito comentado, mas pouquíssimo detalhado. Vejamos.

II DAS EMPRESAS ESTATAIS

O legislador Constituinte dispôs ao longo do Artigo 37, inciso XIX, da Constituição Federal as espécies de entes que integram o que se denominou de Administração Indireta. As autarquias, as fundações, as empresas públicas e as sociedades de economia mista representariam assim o fenômeno da descentralização administrativa da máquina pública.

A descentralização, nas palavras do Prof. Matheus Carvalho, “trata da repartição de competência entre pessoas físicas e jurídicas. Ocorre por que, tendo em vista a necessidade de especialização dos serviços, o Estado pode transferir a responsabilidade dos exercícios que lhes são pertinentes, criando pessoas jurídicas especializadas, autorizando que elas executem a prestação dos serviços” [9].

A criação dos entes da Administração Indireta por determinado ente Federativo, conforme o mandamento constitucional, é vocacionada quando não se pretende desenvolver a atividade através de determinado órgão, mas o Poder Público transfere a execução de determinada atividade a outra pessoa jurídica.

O Prof. José dos Santos leciona que isso ocorre “seja porque o tipo de atividade tenha mais pertinência para ser executada por outras entidades, seja para obter maior celeridade, eficiência e flexibilização em seu desempenho, o certo é que tais atividades são exercidas indiretamente ou, o que é o mesmo, descentralizadamente” [10].

Dentre os entes que integram a Administração Indireta, esse trabalho irá se ater, mais detidamente, a aquelas que a doutrina designa como “empresas estatais”. Mesmo não sendo expressão de sentido unívoco [11], a expressão será utilizada aqui para designar especificadamente as empresas públicas e as sociedades de economia mista.

As empresas públicas e as sociedades de economia mista são pessoas jurídicas vocacionadas a desenvolver o comando previsto no

Artigo 173 da CF; são essas espécies de ente da Administração Indireta o foco do movimento de desestatização [\[12\]](#)[\[13\]](#)[\[14\]](#).

Em sua grande maioria deficitárias [\[15\]](#), as estatais, em raríssimos casos, conseguem competir em condições de igualdade com o mercado privado. A complexidade do regime jurídico [\[16\]](#), somada a burocracia natural da máquina pública e a mentalidade natural do servidor público, em não prezar pela eficiência, costumam a tornar a sobrevivência dessas estruturas extremamente dispendiosa para a Administração Pública.

De fato, diversas dessas estatais foram criadas em um momento que o Estado intervinha excessivamente na economia. Os efeitos da globalização e o fortalecimento da iniciativa privada, dentre outros motivos, tem tornado essas estruturas obsoletas e, como dito, dispendiosas.

A desestatização é exatamente esse movimento que busca tornar a máquina pública mais *enxuta*, centrando a atenção do Estado no núcleo das ações prioritárias: saúde, segurança e educação.

De outro lado, a dificuldade que o Estado enfrentou ao longo da década de 90 em avaliar e processar a transferência dessas estruturas para a iniciativa privada devem ser consideradas para responder a pergunta formulada inicialmente.

Vejamos, sucintamente, como se desenvolve regularmente o procedimento de desestatização.

III DA DESESTATIZAÇÃO

Inicialmente, é importante diferenciar conceitos fundamentais para o desenvolvimento do trabalho, dentro das lições do Prof. Marcos Villela [\[17\]](#).

Desestatização é o termo empregado para conceituar a retirada da presença do Estado de atividades reservadas constitucionalmente à iniciativa privada (princípio da livre iniciativa). É o gênero do qual são espécies a privatização, a concessão e a permissão e a terceirização.

A privatização, por outro lado, é a mera alienação de direitos que assegurem ao Poder Público, diretamente ou através de controladas, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores da sociedade. Privatiza-se o que não deve permanecer com o Estado, quer por violar o princípio da livre iniciativa (CF, art. 173), quer por contrariar o princípio da economicidade (CF, art. 70).

Concessão, por sua vez, envolve uma atividade-fim do Estado que é a prestação de serviços públicos; é um contrato administrativo por meio do qual a Administração delega a um particular a gestão e a execução, por sua conta e risco, sob controle do Estado, de uma atividade definida por lei como serviço público. O Estado figura como poder concedente, cabendo-lhe acompanhar a adequada execução do contrato e o atendimento do interesse público, podendo, a qualquer tempo retomar a atividade. O concessionário deve ser remunerado por tarifa módica, sendo regida pelas normas previstas na Lei Federal nº 8.987/95.

A permissão difere legalmente da concessão, por ser um ato administrativo precário e não um contrato.

Por fim, a terceirização envolve atividade-meio do Estado, isto é, atividades instrumentais da Administração para realização de seus fins, caracterizando-se pela contratação de serviços, disciplinadas pela Lei nº 8.666/93.

Outrossim, importante trazer o conceito de alguns importantes Doutrinadores Pátrios. Segundo CAIO TÁCITO:

Definida em lei a política de privatização e os critérios básicos do procedimento incumbe ao poder regulamentar e, por via de consequência, aos órgãos competentes da administração pública direta a execução do processo de retorno da entidade a ser privatizada ao regime da economia de mercado. **[18]**

LEOPOLDO MAMELUQUE menciona que privatização é a alienação pela União de direitos que lhes assegurem, diretamente ou através de outras empresas controladas, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores da sociedade. Realidade válida no âmbito estadual, respeitada a legislação própria do ente federativo[19].

Conforme o Professor de Direito Constitucional da UnB, Dr. TORQUATO JARDIM:

(...) Privatizar é transferir a propriedade dos meios de produção de bens e de execução de serviços do patrimônio público para o patrimônio privado, mediante o processo estabelecido em lei (due process); é retirar-se o Estado da atividade econômica.[20]

De acordo com JORGE LUIZ MAIORANO:

Se impone entonces esclarecer ciertos principios básicos de tan importante tema: En primer lugar, la privatización no constituye un fin en sí misma. Es solo un medio de ajuste distributivo entre el sector público y el sector privado cuando ellos, en un sistema de economía mixta, se desequilibran por el incesante avance de la intervención estatal;

Segundo: a raíz de los constantes y acelerados avances tecnológicos, el estado carece de la capacidad necesaria para poder adaptarse a la transformación con el ritmo que se requiere para la época que vivimos. En tal sentido, no puede llevarse a cabo, con la misma celeridad y aptitud técnica que poseen los particulares, la toma de decisiones en materia de inversiones de magnitud para producir o prestar servicios a precios competitivos en el ámbito interno o a escala mundial.[21]

JAIME RODRIGUEZ-ARANA salienta que a privatização é uma atuação mediante a qual o setor público cede à iniciativa privada uma série de recursos produtivos para que este os explore com maior eficiência e racionalidade, de modo que para o conjunto da sociedade o resultado seja um benefício. [\[22\]](#)

Na ADIn nº 234/RJ, relatada pelo Excelentíssimo Senhor Ministro NERI DA SILVEIRA, o Plenário do Supremo Tribunal Federal estabeleceu importante distinção entre privatização e alienação de ações, o que reforça a noção de que a privatização envolve a alienação do controle acionário. *In verbis*:

EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade. Constituição do Estado do Rio de Janeiro, art. 69 e parágrafo único, e art. 99, inciso XXXIII. Alienação, pelo Estado, de ações de sociedade de economia mista. 2. Segundo os dispositivos impugnados, as ações de sociedades de economia mista do Estado do Rio de Janeiro não poderão ser alienadas a qualquer título, sem autorização legislativa. Mesmo com autorização legislativa, as ações com direito a voto das sociedades aludidas só poderão ser alienadas, sem prejuízo de manter o Estado, o controle acionário de 51% (cinquenta e um por cento), competindo, em qualquer hipótese, privativamente, a Assembléia Legislativa, sem participação, portanto, do Governador, autorizar a criação, fusão ou extinção de empresas públicas ou de economia mista bem como o controle acionário de empresas particulares pelo Estado. 3. **O art. 69, 'caput', da Constituição fluminense, ao exigir autorização legislativa para a alienação de ações das sociedades de economia mista, e constitucional, desde que se lhe confira interpretação conforme a qual não poderão ser alienadas, sem autorização legislativa, as ações de sociedades de economia mista que importem, para o Estado, a perda do controle do poder acionário.**

Isso significa que a autorização, por via de lei, há de ocorrer quando a alienação das ações implique transferência pelo Estado de direitos que lhe assegurem preponderância nas deliberações sociais. A referida alienação de ações deve ser, no caso, compreendida na perspectiva do controle acionário da sociedade de economia mista, pois é tal posição que garante à pessoa administrativa a preponderância nas deliberações sociais e marca a natureza da entidade. 4. Alienação de ações em sociedade de economia mista e o 'processo de privatização de bens públicos'. Lei federal n. 8.031, de 12.4.1990, que criou o Programa nacional de Desestatização. Observa-se, pela norma do art. 2º, parágrafo 1º, da Lei n. 8.031/1990, a correlação entre as noções de 'privatização' e de 'alienação pelo Poder Público de direitos concernentes ao controle acionário das sociedades de economia mista', que lhe assegurem preponderância nas deliberações sociais. 5. Quando se pretende sujeitar a autorização legislativa a alienação de ações em sociedade de economia mista. **Importa ter presente que isto só se faz indispensável, se efetivamente, da operação, resultar para o Estado a perda do controle acionário da entidade. Nesses limites, de tal modo, é que cumpre ter a validade da exigência de autorização legislativa prevista no art. 69 'caput', da Constituição fluminense.** 6. Julga-se, destarte, em parte, procedente, no ponto, a ação, para que se tenha como constitucional, apenas, essa interpretação do art. 69, 'caput', não sendo de exigir-se autorização legislativa se a alienação de ações não importar perda do controle acionário da sociedade de economia mista, pelo Estado. 7. É inconstitucional do parágrafo único do art. 69 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro ao estipular que 'as ações

com direito a voto das sociedades de economia mista só poderão ser alienadas, desde que mantido o controle acionário, representado por 51% (cinquenta e um por cento das ações'. Constituição Federal, arts. 170, 173 e parágrafos e 174. Não é possível deixar de interpretar o sistema da Constituição Federal sobre a matéria em exame em conformidade com a natureza das atividades econômicas e, assim, com o dinamismo que lhes é inerente e a possibilidade de aconselhar periódicas mudanças nas formas de sua execução, notadamente quando revelam intervenção do Estado. O juízo de conveniência, quanto a permanecer o Estado na exploração de certa atividade econômica, com a utilização da forma da empresa pública ou da sociedade de economia mista, há de concretizar-se em cada tempo e a vista do relevante interesse coletivo ou de imperativos da segurança nacional. Não será, destarte, admissível, no sistema da Constituição Federal que norma de Constituição estadual proíba, no Estado-membro, possa este reordenar, no âmbito da própria competência, sua posição na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidas ou desnecessariamente exploradas pelo setor público. 8. Não pode o constituinte estadual privar os Poderes Executivo e Legislativo do normal desempenho de suas atribuições institucionais, na linha do que estabelece a Constituição Federal, aplicável aos Estados-membros. 9. É também, inconstitucional o inciso XXXIII do art. 99 da Constituição fluminense, ao atribuir competência privativa à Assembléia Legislativa 'para autorizar a criação, fusão ou extinção de empresas públicas ou de economia mista bem como o controle acionário de empresas particulares pelo Estado'. Não cabe excluir o Governador do Estado do processo para a

autorização legislativa destinada a alienar ações do Estado em sociedade de economia mista. Constituição Federal, arts. 37, XIX, 48, V, e 84, VI, combinados com os artigos 25 e 66. 10. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente, em parte, declarando-se a inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 69 do inciso XXXIII do art. 99, ambos da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, bem assim para declarar parcialmente inconstitucional o art. 69, 'caput', da mesma Constituição, quanto a todas interpretações que não sejam a de considerar exigível a autorização legislativa somente quando a alienação de ações do Estado em sociedade de economia mista implique a perda de seu controle acionário.

Deve-se entender, portanto, que a privatização é o processo de desinvestidura do Estado em relação à prestação direta de atividade econômica, em sentido amplo, para operar indiretamente, mediante concessão ou permissão, no caso dos serviços públicos, e retirar-se no caso de atividade econômica em sentido estrito, através de mecanismos de alienação do controle societário.

Restando claro, portanto, face aos conceitos trazidos, que a retirada do Estado da execução das atividades pode ocorrer por diferentes formas.

III.I Objetivos da Desestatização

A Atuação do Poder Público em atividades privadas é autorizada, única e exclusivamente, dentro da previsão contida no texto constitucional, ou seja, quando necessária aos imperativos de segurança nacional ou a relevante interesse coletivo (Art. 173 da CF).

Vale dizer, nessa seara, que, ao passo em que do conceito de “segurança nacional” seja mais facilmente identificada as hipóteses

permissivas da intervenção estatal, no caso do “relevante interesse coletivo” se vislumbra maior generalidade de atuação.

Segundo Enerst Gellner, entende-se por segurança nacional como uma condição relativa de proteção coletiva e individual dos membros de uma sociedade contra ameaças plausíveis à sua sobrevivência e autonomia. Nesse sentido, o termo refere-se a uma dimensão vital da existência no contexto moderno de sociedades complexas, delimitadas por estados nacionais de base territorial.[\[23\]](#)

No entanto, não se pode perder de vista que o limite da livre iniciativa é fundamento da Federação.

Socorre que, ao longo da história do Estado, em vias de buscar ser o condutor da política econômica, terminou por prover indevido agigantamento da máquina pública.

E este é o objetivo primordial da privatização: devolver à iniciativa privada um espaço que, em situação de normalidade, lhe compete, de modo que o Estado possa retomar as suas funções propriamente típicas, especialmente no que concerne ao núcleo essencial, saúde pública, segurança e educação.

A presença Estatal em setores que não se refiram a imperativos de segurança nacional ou a relevante interesse coletivo deve cessar, ainda que o seu desempenho seja eficiente e rentável. Afinal, não é o lucro que está em jogo, mas um limite constitucional traçado para a atuação interventiva estatal. O desrespeito a estes limites é a negação do próprio Estado de Direito.

Tão importante quanto redirecionar os recursos é reduzir os gastos estatais com a manutenção de uma máquina administrativa gigantesca.

Dentro desse contexto é que, em suma, a desestatização é medida que caminhe no sentido de promover:

- Redução de custos da máquina estatal;

- Arrecadação de receitas em regime de leilão;
- Melhoria e ampliação da rede de serviços pós desestatização;
- Redução da máquina pública, atendendo aos ditames da Constituição;
- Concentrar recursos em atividades importantes do Estado: educação, saúde e segurança.

Com efeito, o “enxugamento” da máquina estatal, além de proporcionar os benefícios delineados, em especial a redução das despesas públicas, permitirá também que o Estado atue como agente fomentador da iniciativa privada, dinamizando a economia da Unidade Federativa.

III.II Formas de Desestatização

A história das desestatizações demonstram claramente que não existe apenas um modelo a ser utilizado pelo Estado. Vejamos.

Conforme informações trazidas pelo Prof. Licínio Velasco Jr[24], o processo de desestatização se desenvolveu de diferentes formas por todo mundo, inclusive nas experiências do Governo Federal na década de 90. Nesse sentido, algumas conclusões sobressaem desde já:

- O modo de implementação não é neutro. Variando de acordo com a vontade política, aceitação social e o objeto que se pretende desestatizar;
- Modelos de privatização baseados em leilões que permitam ágios significativos em relação ao preço mínimo têm sido importantes no Brasil, por que geral apoio à implementação desta política;
- Privatizações não são implementadas só com base na vontade política do Poder Executivo, mas há necessidade também de coalizões de sustentação,

fora do circuito mais fechado do Governo, para a sua implementação;

Em sendo assim, sem avançar de maneira doutrinária no estudo do modelo de desestatização adotado em outros países, importa dizer que a saída do controle estatal pode ocorrer de maneiras diversas, de acordo com a vontade política.

Importa desde já destacar que, **o Estado de Rondônia, seguindo a tendência de outros Estados, como o Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul e São Paulo, tem editada norma estadual regulando a desestatização.**

A Lei Ordinária nº 663/1996, cria o Programa Estadual de Desestatização. Seguindo a linha adotada Lei Federal nº 9.491/97, a norma estadual define quais as formas de desestatizar empresa pública, conforme redação do Artigo 3º, verbis:

I - alienação de participação societária, inclusive do controle acionário, mediante ofertas públicas;

II - abertura do capital social;

III - renúncia ou cessão, total ou parcial, dos direitos de subscrição de ações, em aumento de capital social, por parte do Estado ou da respectiva controladora;

IV - alienação, arrendamento e locação de elementos do ativo patrimonial mediante procedimento licitatório;

V - comodato, permuta, transferência ou cessão de elementos do ativo patrimonial;

VI - reestruturação, dissolução de sociedades ou desativação parcial de seus empreendimentos, com a conseqüente alienação de seus ativos;

VII - no caso do setor energético, transmissão de direitos derivados das respectivas concessões,

permissões ou autorizações e de seus ativos, mediante transferência, subconcessão, arrendamento ou conferência, ou por meio da celebração de consórcios empresariais ou de associação com grupos empresariais privados para a constituição de outras sociedades anônimas;

VIII - concessão, permissão ou autorização de serviços públicos, bem como cessão, licença ou conferência de direitos delas derivados, nos termos da legislação de regência.

Em sendo assim, fica claro que, desde a alienação de ativos da empresa, passando pela alienação de participação societária, bem como a concessão de serviços públicos, a desestatização engloba diferentes medidas e formas a serem optadas pelo Chefe do Poder Executivo quando da sua implementação.

III.III Etapas do Processo de Desestatização

O Processo de Desestatização envolve uma série de ações que, pautadas em experiências anteriores, seguiram o seguinte cronograma:

- Autorização Legislativa;
- Criação e deliberação de Órgão Superior do Programa;
- Inclusão da empresa no programa;
- Aprovação da Desestatização pelos órgãos previstos no Estatuto da Empresa;
- Registro da Ata na Junta Comercial;
- Licitação para contratação de consultorias;
- Avaliação e modelagem da desestatização;
- Atos sociais no âmbito da empresa incluída na Desestatização;

- Deliberação do órgão Superior sobre a avaliação e modelagem;
- Decisão do Chefe do Poder Executivo sobre a avaliação e modelagem;
- Audiência Pública, em local onde vai ser feita a licitação;
- Leilão;
- Liquidação Financeira.

Não há dúvida de que as etapas do cronograma podem ser suprimidas, invertidas ou alteradas. O modelo proposta segue uma rotina tal qual fora adotada em outros momentos de privatização.

Ainda, a avaliação financeira da empresa pública que se pretende desestatizar é fundamental para verificar o interesse do mercado em ingressar no lugar ocupado pelo Estado. No entanto, tal fase deve ser precedida dos momentos citados acima. Expliquemos um a um.

III.IV. Autorização Legislativa

O processo de desestatização deve iniciar com a autorização legislativa. A par de dúvida que pairou antes da edição da CF/88, quanto à possibilidade de extinção dos entes estatais por via direta de Decreto, a Emenda Constitucional nº 32/2000 trouxe resposta e solução a questão. Alterando a redação do Artigo 84, Inciso VI, a vedação de extinção de órgãos terminou por vedar a extinção de empresas estatais.

O Supremo Tribunal Federal, aliás, chamado a se manifestar a respeito de dispositivos da Constituição do Estado do Rio de Janeiro *“que vedavam a alienação de ações de sociedade de economia mista estaduais, conferiu interpretação conforma à Constituição da República, condicionando essas alienações à autorização legislativa, por lei em sentido formal, tão somente quando importarem em perda do controle acionário por parte do Estado – ADI 234-RJ”* [25]. Situação similar fora também decidida na ADI 1348.

Dessa maneira não há dúvida que demanda autorização do Congresso Nacional, da Assembleia Legislativa ou da Câmara Municipal para iniciar o processo de desestatização.

III.V. Deliberação do Órgão Superior do Programa

O Programa Federal de desestatização criou um órgão técnico consultivo, denominado de Conselho Nacional De Desestatização. A função de tal órgão é indicar as empresas a serem privatizadas e sugerir política de execução do processo e gestão dos recursos obtidos.

Esse Conselho, subordinado, em âmbito estadual, diretamente ao Governador, seria integrado por atores responsáveis por guiar o processo.

A Lei nº 663/96 dentro do Artigo 4º [\[26\]](#) dispõe composição similar à adotada em outros processos de desestatização, inclusive, naquele utilizado pelo Governo Federal.

III.VI. Contratação de Consultorias

A etapa de avaliação dos ativos e do valor de mercado da empresa é fundamental na definição do modelo a ser utilizado no processo de desestatização.

Para tanto, necessária não apenas a contratação de empresa especializada, mas que contenha profissionais vinculados ao processo que tenham experiência no ramo e o grupo de formação multidisciplinar, nas áreas econômica, financeira, contábil e jurídica e na área técnica envolvida.

De outro lado, a remuneração da Consultoria pode e deve ser atrelada ao sucesso do processo. Não se afasta ou reputa-se ilegal remuneração variável, desde que atreladas a índices e limites proporcionais e razoáveis.

III.VII. Leilão

Definitivamente avaliada e valorada, deverá o ativo passar por processo de venda, prioritariamente, através de leilão. Seja ou não submetido a bolsa de valores, o processo de venda deverá caminhar dentro da maior transparência possível, em atenção aos princípios da probidade e da moralidade administrativa.

Outrossim, o procedimento concorrencial certamente potencializará a arrecadação de recursos aos cofres estaduais e trará o agente privado mais habilitado a continuar o exercício da atividade.

IV. Da Lei 13.303/2016 – PPI

Como dito, a Medida Provisória nº 727, de 12 de Maio de 2015 restou convertida na Lei Ordinária Federal nº 13.334, de 13 de setembro de 2016. Esta criou no ordenamento jurídico nacional o PPI.

O Programa de Parcerias de Investimento – PPI é um plano que visa estimular a parceria público-privado (PPP), através de contratos de parcerias. Busca facilitar o investimento privado em atividades públicas, por meio da desestatização de empresas estatais.

Ainda sem aplicabilidade, é esse um dos diversos instrumentos criados pelo Governo do Presidente Michel Temer como mola propulsora do investimento e da superação da crise financeira por qual o País passa. Todavia, ressalta-se que o PPI não cria novos institutos jurídicos, apenas demonstra a intenção do atual governo de otimizar a relação com investimentos privados.

O PPI buscou flexibilizar diversos institutos a fim de maximizar a procura por investimentos. Nessa linha, tem-se que os procedimentos adotados pelo BNDS no artigo 21 da Lei nº. 8.987/95 não serão adotados nos casos envolvendo PPI, vigorando a prestação de serviço de consultoria.

Ademais, há maior maleabilidade quanto aos estudos envolvendo empreendimentos objetos do Programa de Parcerias de Investimento, visto que é possível o investidor realizar análise do atual panorama do

negócio, a fim de verificar a possibilidade de realização da parceria, por meio do Programa de Autorização de Estudo - PAE.

Outrossim, é possível que a iniciativa seja tomada tanto pelo particular quanto pela Administração Pública, vez que o primeiro pode procurar o Estado através da PMI – Procedimento de Manifestação de Interesse ou a Administração poderá buscar investidores.

O Programa de Parcerias de Investimentos - PPI, tem como objetivo principal ampliar e fortalecer a relação do Estado com a iniciativa privada, por meio da celebração de contratos de parceria para a execução de empreendimentos públicos de infraestrutura e de outras medidas de desestatização, visando trazer melhorias, principalmente, em termos de governança pública, estruturação dos projetos e liberação dos empreendimentos.

No que diz respeito à Definição, a MP criou um programa de estímulos às parcerias entre o setor público e a iniciativa privada no setor de infraestrutura pública, por meio da introdução de um conceito bastante genérico de contrato de parceria.

Diversos Estados foram incluídos no programa federal do PPI[27]. Por meio de acordo de cooperação celebrado entre o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), os Governos Estaduais e Municipais poderão usar a expertise e *knowhow* do BNDES para desenvolver os projetos e ações para desestatizações de suas estruturas.

Diversas medidas tem sido realizadas, mas desde o lançamento do projeto até o presente momento, ainda não houveram avanços significativos.

V. DA CONCLUSÃO

É notório que diversos Entes Federativos possuem entidades estatais obsoletas, deficitárias e desenvolvendo a sua atividade fim de maneira insatisfatória. As razões para tanto são inúmeras: reduzido

investimento, sucateamento das estruturas, desvirtuamento do seu papel, ingerência política, burocracia.

De maneira que, dentro de um contexto de crise financeira, o enxugamento da máquina e a captação de recursos financeiros pode parecer uma saída satisfatória e inovadora.

No entanto, como visto, as experiências da Década de 90, em sua grande maioria, não tiveram alto grau de sucesso.

O PPI, como visto, é uma nova tentativa de resgate desse processo de otimização dos recursos públicos em sua atividade essencial. Um resgate do processo de desestatização voltado a aquecer a economia brasileira, superar a crise financeira e atrair capital privado. Especialmente externo, dado a desvalorização da moeda nacional [28].

O sucesso desse processo dependerá de uma soma de diversas variáveis, que passam pela atratividade da estrutura que se pretenda desestatizar, da correta valoração do ativo, do desenvolvimento eficaz de todo processo de transferência a iniciativa privada, bem como da correta e melhor aplicação desses recursos financeiros em finalidades públicas essenciais.

VI. REFERÊNCIAS

REVISTA

ÉPOCA -

<http://epocanegocios.globo.com/Brasil/noticia/2016/10/epoca-negocios-20-estados-atrasaram-salarios-desde-2015.html>.

CARLOS VELLOSO - RE 407.099 j. 22-6-2004, 2ª T, DJ de 6-8-2004.

BORGES GAMA, *Plano real, privatização dos bancos estaduais e reeleição* -

http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69092011000300012.

CARVALHO, Matheus. Manual de Direito Administrativo. 3ª edição. Ed. Jus Podivm, p. 159.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo, 25ª edição, Ed. Atlas, p. 454.

ZANELLA DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di Pietro. Direito Administrativo. Vigésima Sétima edição, ed. Atlas, p. 515.

CAIO TÁCITO, "*Regime jurídico das empresas estatais*", *in*. RDA 195:08.

MAMELUQUE, Leopoldo. Privatização Modernismo e Ideologia. Ed. Revistas dos Tribunais. 1995, p. 12.

TORQUATO JARDIM, "*A tridimensionalidade da descentralização do Estado brasileiro, contribuição prática à revisão constitucional de 1993*", *in* RDP 07:47.

MAIORANO, JORGE LUIZ MAIORANO, "*La administración pública y la reforma del Estado*", *in* R. Inf. Leg. Brasília, nº 106, pp. 66-67.

ARANA, Jaime Rodriguez-Arana, *La privatizacion de la empresa publica*, Madrid, Montecorvo, 1991, p. 75.

ZANELLA DI PIETRO, Apud, Maria Sylvia Zanella Di Pietro. Direito Administrativo. Vigésima Sétima edição, ed. Atlas, p. 520.

NOTAS:

[1]<http://epocanegocios.globo.com/Brasil/noticia/2016/10/epocanegocios-20-estados-atrasaram-salarios-desde-2015.html>

[2]<http://epocanegocios.globo.com/Brasil/noticia/2016/11/com-dificuldade-para-pagar-13-estados-pedem-auxilio-uniao.html>

[3]<http://epocanegocios.globo.com/Brasil/noticia/2016/11/rombo-no-cofre-de-municipios-chega-r-69-bilhoes-aponta-levantamento.html>

[4] **RE 407.099**, voto do rel. min. **Carlos Velloso**, j. 22-6-2004, 2ª T, DJ de 6-8-2004. “Quer dizer, o art. 173 da CF está cuidando da hipótese em que o Estado esteja na condição de agente empresarial, isto é, esteja explorando, diretamente, atividade econômica em concorrência com a iniciativa privada. Os parágrafos, então, do citado art. 173, aplicam-se com observância do comando constante do *caput*. Se não houver concorrência – existindo monopólio, CF, art. 177 – não haverá aplicação do disposto no § 1º do mencionado art. 173.”

[5] http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69092011000300012

[6] No dia 12.05.2016, o Senado, por 55 (cinquenta e cinco) votos favoráveis, deliberou pelo recebimento da Ação por Crime de Responsabilidade da então Presidenta Dilma Rousseff, afastando-a do cargo.

[7] Projeto de Lei da Câmara nº 54, de 2016 - file:///C:/Users/ARTUR/Downloads/sf-sistema-sedol2-id-documento-composto-57665.pdf

[8] O Governador Confúcio Aires Moura determinou que este Autor instrua e efetue a desestatização da Companhia de Mineração do Estado de Rondônia - CMR. Fato este em adiantado andamento, através do Processo nº 01.1301.00182/0000.2016

[9] Carvalho, Matheus. Manual de Direito Administrativo. 3ª edição. Ed. Jus Podivm, p. 159

[10] Carvalho Filho, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo, 25ª edição, Ed. Atlas, p. 454

[11] A Prof. Maria Sylvia Zanella Di Pietro esclarece que “Com a expressão empresa estatal ou governamental designamos todas as entidades, civis ou comerciais, de que o Estado tenha o controle acionário, abrangendo a empresa pública, a sociedade de economia mista e outras empresas que não tenham essa natureza e às quais a Constituição faz referência, em vários dispositivos, como categorias à parte (arts. 37, XVII, 71, II, 165, §5º, II, 173, §3º)”. Direito Administrativo. Vigésima Sétima edição, ed. Atlas, p. 515

[12] O Governo do Rio Grande Do Sul, visando conter despesas, anunciou no final do ano a extinção de 9 (nove) fundações, 1(uma) Autarquia e 01 (uma) empresa pública. <http://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2016/11/governo-extingue-nove-fundacoes-e-reduz-numero-de-secretarias-no-rs.html>

[13] O Governo do Rio de Janeiro, como medida de contenção de custos, extinguiu 07 (sete) autarquias e 01 (uma) fundação.

[14] O Presidente Michel Temer anunciou pacote em que visa a venda de 34 (trinta e quatro) empresas públicas. <http://g1.globo.com/economia/noticia/2016/09/governo-temer-anuncia-concessao-ou-venda-de-25-projetos-de-infraestrutura.html>

[15] Ad exemplum, no exercício de 2016, as 03 (três) maiores empresas estatais do Estado de Rondônia (Companhia de Águas do Estado de Rondônia – CAERD, a Companhia de Mineração do Estado de Rondônia – CMR, Sociedade de Portos e Hidrovia do Estado de Rondônia – SOPH) acumularam prejuízo e necessitaram do aporte de recursos da fonte 0100 (Dados extraídos do sítio eletrônico da Superintendência de Contabilidade do Estado de Rondônia - <http://www.contabilidade.ro.gov.br/>)

[16] “Embora elas tenham personalidade dessa natureza, o regime jurídico é híbrido, porque o direito privado é parcialmente derogado pelo direito público”. Maria Sylvia Zanella Di Pietro. Direito Administrativo. Vigésima Sétima edição, ed. Atlas, p. 515

[17] Vilela Souto, Marcos Jurema. Desestatização. Privatização, Concessões e Terceirizações. 2ª edição. Ed. Lumen Juris. p 12

[18] Caio Tácito, "*Regime jurídico das empresas estatais*", *in*. RDA 195:08

[19] MAMELUQUE, Leopoldo. Privatização Modernismo e Ideologia. Ed. Revistas dos Tribunais. 1995, p. 12

[20] TORQUATO JARDIM, "*A tridimensionalidade da descentralização do Estado brasileiro, contribuição prática à revisão constitucional de 1993*", *in* RDP 07:47.

[21] JORGE LUIZ MAIORANO, "*La administración pública y la reforma del Estado*", *in* R. Inf. Leg. Brasília, nº 106, pp. 66-67.

[22] Jaime Rodriguez-Arana, *La privatizacion de la empresa publica*, Madrid, Montecorvo, 1991, p. 75.

[23] GELLNER, Ernest. (1983). Nações e Nacionalismo. Apud in Vilela Souto, Marcos Jurema. Desestatização. Privatização, Concessões e Terceirizações. 2ª edição. Ed. Lumen Juris. p. 22

[24] Velasco Jr., Licínio. Privatização: Mitos e Falsas Percepções.

[25] Apud, Maria Sylvia Zanella Di Pietro. Direito Administrativo. Vigésima Sétima edição, ed. Atlas, p. 520

[26] Art. 4.º - O Programa Estadual de Desestatização PED terá um Conselho Diretor, diretamente subordinado ao Governador do Estado, integrado pelos seguintes membros: I - o Chefe da Casa Civil; Coordenação Geral; Minas e Energia; Legislativa do Estado; II - o Secretário de Estado do Planejamento e III - o Secretário de Estado da Fazenda; IV - o Secretário de Estado da Indústria, Comércio, V - o Procurador-Geral do Estado; VI - 1(um) membro de livre escolha do Governador; VII - 1 (um) membro indicado pela Assembléia

[27] A Companhia de Águas do Estado de Rondônia – CAERD está inclusa nesse programa.

[28] Segundo o sitio eletrônico do Banco Central (<http://www4.bcb.gov.br/pec/taxas/port/ptaxnpesq.asp?id=txcotacao>) o dólar estava cotado em RS 3,3772 em 19.01.2017.

DO (DUPLO) RITO PARA A EXECUÇÃO DE ALIMENTOS NO CPC/15 DECORRENTE DE TÍTULOS JUDICIAIS (CUMPRIMENTO DE SENTENÇA)

FERNANDO JOSÉ VIANNA OLIVEIRA: Formado pelo Centro Universitário do Pará - Cesupa/2010. ós-Graduado (Especialista) em Direito Civil e Processual Civil pela Fundação Getúlio Vargas - FGV. Assessor de Juiz, Vinculado à 7ª Vara de Família da Capital no Tribunal de Justiça do Estado do Pará.

1- INTRODUÇÃO

Este trabalho resulta na tentativa de esclarecer como a cobrança de alimentos é feita no Novo CPC. Inegável que a execução de alimentos sempre causou inúmeras dificuldades no cotidiano dos advogados, promotores e juízes espalhados pelo país. Através de diversas reformas, o CPC/73 tentou, sem sucesso, estabelecer mecanismos mais simples para facilitar essa cobrança que, quase sempre é feita por menores que necessitam da prestação para sua manutenção.

Dessa forma, tenta-se esclarecer neste artigo e elucidar as alterações previstas no CPC/15, que ao passo que previu inovações que já não eram sem tempo de vir, por outro lado também trouxe complicadores em relação ao procedimento de cobrança dos alimentos. O que tentará ser esclarecido neste artigo, falando primordialmente do cumprimento de sentença.

2-EXECUÇÃO DE ALIMENTOS NO CPC/73

No CPC/73, a execução de alimentos era normatizada nos artigos 732 a 735.

Conforme leciona a doutrina, os dispositivos mencionados previam dois procedimentos executivos distintos: **a)** a execução de alimentos pelo rito da expropriação, sob pena de penhora de bens do devedor (art. 732/CPC) e; **b)** a execução de alimentos pelo rito coercitivo, passível de prisão civil (art. 733/CPC). Sendo que, o enunciado 309 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, já dispunha o *débito alimentar que autoriza a prisão civil do*

alimentante é o que compreende as três prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que se vencerem no curso do processo.”

Importante mencionar que os procedimentos mencionados acima, poderiam ou não ser autônomos. Em outras palavras, além da ação de alimentos para que haja a condenação do alimentante ao pagamento da pensão alimentícia, em razão do sincretismo processual, poderia-se fazer a cobrança nos mesmos autos, de apenas um débito, (geralmente o credor optava pelo rito presente no art. 733 do CPC/73, referente aos débitos atuais), e posteriormente, ingressar com um novo procedimento de execução, a fim de buscar a satisfação da obrigação fixada em sentença judicial (geralmente esse novo procedimento seria o pelo rito do art. 475-J, para os débitos anteriores aos três últimos meses.

Em que pese parecer que, o fato de ser necessário ajuizar um novo procedimento de execução, seja para cobrar débitos antigos ou débitos recentes, ser algo que contribuísse para a mora processual, essa duplicidade de procedimentos é extremamente necessária, em virtude das diferenças de formas de efetivação do crédito alimentar disponíveis ao credor em face do executado.

Feitas essas breves considerações sobre o como o procedimento de execução era, vamos passar a analisar como ficou, para depois chegar a conclusão sobre a unicidade ou duplicidade dos procedimentos de cobrança dos alimentos.

3. EXECUÇÃO DE ALIMENTOS NO CPC/2015

3.1. Do cumprimento de sentença na ação de alimentos

De forma correta, o CPC/15 faz a regra para a execução de alimentos outorgados em sede de decisão judicial, o rito mais célere e eficaz do cumprimento de sentença.

De fato, não havia necessidade para que o procedimento fosse aplicado a outros títulos judiciais, com exceção dos alimentos, uma vez que, em sede de ação de alimentos, a necessidade de o autor ter seu pleito atendido se mostra ainda mais urgente. Neste sentido, já lecionava Maria Berenice Dias^[1]:

Diante dos novos paradigmas, é necessário atentar mais aos objetivos do que à literalidade do direito em causa. Descabe proceder à singela leitura do texto legal e professar o alijamento da nova legislação justamente com relação aos alimentos, cuja urgência sequer necessita ser lembrada. Pela natureza da dívida não é possível concluir que a omissão do legislador, em atualizar os dispositivos que regulam a execução dos alimentos, desautoriza o uso da forma simplificada e célere que as reformas visaram implementar

Já o cumprimento de sentença ou decisão interlocutória, frise-se, da decisão interlocutória, em que haja fixação de pagamento de prestação alimentícia é tratado nos arts. 528 e seguintes do novo código.

Importante mencionar que, conforme se depreende do *caput* do art. 528, a intimação para que o executado pague o débito, prove que o fez, ou justifique a impossibilidade de fazê-lo, deverá ser pessoal e não na pessoa de seu procurador.

Para que flua o prazo de três dias, necessitar-se-á, ainda, de requerimento do exequente, não havendo de se cogitar de transcurso automático do lapso temporal unicamente pela ciência do réu da sentença condenatória.

Importante mencionar, que esse prazo para pagamento em três dias, não é dirigida ao advogado, mas sim a parte. Portanto, entendo que tal prazo não deve ser contado em dias úteis, mas sim em dias corridos, tal como o prazo para pagamento de 15 (quinze) dias previsto no art. 523 do CPC.

Assim, estabelecidos por sentença ou decisão judicial, os alimentos são cobrados via cumprimento de sentença. Quando se trata de

sentença definitiva ou acordo judicial, a busca pelo adimplemento é promovida nos mesmos autos (CPC 531 § 2º). A cobrança dos alimentos provisórios e dos fixados em sentença sujeita a recurso se processa em autos apartados (CPC 531 § 1º).

O caso mais tormentoso, e o que necessita de maiores esclarecimentos se dá quando os alimentos são fixados na sentença, uma vez que, quanto aos alimentos definidos em decisão interlocutória, o §1º do art. 531 não deixou dúvidas que seu processamento se dá em autos apartados.

Assim, §2º do art. 531 não deixa dúvidas que os alimentos fixados em decisão interlocutória e por sentença não transitada em julgado, se dão em autos apartados.

Como já dito, o problema maior se verifica quando há o trânsito em julgado da sentença, e o pedido de cumprimento de sentença.

Esse problema se dá, porque, na prática em 90% das lides nas quais já pude analisar, os exequentes aguardam um certo tempo para que o requerido/executado possa fazer o pagamento da pensão, isso claro quando o mesmo não está empregado formalmente.

Dessa forma, nesses casos, sempre haverá dois tipos de débito a serem cobrados, as parcelas mais recentes, ou seja, as três últimas não pagas, e as anteriores as três últimas.

A partir daí que a questão se apresenta tormentosa, e até o presente momento, não consegui achar um artigo que trate ou aborde esse assunto. Parece que os processualistas fogem ao tema.

Ora, se existem débitos antigos e débitos recentes, como já vimos linhas acima, existem duas modalidades de cobrança,

Observa-se que o Novo Código de Processo aparentemente tratou num único artigo, os procedimentos para execução de alimentos que eram tratados em dois dispositivos diferentes no CPC/73.

Entretanto, tal regramento não aboliu a dicotomia procedimental que era estabelecida pelo CPC/73 uma vez que continua sendo não recomendado, na prática, promover a execução das parcelas recentes, previstas no §7º do art. 528 em conjunto com as parcelas pretéritas mencionados no §8º do art. 528, ante a diferença de procedimentos para as formas de efetivação do crédito alimentar; uma prevendo a prisão civil do devedor e outra prevendo atos de constrição patrimonial.

Assim, entendo que a tramitação de dois procedimentos diferentes, nos mesmos autos, gera um enorme tumulto processual, indo de encontro aos princípios da efetividade e celeridade processual.

A maioria dos doutrinadores e artigos que falam sobre a execução de alimentos, mencionam que o cumprimento de sentença, em ambos os débitos, pretéritos e recentes, devem ser feitos no mesmo processo, por disposição do §2º do art. 528. Entretanto, frise-se, NA PRÁTICA forense, é extremamente complicado serem processados dois procedimentos distintos, e com sanções diferentes, nos mesmos autos. Vejamos.

Os débitos mais recentes, são executados conforme o artigo 528 do CPC, com prazo para pagamento em 03 dias, podendo o executado nesse prazo, pagar o débito, apresentar justificativa ou provar que o já o fez. Caso apresente justificativa, e ela não seja aceita, o juiz decreta a prisão do executado;

Nos débitos mais antigos, por disposição do §8º do art. 528, os mesmos são executados pelo rito do art. 523 do CPC, que tem como prazo para pagamento, 15 dias, podendo o executado também pagar o débito, ou provar que o fez. Caso nesses 15 dias, não pague o débito, inicia o prazo para apresentar impugnação, nas matérias elencadas no art. 525 do CPC. Após a apresentação de impugnação o juiz a decidirá. Caso não seja aceita, iniciam-se os atos de expropriação judicial para satisfação do crédito.

Nesse breve resumo sobre as etapas iniciais dos procedimentos, verifica-se o tumulto processual que pode ser causado, com o processamento de dois procedimentos nos mesmos autos, não somente em relação as sanções para os tipos de inadimplemento, mas pela natureza dos atos processuais a serem seguidos em cada um deles.

A meu ver, o mais acertado é fazer com que um dos procedimentos, tramite em apenso, não como uma forma de deixar o processo mais burocrático e não célere, mas apenas como uma forma de organização e encadeamento dos atos processuais de forma coesa, inclusive para possibilitar as partes, a certeza sobre qual débito está sendo executado, bem como as impugnar as decisões judiciais de forma mais acertada.

4-CONCLUSÃO

Com este pequeno trabalho, procurei mostrar que havendo parcelas antigas e atuais (vencidas a mais de três meses), não consegui o legislador encontrar uma saída. Continua sendo indispensável que o credor desencadeie duplo procedimento.

Com relação às três últimas parcelas, pode usar a via da prisão. Quanto às mais antigas, é necessário fazer uso da via expropriatória. Ambos os processos correm em paralelo. Mesmo que o devedor cumpra a pena e não pague os alimentos, a execução prossegue pelo rito da expropriação (CPC 530). Impositivo que, neste caso, as execuções sejam apensadas e prossigam em um único processo, pela integralidade do débito.

5-REFERÊNCIAS

Prisão ou expropriação: os procedimentos para cobrança de alimentos no Novo CPC – Por Fernanda Sell de Souto Goulart Fernandes. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/prisao-ou-expropriacao-os-procedimentos-para-cobranca-de-alimentos-no-novo-cpc-por-fernanda-sell-de-souto-goulart-fernandes/>. Acesso em 16/02/2017.

DIAS, Maria Berenice. A cobrança dos alimentos no novo CPC. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/cobranca-dos-alimentos-no-novo-cpc/>. Acesso em 15/02/2017.

Madaleno, Rolf. Curso de direito de família – 6ª ed. Rev., atual. E ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015. P. 1106.

A Execução de Alimentos pelo novo Código de Processo Civil. FOGAÇA. Magno Angelo Ribeiro. Disponível em: <https://magnofogaca.jusbrasil.com.br/modelos-pecas/323450471/a-execucao-de-alimentos-pelo-novo-codigo-de-processo-civil>. Acesso em: 15/02/2017.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Instituições de direito processual civil. São Paulo: Malheiros, 2004. V. 4.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de direito processual civil. 41. Ed. Atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007. V. 2.

ARCOS. Artigos. A execução da ação de alimentos e o cumprimento de sentença. Disponível em: ? <http://www.arcos.org.br/artigos/a-execucao-da-acao-de-alimentoseo-cumprimento-de-sentenca/>>. Acesso em: 15/02/2015.

MARATIMBA. Da execução de alimentos no Novo CPC. Disponível em: ?<http://WWW.maratimba.com/news/da-execucao-de-alimentos-no-novo-cpc/>>. Acesso em: 15/02/2015.

NOTA:

[1]BERENICE DIAS, Maria. A execução de alimentos frente às reformas do CPC. Disponível em: http://www.mariaberenice.com.br/uploads/29_-_a_execu%27%E3o_dos_alimentos_frente_%E0s_reformas_do_cpc.pdf.

PONDERAÇÃO DE DIREITOS E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

CYNTHIA KARLA ARAÚJO DO NASCIMENTO:
Universidade Católica de Pernambuco. Especialista em
Direito Público e Advogada atuante.

RESUMO: Este trabalho visa o estudo da ponderação de princípios (e, eventualmente, regras) e de direitos fundamentais através do princípio da proporcionalidade, mas, especificamente, por meio do subprincípio: a proporcionalidade em sentido estrito. Através deste trabalho, veremos, ainda, que nenhum direito, por mais fundamental e importante que seja, é absoluto. Desta maneira, é possível a sua ponderação e, conseqüentemente, o seu afastamento, por outro direito mais adequado e eficaz ao caso concreto, sem, com isso, invalidá-lo do nosso ordenamento jurídico. A pesquisa foi realizada pelo método teórico-documental em busca de conclusões interpretativas, analisando as diferenças entre princípios e regras, os diferentes tipos/ espécies de princípios, a interpretação constitucional, os direitos fundamentais e, por fim, o princípio da proporcionalidade e seus subprincípios. Com isso, chega-se a ideia de que o princípio da proporcionalidade, espécie de princípio interpretativo, é o meio eficaz para a ponderação de direitos na análise de controvérsias no caso concreto.

Palavras-chave: Direitos. Controvérsias. Ponderação. Princípio da Proporcionalidade.

ABSTRACT: This work aims to study the ponderation of principles (and, eventually, rules) and fundamental rights through the principle of proportionality, but specifically through a sub-principle: proportionality in the strict sense. Through this work, we shall see, also, that no law, as fundamental and important as it is, is not absolute. In this way, it's possible its ponderation and hence its removal, for another right more appropriate and effective to the case without thereby invalidating it from our legal system. The research was conducted by theoretical-documentary method in search of interpretive conclusions, analyzing the differences between principles and rules, different types / kinds of principles, constitutional interpretation, fundamental rights and, finally, the principle of proportionality and its sub-principles. This brings up the idea that the principle of proportionality, kind of interpretative principle,

is the effective mean for the ponderation of rights in the analysis of controversies in this case.

Keywords: Rights. Controversies. Ponderation. Principle of Proportionality.

1. INTRODUÇÃO

O tema do nosso trabalho diz respeito ao princípio da proporcionalidade como uma solução interpretativa para possíveis controvérsias, em casos concretos, sem que isso signifique a invalidação de uma norma por outra.

Por vezes, uma norma, inclusive um direito fundamental, por mais relevante que seja, pode ser objeto de ponderação, para uma melhor solução em determinado caso.

Inicialmente se verá que é possível colisão entre princípios e regras. Após isso, será constatado que a interpretação constitucional merece ser diferenciada, que os direitos fundamentais, por meio da interpretação, não são absolutos, com base nos estudos de vários autores a exemplo de Pereira (2006); Santos (2004); Bonavides (2008); Canotilho (1999); Mendes, Coelho e Branco (2008), entre outros. E, por fim, a explicação de que a questão da colisão deve ser solucionada pelo princípio da proporcionalidade, no qual será estudado suas várias facetas

1. Princípios e regras

1.1 Classificação dos princípios

Antes de entrar diretamente nas diferenças entre princípio e regra faz-se necessário uma distinção dos tipos de princípios, para saber onde recai o princípio da proporcionalidade, nosso objeto de estudo. Santos (2004) classifica os princípios em três: os princípios gerais de direito, os princípios de interpretação e os princípios constitucionais como espécie de norma jurídica.

Os princípios gerais do direito são aqueles definidos como “diretrizes gerais para a integração de lacunas” (SANTOS, 2004, p. 3), funcionando como fontes secundárias do Direito. O que, para Santos (2004), é de fundamental importância, haja vista que a lei de introdução às normas do direito brasileiro, no seu artigo 4º, diz que “quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito”.

Os princípios de interpretação são “argumentos, pautas, diretrizes que orientam o trabalho do intérprete/aplicador. Não se trata de normas jurídicas, diretamente vinculantes nas condutas individuais, mas instrumentos de interpretação e aplicação destas” (SANTOS, 2004, p. 25), ou seja, sem tais princípios não haveria uma adequada compreensão das normas e, conseqüentemente, uma consoante aplicação. É onde, para Figueiredo (2005), se enquadra o princípio da proporcionalidade.

Já os princípios constitucionais como espécie de norma jurídica, ao lado da outra espécie: a regra, são aqueles que, para Santos (2004), ordenam a vida social, atuando na solução de conflitos surgidos na aplicação do direito, ou seja, possuem normatividade e com isso “gozam de vida própria e valor substantivo pelo mero fato de serem princípios, figurando ou não nos Códigos” (BONAVIDES, 2008, p. 256). 1988).

1.2 Distinções entre princípios e regras e a questão da colisão

Ávila (2005) ao analisar o tema cita três critérios utilizados para distinguir os princípios de regras e, com isso, caracterizá-los.

O primeiro critério é o chamado de **hipotético-condicional** que diz que regras são aqueles previstos hipoteticamente, ao passo que princípios não. Isso ocorreria porque o grau de abstração dos princípios é tão grande que estes apenas poderiam gerar regras de modo hipotético condicional a partir dos princípios.

Ávila (2005) critica este critério. Para o autor, os princípios podem, sim, ser descritos e levados em consideração pelo ordenamento jurídico, mesmo sendo vistos como normas de otimização e diretrizes. Logo também são normativos e podem levar a conseqüências jurídicas. Em resumo, o problema de tal critério é conferir valor ao modo que as normas jurídicas aparecem previstas no sistema, ao invés de examinar sua estrutura.

Porém, apesar disso, o autor comenta que há um lado positivo neste critério. Isso porque dele se conclui que os princípios são diretrizes de otimização imediatamente finalística, já que exigem a realização de algo da melhor forma possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas existentes, ao passo que as regras são imediatamente

descritivas de eventos do plano deôntico. Esta distinção é essencial para o ordenamento jurídico, visto que a existência de apenas uma dessas espécies seria algo infuncionável.

O segundo e o terceiro critério possuem íntima relação e são: do **modo final de aplicação** e o do **conflito normativo**.

O segundo critério é aquele em que as regras são aplicadas de modo “tudo ou nada”, diferentemente dos princípios que podem ser utilizados de modo gradual. Já o terceiro critério diz que em um possível conflito entre regras, uma delas deverá ser declarada inválida, ao passo que os princípios podem se conformar, de modo que um dos princípios apenas seria afastado naquele caso concreto, sem a necessidade de invalidá-lo, utilizando a técnica da ponderação (AZEVEDO; BÔAS, 2009, p. 101).

Sobre aqueles que defendem que na aplicação das regras têm que ser de modo completo e os dos princípios de modo não completo podemos destacar Dworkin (2007)^[1], o qual ensina que as regras não sobrevivem se há outra norma que lhe é antinômica, não contribuindo, assim, para uma determinada decisão.

Corroborando com a asserção acima, a única forma de colisão de regras seria o que Alexy (1997) chama de cláusula de exceção. O autor cita, como exemplo, a regra de proibição de sair da sala antes do toque, exceto em caso de incêndio (no qual este último seria a exceção). Fora estes tipos de situações, as colisões resultariam na retirada da regra do ordenamento jurídico, com a utilização dos critérios de soluções de antinomias jurídicas como: o cronológico (que prevalece a norma posterior), o hierárquico (que prevalece a norma superior) e o da especialidade (que prevalece a norma especial).

No entanto, na contramão desses dois autores, Ávila H. (2005) defende que num possível confronto entre regras este pode sim, ser solucionado pela ponderação, como ocorre com os princípios, em virtude da regra fazer parte de um sistema. Logo, ela nunca deverá ser aplicada no “tudo ou nada”, mas dependendo do evento do mundo social que se examina no caso concreto, no qual, ela será considerada ou não frente as demais normas deste sistema.

Azevedo e Bôas (2009) completam tal pensamento fazendo uma pequena ressalva à Ávila H. (2005). Para eles, a ponderação, no caso de conflitos de regras, não ocorre diretamente sobre elas, mas nos princípios que as fundamentam, conforme podemos evidenciar no seguinte trecho:

[...] Quando se pondera sobre a aplicação de duas regras, o que está a fazer é verificar onde elas estão fundamentadas, para se perguntar qual o princípio que cada uma consagra, para que se possa decidir entre eles. O conflito se dá, num plano mais concreto, entre regras, porém é preciso se ponderar em um plano mais abstrato, entre princípios (AZEVEDO; BÔAS, 2009, p. 102).

Os autores acima defendem, inclusive, que se determinada regra foi prevista, é porque há princípios que a fundamentam, tendo-se com isso os valores (princípios, razões) que serão analisados em um conflito, em uma situação concreta^[2].

Azevedo e Bôas (2009) ainda observam que o confronto entre princípios e regras, muitas vezes, em uma situação real, pode ser bastante complexo, haja vista que o sistema jurídico é sistemático e piramidal. Dessa forma, é possível a aplicação de duas regras ou dois princípios distintos em um mesmo caso. Assim sendo, para os autores, a melhor técnica seria elevar o nível de abstração (nível de importância das normas no sistema) para se chegar àquela que deverá ser aplicável.

Como os princípios são mandados de otimização no qual se constroem as regras, eles estão, para os autores, em um patamar normativo superior, já que as regras são essencialmente descritivas e comportamentais. Por isso, um confronto entre princípios e regras seria algo impossível, visto que os princípios sempre ganhariam.

Em paralelo, quando há o choque entre dois princípios, segundo Alexy (1997), usa-se a técnica da ponderação, atuando os princípios, no caso concreto, com pesos distintos, sem, necessariamente, um tirar a validade do outro.

Isso ocorre, como já dizemos, por serem os princípios mandamentos de otimização (ou seja, devem ser realizados na máxima extensão possível), o que possibilita a sua aplicação em graus

diferenciados. Além disso, também serve para ter a preservação de todos os princípios ali aplicáveis, de forma a harmonizar as posições jurídicas colidentes. Não é que um princípio invalide o outro, mas que, com a ponderação, a sua aplicabilidade seja reduzida em razão da prevalência de outro igualmente válido. Tal método é concretizado com o hoje conhecido princípio da proporcionalidade, chamado por Alexy (1997) como a máxima da proporcionalidade.

2 Interpretação constitucional

2.1 Considerações iniciais

O dispositivo legal nem sempre tem, para o sistema, o significado que a sua leitura pura e isolada aponta. Neste sentido, Santos (2004, p. 27) comenta que:

Na maioria das vezes, exige a norma, no ato de sua aplicação no caso concreto, uma operação hermenêutica, que consiste em lhe atribuir um sentido compatível com todo o sistema normativo no qual a norma está inserida e com as circunstâncias de fato, levando a uma solução realizadora do ideal de justiça, conforme os valores que o constituinte ou o legislador elegeram como fundadores da ordem jurídica.

O autor acima, ainda, complementa que a relação da norma jurídica com os elementos reais, apresentados no caso concreto, é o que aumenta seus casos de aplicação, mas, desde que, sempre dentro de certo grau de razoabilidade. Isso quer dizer que a interpretação dará a norma um sentido adequado, porém sem ser, necessariamente, a única resposta possível para o problema. Além disso, a limitação da interpretação na busca da “vontade do legislador” (SANTOS, 2004, p. 27) acarretaria na redução do alcance do preceito, o que poderia levar a verdadeiros atos de injustiças, razão pela qual o trabalho dos aplicadores do direito é tão importante.

Diante do exposto, o que vem a ser interpretação razoável? Na lição de Story (1873 *apud* BONAVIDES, 2008) é aquela situação em que havendo palavras suscetíveis de duas acepções distintas, adota-se, de preferência, a que seja mais consentânea com os desígnios e objetivos evidentes da Constituição, isto é, a que lhe confere força e eficácia de governo e não a que lhe dificulte as funções ou a reduza a um estado de anormalidade.

Tal conceito surge porque, para Bonavides (2008, p. 469-470), “a Constituição é sobretudo, um instrumento de governo”, que se molda aqueles que estão sujeitos as suas necessidades, hábitos, ocupações e fraquezas, ou seja, é um instrumento para exprimir necessidades da vida humana, não se prestando para exercícios filosóficos ou perquirição judicial.

2.2 Por que a Constituição Federal merece uma interpretação específica?

Santos (2004) comenta que a Constituição engloba um número maior de problemas em sua aplicação do que as leis infraconstitucionais. A solução de tais controvérsias não seria satisfatória se fosse adotado os mesmo métodos de interpretação e aplicação das normas em geral e é este um dos problemas que há em torno da interpretação constitucional. Isso ocorre, também, segundo o autor, pelo fato dos métodos conhecidos hoje serem, em sua maioria, decorrentes do direito privado.

Entretanto, o referido autor, nota uma corrida do direito público para a elaboração de técnicas próprias para este campo, considerando suas peculiaridades. O mesmo, ainda, comenta a elaboração de um catálogo de princípios para auxiliar a tarefa interpretativa e evitar as incertezas das práticas de interpretação subjetivas[3].

Santos (2004), Barroso (1996) e Canotilho (1999) utilizam-se do catálogo adotado por Konrad Hesse (1991 *apud* SANTOS, 2004), no qual incluem: o princípio da unidade da constituição, do efeito integrador, da máxima efetividade, da justiça ou conformidade funcional, da concordância prática ou da harmonização, da força normativa da constituição e da interpretação conforme a Constituição[4].

Pereira (2006) observa o que Santos (2004) diz e ,também, descreve alguns caracteres que a Constituição possui e que a faz necessitar de uma interpretação diferenciada, além de a distingui-la de outras normas jurídicas (as infraconstitucionais). Tais como:

- a) **Supremacia hierárquica:** que faz com que “irradie sua eficácia sobre toda a ordem jurídica, conformando a atividade do Estado e a vida social” (PEREIRA, J., 2006, p. 49);

b) **Natureza de sua linguagem:** por conter, de forma geral, conceitos indeterminados, com alto grau de abstração e baixa densidade semântica^[5]. A autora comenta que tais indeterminações são colocadas na Constituição de maneira intencional, para haver uma conciliação entre a rigidez constitucional e o campo flexível de atuação democrática, além de poder acompanhar as evoluções históricas e as mudanças de costumes, com a finalidade de preservar o texto constitucional. Barroso (1996), inclusive, afirma que o exposto acima é uma característica constitucional, pois, esta estrutura normativa foge do contexto típico das normas de outros ramos do direito, visto que, não se apresenta sob a forma bidimensional preceito/sanção e/ou não se enquadra na categoria de normas de organização (não se apresentam como juízos hipotéticos), mas na de efeito imediato das situações que enunciam;

c) **Conteúdo:** possui uma carga política mais acentuada, em relação às demais normas jurídicas, sendo relevante, pois, o juiz constitucional deve ter sempre em conta as consequências políticas de sua decisão. No entanto, Barroso (1996) alerta que em um conflito entre Direito e política, o juiz deve estar só vinculado ao Direito. Além disso, Pereira J. (2006) frisa que, como o Poder Constituinte Originário tem caráter inicial e juridicamente ilimitado, este impõe uma interpretação mais ampla e liberal das normas constitucionais em comparação com as infraconstitucionais que é juridicamente limitado;

d) **Ser de caráter único** (no controle de constitucionalidade difuso) **ou de caráter definitivo** (no controle de constitucionalidade concentrado): em ambos os casos, o monopólio da última palavra é de um só órgão, algumas vezes, com efeito vinculante (súmulas vinculantes). O que confere a interpretação constitucional contornos próprios;

e) **Não ter aplicação forçada da mesma maneira que as outras leis:** a esse respeito, a autora afirma que:

Quando a lei é violada por um indivíduo, o aparato estadual pode ser posto em funcionamento para fazer cessar a violação. Isso não se dá da mesma forma em relação à Constituição, porque não há agência externa ao governo

que assegure o seu cumprimento caso seja vulnerada pelos órgãos do poder do Estado (PEREIRA, 2006, p. 53).

Com base em todo o exposto, Pereira (2006) inclui mais um elemento as características, um extratextual, que é o comprometimento de todos os setores da sociedade ou, nas palavras da mesma, um **“sentimento constitucional”** (PEREIRA, 2006, p. 53). Pois, para a Constituição e as leis serem efetivadas necessitam, em certa medida, da aquiescência social. Logo, o aspecto principal que diferencia a Constituição das demais normas do Direito é algo que transcende a própria dimensão jurídica.

2.3 Quem interpreta a Constituição?

A interpretação não é ato de alguns indivíduos, mas o resultado da participação de um grupo numeroso de agentes, o que Pereira (2006, p. 56) nomeia de “caráter pluralista da interpretação constitucional” [6].

Para a autora, por ser a Constituição a fonte de autoridade de todos os agentes estatais e, conseqüentemente, ser ela a determinar o fundamento de validade dos atos por estes praticados, a função pública pressupõe um constante labor interpretativo. Portanto, a tarefa interpretativa seria de responsabilidade e de concretização das três funções estatais: a executiva, a legislativa e a judicial.

Desta forma, a interpretação é realizada pelo Poder Executivo ao se pautar pelos comandos constitucionais no desempenho das atividades políticas e administrativas de sua competência. Pelo Poder Legislativo ao elaborar as leis, devendo, também, observá-la ao estruturar-se internamente, quando exerce função de fiscalização. E pelo Poder Judiciário ao julgar, sendo este considerado o intérprete por excelência da Constituição, pois exerce o papel de árbitro nas disputas constitucionais.

Entretanto, a própria Pereira (2006, p. 57) admite que recentemente vem prevalecendo a ideia de que a interpretação constitucional não é tarefa privativa dos agentes públicos, mas de todos que “vivem a Constituição” [7].

Tal ideia é influência de Häberle (1997, p. 13, grifo do autor), que além de Pereira (2006), influenciou outros autores como Santos (2004), e relata:

No processo de interpretação constitucional estão potencialmente vinculados todos os órgãos estatais, todas as potências públicas, todos os cidadãos e grupos, não sendo possível estabelecer-se um elenco cerrado ou fixado com *numerus clausus* de intérpretes da Constituição. [...] Quem vive a norma acaba por interpretá-la ou pelo menos co-interpretá-la. [...] Assim, todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é indiretamente ou, até mesmo diretamente intérprete dessa norma.

Logo, podem ser considerados participantes do processo de interpretação, além do Executivo, do Legislativo e do Judiciário, as partes, que com suas alegações deflagram o diálogo jurídico e os demais legitimados a intervir no processo judicial como: os peritos, as associações, os partidos políticos, os *lobbyistas*, a mídia, as organizações religiosas, etc. (PEREIRA, 2006).

Häberle (1997, p. 30) ensina que este pensamento surge com o intuito de rejeitar o que ele chama de “ideologia da subsunção” e decorre do fato de ser a interpretação um processo aberto que não admite uma passiva submissão ou a recepção de uma ordem.

Assim, nenhum assunto no Direito pode ser considerado plenamente pacífico, haja vista que, em um caso concreto, podem ocorrer interpretações diversas, desde que, dentro do legal e do razoável, buscando inserir a realidade no processo interpretativo. Sobre esta temática Pereira (2006, p. 59) afirma que:

Reconhecer que as influências, expectativas e pressões sociais que eventualmente pairam sobre os juízes não devem ser entendidas como ameaças a sua independência, uma vez que contêm fragmentos de legitimação e operam como fator constritor do arbítrio interpretativo.

Entretanto, a própria autora observa que, infelizmente, na prática, as Cortes, muitas vezes, não acatam os apelos sociais, sobretudo em países como o Brasil em que o desenvolvimento social e a educação política são precários. Todavia, alerta que o diálogo constitucional entre Cortes e sociedade civil é um dos mais importantes caminhos para a legitimação democrática do Poder Judicial.

Vale salientar que, apesar do atraso comentado pela autora em epígrafe, o Brasil, lentamente, está neste caminho, com decisões históricas proferidas

por nossa Corte Máxima. É o caso da decisão a respeito da união estável homossexual[8], que abriu o debate sobre o casamento homoafetivo, e a não incriminação do aborto em fetos anencefálicos[9], ambos com profunda influência da sociedade civil, especialmente da mídia. E, quem sabe, esta seja a abertura necessária para a discussão de outros assuntos de grandes repercussões.

2.4 A importância dos princípios no ordenamento jurídico

Os princípios, além de determinar em como a norma deve ser compreendida, servem também para atualizar o texto sem ser preciso uma modificação legiferante, método conhecido como mutação constitucional, no qual o Poder Judiciário tem papel essencial (DILGUERION, 2004).

Isso ocorre porque, segundo Bastos C. (1999), o juiz é forçado a extrair o comando correto a ser aplicado entre a literalidade do texto constitucional e a concretude do ato de aplicação da Constituição, balizada, claro, nos limites da jurisdição.

Os princípios, ainda, para o autor acima, são imprescindíveis para a boa compreensão do texto constitucional, devendo a sua utilização objetivar a harmonização das diversas normas constitucionais, mas sem retirar da norma a sua eficácia. O que faz o princípio da proporcionalidade ganhar força.

Além disso, como bem observa Pontes (2000), a abertura normativa dos princípios permite ao intérprete do Direito captar as riquezas das circunstâncias fáticas dos diferentes conflitos sociais, o que não poderia ser feito, simplesmente, com regras legais, uma vez que a norma foi feita para o geral, o abstrato. Logo, em um caso concreto, ela, na maioria das vezes, sofrerá adaptações e, para tal, os princípios têm fundamental relevância. Em síntese, os princípios são um instrumento para a busca da justiça social.

2.5 Limites à atividade interpretativa

Segundo Bastos e Meyer-Pflug (*In: SILVA, V., 2005*), a atividade interpretativa não é e nem pode ser uma atividade ilimitada, tendo limites nos próprios fundamentos do sistema constitucional. Entretanto, asseveram os autores, que tais limites não são rigorosos, pois se assim o fosse, seria incompatível com a própria natureza da atividade interpretativa, que é essencial para criar o direito.

Ressaltam, ainda, Bastos e Meyer-Pflug (*In: SILVA, V., 2005*), que não é permitido uma interpretação de modo a alterar completamente o sentido da norma, visto que, desta forma, o intérprete estaria se convertendo em um legislador positivo, criando uma nova norma jurídica, o que é vedado pelo ordenamento jurídico.

Os autores ainda enfatizam que quando não é possível atualizar a norma através da interpretação, ou melhor, quando esta afronta princípios constitucionais, é necessário que se faça uma alteração formal da Constituição ou, até mesmo, que ocorra uma mudança na própria ordem jurídica.

3 Direitos fundamentais

3.1 Considerações iniciais

Mendes, Coelho e Branco (2008, p. 231) afirmam que os direitos fundamentais só têm os aspectos que conhecemos atualmente, graças, a sua afirmação como “núcleo de proteção da dignidade da pessoa e da visão de que a Constituição é o local adequado para positivizar as normas dessas pretensões”. Isso é fruto da percepção de que os valores mais relevantes da existência humana merecem estar resguardados em um documento jurídico com força vinculante máxima.

São muitos os sistemas de pensamentos que tentam justificar a existência dos direitos fundamentais, alguns excludentes entre si. Mendes, Coelho e Branco (2008, p. 235) os sintetizam ao dizer que:

Para os jusnaturalistas, os direitos do homem são imperativos do direito natural, anteriores e superiores à vontade do Estado. Já para os positivistas, os direitos do homem são faculdades outorgadas pela lei e reguladas por ela. Para os idealistas, os direitos humanos são ideias, princípios abstratos que a realidade vai acolhendo ao longo do tempo, ao passo que, para os realistas, seriam o resultado direto de lutas sociais e políticas.

Estas variedades de sistemas são explicadas, por Pereira (2006), por serem os direitos fundamentais frutos de processos históricos. Além de também a história, segundo Bobbio (1992), ser a responsável pela diversidade e pelo enquadramento de tais direitos como tal.

É por isso que Mendes, Coelho e Branco (2008) afirmam que além de motivos filosóficos, para um direito ser positivado como direito fundamental, é indispensável, ainda, o concurso de condições sociais e históricas favoráveis.

3.2 Aspectos gerais

No que tange a questão terminológica, como bem salienta Santos (2004), não há um tratamento unitário na doutrina, havendo uma grande pluralidade de nomes.

A terminologia direitos humanos e direitos do homem são, para o autor, mais tradicionais, oriundos do jusnaturalismo. Este pregava que o homem tinha direitos inatos, devendo eles serem reconhecidos pelo simples fato de pertencerem ao homem. Entretanto, tais nomes, apesar de muito usados, são passíveis de críticas por serem, na visão de Bobbio (1992), termos vagos.

Outro termo utilizado é liberdades públicas^[10]. Santos (2004) comenta que este nome é mais restritivo, já que não alcança os direitos sociais, contidos tanto no conceito de direitos humanos, como no conceito de direitos fundamentais. Já no tocante a nomenclatura direitos civis, esta não é suficiente para definir a totalidade dessa espécie de direitos.

Nessa direção, Santos (2004, p. 571) entende que o termo direitos fundamentais^[11] é o mais adequado na tarefa de definir “o conjunto de ‘direitos do homem’ reconhecidos pelo direito positivo através de sua consagração na Constituição”.

No que tocante à categoria dogmática, Pereira J. (2006), afirma que tais direitos podem ser analisados sob vários focos:

- a) **Do ponto de vista formal:** os direitos fundamentais são aqueles que a ordem constitucional os qualifica expressamente como tais. Santos (2004) observa que não há um catálogo definido de direitos fundamentais, uma vez que a Constituição não traz expressamente em seu texto todos esses direitos, já que ela dispõe, no artigo 5º, §2º, que “os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais [...]” (BRASIL, CF, 1988);

b) **Do ponto de vista material:** são aqueles direitos que ostentam maior importância. Nesse sentido, Mendes, Coelho e Branco (2008) constatam que o ponto comum que define um direito fundamental é a intenção de explicitar o princípio da dignidade da pessoa humana.

c) **Do ponto de vista funcional:** os direitos fundamentais atuam tanto no plano subjetivo, como garantidor das liberdades individuais, quanto do lado objetivo, ao orientar a atuação do Estado em proteger esses mesmos direitos, através de medidas concretas ou pela atividade legislativa;

d) **Do ponto de vista estrutural:** os direitos fundamentais entram no sistema jurídico por meios de normas, as quais são formuladas a partir da interpretação de dispositivos constitucionais. Normas estas que se dividem em princípios e regras.

Nessa linha de pensamento, Silva (1992) conceitua os direitos fundamentais como as prerrogativas que o ordenamento jurídico concretiza para uma convivência livre, digna e igual para as pessoas, ou seja, situações essenciais para a plena existência de um ser humano.

3.3 As restrições de direitos fundamentais

3.3.1 Considerações iniciais

Como bem observado por Vizzotto (2006), grande partes dos direitos fundamentais não são intocáveis nem absolutos. Na mesma direção, Mendes Coelho e Branco (2008) também percebem que possíveis conflitos podem ocorrer tanto entre direitos fundamentais, quanto entre estes direitos e outros valores constitucionais.

Tais ideias vêm do próprio conceito de liberdade, oriundo do Iluminismo e consagrado pelo legislador francês em 1789, ao dizer que: “a liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique outrem: em consequência, o exercício dos direitos naturais de cada homem só tem por limites os que assegurem aos demais membros da sociedade à fruição desses mesmos direitos [...]” (KONDER, 2003, p. 154).

É interessante atentar que a maioria das Constituições mundiais não determinam, de modo específico, como e quanto um direito fundamental pode ser restrito, restando ao intérprete esta função (VISSOTTO, 2006)[\[12\]](#).

3.3.2 Conflitos e colisões de direitos fundamentais

Conflitos e restrições de direitos fundamentais são assuntos que possuem íntima relação entre si, haja vista que ambos dependem da sensibilidade do operador jurídico.

Canotilho (1999, p. 1.191) explica este fenômeno ao dizer que “uma colisão autêntica de um direito fundamental ocorre quando o exercício de um direito fundamental por parte do seu titular colide com o exercício do direito fundamental por parte do outro titular”.

A solução mais justa e eficaz, para ambas as controvérsias, é a utilização de um juízo de ponderação, no qual se procura encontrar e justificar o resultado mais coerente com os conjuntos de valores constitucionais existentes. Ponderação esta que está dentro da noção do princípio da proporcionalidade (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008).

Desta feita, como bem salienta Figueiredo (2005), o princípio da proporcionalidade é usado como uma máxima interpretativa que serve como diretiva procedimental para a busca material da decisão, na qual se opera através de um processo de apreciação, contido no subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito (ponderação). Assim, o princípio da proporcionalidade é, para a autora, um mandamento de otimização, por procurar a solução mais adequada para o problema.

4 Princípio da proporcionalidade

4.1 Definição

Santos (2004) afirma que a liberdade pode sim ser limitada, mas somente se for legitimada pela Constituição. Entretanto, alerta Bonavides (2008), que este método não pode ocorrer através de leis arbitrárias, ou seja, não pode haver uma ausência efetiva de controle.

Diante disso, houve a necessidade de compatibilizar a liberdade dos indivíduos com o poder estatal, surgindo, assim, uma série de limitações e o

controle deste poder, estando entre eles o princípio da proporcionalidade, conhecido também como “princípio da proibição do excesso” (SANTOS, 2004, p. 110).

A definição deste princípio é bem complexa, pois, segundo Bonavides (2008), o princípio da proporcionalidade está na classe de princípios que são mais facilmente compreendidos do que definidos. No entanto, terminologicamente, para Pontes (2000, p. 43-44), esse significa “proporção, medida justa, prudente e apropriada à necessidade exigida no caso presente”.

Nessa mesma vertente, Santos (2004, p. 107-109) afirma que o princípio da proporcionalidade é a:

Mediação entre diferentes grandezas, combinando, proporcionalmente à importância para o caso concreto, diferentes valores [...] e interesses reconhecidos na Constituição, com o fito de encontrar uma justa decisão em situações de tensão entre direitos [...] igualmente consagrados pela Constituição.

Mendes, Coelho e Branco (2008), Bonavides (2008) e Avolio (1995) comentam que o princípio da proporcionalidade está presente em todo e qualquer ramo do direito, não sendo um fundamento exclusivo dos estudos dos direitos fundamentais, mas um postulado geral do Direito. O que é relevante, pois, ele é fundamental para a concretude de um Estado Democrático de Direito, independentemente de sua expressa referência no texto constitucional[13].

4.2 Elementos constitutivos ou subprincípios

Canotilho (1999), ao estudar o princípio da proporcionalidade, encontra nele três princípios constitutivos, que surgiram, segundo Santos (2004), como uma forma de combater a indeterminação em torno do que é, efetivamente, o princípio da proporcionalidade. São eles:

a) **Conformidade ou adequação:** é a “relação de adequação medida-fim” (CANOTILHO, 1999, p. 264), ou seja, é aquela que ao adotar uma medida para a realização de um interesse público, faça com que esta seja a mais adequada para a finalidade que o legislador pretendeu atingir (DILGUERIAN, 2004)[14];

b) **Exigibilidade ou necessidade:** é o que não excede os limites indispensáveis à conservação do fim legítimo pretendido, com a preocupação de aquele ser o menos oneroso para o cidadão (BONAVIDES, 2008). Além disso, Bonavides (2008) acrescenta que, para tal, é relevante o meio empregado e a sua dosagem e não a sua escolha, ou seja, haveria uma discricionariedade legislativa;

c) **Proporcionalidade em sentido estrito:** é onde a área de atuação do princípio da proporcionalidade é mais relevante, visto que, cuida da ponderação entre direitos, bens ou interesses (AZEVEDO; BÔAS, 2009). Santos (2004) observa que tal subprincípio permite uma maximização das possibilidades jurídicas frente a outras normas também válidas constitucionalmente. Em síntese:

O subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito permite realizar uma proporcional distribuição dos ônus da vida em sociedade, à medida que proíbe ao Estado sacrificar direitos fundamentais, sob a justificativa de proteger direitos e interesses que, na prática, apresentam menor relevância. Assim, tendo em vista considerações fáticas do caso, os direitos ou interesses em tensão passarão por uma operação de sopesamento (SANTOS, 2004, p. 114).

Desta maneira, o princípio da proporcionalidade em sentido estrito assume, para Mendes, Coelho e Branco (2008, p. 333), o papel de “controle de sintonia fina”, indicando a solução mais justa ou a necessidade de sua revisão. Pois, “uma lei restritiva, mesmo adequada e necessária, pode ser institucional, quando adote cargas coativas de direitos, liberdades e garantias desmedidas, desajustadas ou desproporcionais em relação ao resultado obtido” (CANOTILHO, 1999, p. 487-488).

CONCLUSÃO

Neste trabalho foi constatado de que é possível a ponderação entre princípio, existindo parcela da doutrina que admite, inclusive, a ponderação entre regras, sem que, para isso, haja a exclusão destes do nosso ordenamento jurídico.

Também foi analisado que os direito fundamentais, por mais importantes que sejam, podem ser objeto de ponderação, ou seja, não são dotados de

caráter absoluto. Assim, os direitos fundamentais devem ser submetidos a um juízo de ponderação quando entra em colisão com outros direitos fundamentais.

O objeto central deste estudo foi analisar de que maneira esta ponderação pode ocorrer e a resposta foi o princípio da proporcionalidade. O referido princípio, mais especificamente o seu subprincípio: proporcionalidade em sentido estrito, é um princípio de interpretação, que auxilia o intérprete/aplicador na tomada de decisões, além de ser o meio de superar conflitos entre direitos, bens e interesses constitucionalmente protegidos.

O princípio da proporcionalidade deve ser encarado como um método interpretativo que auxilia o juiz na busca da concretização dos valores constitucionais e, sobretudo, da justiça. O que não significa que os direitos fundamentais serão corrompidos, mas, sim, ponderados, para a busca de um direito/valor maior naquele caso concreto.

2. REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Trad. Ernesto Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas**: interceptações telefônicas e gravações clandestinas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

AZEVEDO, Bernardo Montalvão Varjão de; BÔAS, Marco de Aguiar Villas. Reflexões sobre a Proporcionalidade e suas Repercussões nas Ciências Criminais. **Revista Jurídica**. Porto Alegre, ano 57, nº 380, jan. 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. São Paulo: Saraiva, 1996.

BASTOS, Celso Seixas. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos, 1999.

BASTOS, Celso Ribeiro; MEYER, Pflug Samantha. A Interpretação como Fator de Desenvolvimento e Atualização das Normas Constitucionais. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). **Interpretação constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 145- 164.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: . Acesso em: 03 ago. 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.

DILGUERIAN, Mirian Gonçalves. Princípio Constitucional da Proporcionalidade e sua Implicação no Direito Penal (Lato Sensu). **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo, ano 12, nº 46, jan.-mar. 2004. ISSN 1518-272X.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 2. ed. Tradução de Jéferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FIGUEIREDO, Sylvia Marlene de Castro. **A interpretação constitucional e o princípio da proporcionalidade**. São Paulo: RCS, 2005.

HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional. **A sociedade aberta dos intérpretes da constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997.

KONDER, Fábio. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PONTES, Helenilson Cunha. **O princípio da proporcionalidade e o direito tributário**. São Paulo: Dialética, 2000.

SANTOS, Gustavo Ferreira. **O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal**: limites e possibilidades. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 1992.

VIZZOTTO, Vinicius Diniz. Restrições de Direitos Fundamentais e Segurança Pública. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. São Paulo, ano 14, nº 57, out.-dez. 2006.

NOTAS:

[1] Segundo Santos (2004), Dworkin foi o pioneiro no debate sobre a natureza jurídica dos princípios.

[2] Azevedo e Bôas (2009) ressaltam que os valores não são sinônimos de princípios, mas ideais dos seres humanos que devem ser levados em consideração na hora da aplicação de determinada norma. Não são também normativos, porém estão em um plano antológico, ou seja, são supra normativos, que entra no ordenamento através das normas jurídicas. As regras podem ter valores, todavia, de maneira mais reduzida, em comparação aos princípios, por ter maior concretude. Citam os autores, como exemplo de valores, a proteção ao pudor e ao menor, em face ao direito de liberdade do acusado, no caso específico do crime de praticar relação sexual com menor de 14 anos (artigo 217-A do Código Penal: estupro de vulnerável).

[3] Citando Santos (2004) ,como exemplo, a não contribuição para a garantia da aplicação dos direitos fundamentais na sua possibilidade máxima de aplicação.

[4] Observa Santo (2004) que tal catálogo não é algo fechado, podendo incluir outros elementos fora daqueles elencados.

[5] Apesar de obviamente Pereira (2004) não negar a existência de normas de caráter fechado e específico, como é o caso das regras sobre eleição.

[6] Pereira (2006, p. 56), comenta que este “caráter pluralista da interpretação constitucional” é resultado da supremacia hierárquica e do caráter originário constitucional, fundador de todo ordenamento jurídico.

[7] O que Pereira (2006) classifica como intérpretes não oficiais.

[8] ADI nº 4277 e ADPF nº 132.

[9] ADPF nº 54.

[10] Nome que, segundo Santos (2004), surgiu no século XVIII.

[11] Criado na França, em torno de 1770, no meio do movimento que iniciaria a proclamação da Declaração dos Direitos Humanos.

[12] Uma exceção, segundo Vizzotto (2006), é a Constituição Turca que diz, em seu artigo 13, quais hipóteses podem ser restringidas tais direitos, com respeito, sempre, da ordem democrática.

[13] Isso porque o princípio da proporcionalidade é um princípio implícito, ou seja, não está descrito explicitamente na Constituição, sendo, segundo Dilguerian (2004), resultada do labor interpretativo do artigo 5º, §2º, da Constituição da República: “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” (BRASIL, CF, 1988).

[14] Bonavides (2008) alerta que este subprincípio se confunde com o da vedação do arbítrio que, às vezes, é utilizado com o mesmo significado de princípio geral da proporcionalidade.

INDEPENDÊNCIA DE INSTÂNCIAS E A RESPONSABILIDADE DISCIPLINAR

CARLOS ALBERTO FONSECA SEIXAS DE OLIVEIRA:
Graduação pelo Centro Universitário de Rio Preto-UNIRP/SP. Pós-Graduado em Direito Público pela Fortium-DF.

RESUMO: Este trabalho apresenta a importância da independência entre instâncias e a própria distinção entre a responsabilidade administrativa com as demais responsabilidades.

Palavras-chave: *Independência de instâncias, aplicação de sanção disciplinar, responsabilidade administrativa.*

ABSTRACT: This paper presents the importance of independence between instances and the very distinction between administrative responsibility and other responsibilities.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Aplicação da sanção disciplinar antes da decisão judicial 3. Conclusão. 4. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Prefacialmente, cabe registrar que, no Ordenamento Jurídico Brasileiro predomina a independência de instâncias.

A independência entre instâncias decorre da separação entre os Poderes e da própria distinção entre a responsabilidade administrativa com as demais responsabilidades.

Assim, em virtude da independência das responsabilidades (sanções penais, civis e administrativas) e, em consequência das respectivas instâncias, a Administração Pública poderá aplicar sanção disciplinar ao servidor, mesmo se ainda em curso a ação judicial a que responde o mesmo fato.

Isto porque, o processo administrativo não se sujeita ao pressuposto de haver prévia definição sobre o fato na esfera judicial.

Desse modo, em princípio, não há necessidade de se aguardar o desfecho de um processo em outra esfera para somente depois apenar um servidor pelo cometimento de falta funcional.

2. APLICAÇÃO DA SANÇÃO DISCIPLINAR ANTES DA DECISÃO JUDICIAL

É possível à Administração infligir sanção disciplinar ao servidor público antes mesmo de julgamento no âmbito judicial, conforme decisões judiciais exaradas a seguir:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. ATO DE DEMISSÃO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. PROPORCIONALIDADE DA SANÇÃO. OBSERVÂNCIA.

(...)

5. O processo administrativo disciplinar e a ação de improbidade, embora possam acarretar a perda do cargo público, possuem âmbitos de aplicação distintos, mormente a independência das esferas civil, administrativa e penal. Logo, não há óbice para que a autoridade administrativa apure a falta disciplinar do servidor público independentemente da apuração do fato no bojo da ação por improbidade administrativa. Precedentes. STJ- MANDADO DE SEGURANÇA Nº 15.951 - DF (2010/0218083-3) 27/11/2011.

MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. AUDITOR FISCAL DA RECEITA FEDERAL. ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. REMESSA DE

VALORES PARA O EXTERIOR, SEM DECLARAÇÃO DE IMPOSTO DE RENDA. CONDUTA ÍMPROBA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR – PAD. PROVA EMPRESTADA DO JUÍZO CRIMINAL. OBSERVÂNCIA DO CONTRADITÓRIO. INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS CIVIL, PENAL E ADMINISTRATIVA. PENA DE DEMISSÃO IMPOSTA PELA ADMINISTRAÇÃO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. DIREITO LÍQUIDO E CERTO INDEMONSTRADO.

(...)

4. Embora possam se originar a partir de um mesmo fato, a apuração de falta administrativa realizada no PAD não se confunde com a ação de improbidade administrativa, esta sabidamente processada perante o Poder Judiciário, a quem cabe a imposição das sanções previstas nos incisos do art. 12 da Lei n. 8.429/92. **Há reconhecida independência das instâncias civil, penal e administrativa.** (STJ - MS 12.536/DF, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJ de 26.09.08);

APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. DENEGAÇÃO EM 1º GRAU. **PRETENSÃO DE QUE O PROCESSO ADMINISTRATIVO SEJA EXCLUÍDO, DIANTE DA EXISTÊNCIA DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA, ENVOLVENDO OS MESMOS FATOS. IMPOSSIBILIDADE. INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS CIVIL, PENAL E ADMINISTRATIVA. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL PACÍFICO.** SENTENÇA CORRETA. RECURSO DESPROVIDO. "**A independência entre as instâncias penal, civil e administrativa,** consagrada na doutrina e na jurisprudência, permite à Administração impor punição disciplinar ao servidor faltoso à revelia de anterior

juízo de admissibilidade no âmbito criminal, ou em **sede de ação civil por improbidade**, mesmo que a conduta imputada configure crime em tese. Precedentes do STJ e do STF. (...)” (STJ, MS 7.834/DF, Rel. Ministro FELIX FISCHER, TERCEIRA SEÇÃO, J. 13.03.2002, DJ 08.04.2002, p. 127).

(TJPR 4602993 PR 0460299-3, Relator: Rogério Ribas, Data de Julgamento: 01/09/2009, 5ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 226)

Processo civil. Improbidade administrativa. Juízo de admissibilidade. Independência das instâncias judicial e administrativa. Existência de indícios. Recebimento da inicial. **1- A realização de processo administrativo disciplinar, bem como de qualquer medida prévia à sua instauração, não pode ser considerada como condição para a propositura de ação de improbidade administrativa.** Prevalece, no caso, **a regra da independência das instâncias**. 2- O juízo de admissibilidade da petição inicial de ação de improbidade administrativa (Lei nº 8.429/92, art. 17, §§ 6º e 8º) não se destina à formação de convicção definitiva e exauriente do magistrado sobre a causa. Nesta sede, tem-se por admissível a demanda desde que haja indícios suficientes a embasar a verossimilhança da conduta ímproba. 8.429/92 §§ 6º e 8º 3- Agravo a que se nega provimento. (TRF 2ª - 161014 RJ 2007.02.01.015979-6, Relator: Desembargador Federal LUIZ PAULO S ARAUJO Fº/no afast. Relator, Data de Julgamento: 08/10/2008, SÉTIMA TURMA ESPECIALIZADA, Data de Publicação: DJU - Data::28/10/2008 - Página::211)

ADMINISTRATIVO - SERVIDOR PÚBLICO - PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR - PRESCRIÇÃO- INOCORRÊNCIA - APLICABILIDADE DA LEGISLAÇÃO PENAL - PRECEDENTES - INDEPENDÊNCIA DAS ESFERAS ADMINISTRATIVA E

*PENAL - PRESCINDIBILIDADE DE SENTENÇA PENAL
CONDENATÓRIA - RECURSO DESPROVIDO.*

I - Consoante entendimento deste Superior Tribunal de Justiça, havendo regular apuração criminal, deve ser aplicada a legislação penal para o cômputo da prescrição no processo administrativo. Precedentes.

II - A sanção administrativa é aplicada para salvaguardar os interesses exclusivamente funcionais da Administração Pública, enquanto a sanção criminal destina-se à proteção da coletividade. Consoante entendimento desta Corte, a independência entre as instâncias penal, civil e administrativa, consagrada na doutrina e na jurisprudência, permite à Administração impor punição disciplinar ao servidor faltoso à revelia de anterior julgamento no âmbito criminal, ou em sede de ação civil, mesmo que a conduta imputada configure crime em tese. Ademais, a sentença penal somente produz efeitos na seara administrativa, caso o provimento reconheça a não ocorrência do fato ou a negativa da autoria. III - Recurso conhecido e desprovido (STJ, RMS 18.688/RJ, Rel. Min. Gilson Dipp, DJU 09.02.05);

ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. PENA DE CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA. POSSIBILIDADE. INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVA E PENAL. PROVIMENTO NEGADO. 1. A despeito das teses que se tem levantado acerca da inconstitucionalidade da aplicação da pena de cassação de aposentadoria de servidor público em processo administrativo disciplinar, seja em razão do caráter contributivo dos benefícios previdenciários, seja à luz dos princípios do direito adquirido e do ato jurídico perfeito, prevalece nesta Corte e no Supremo Tribunal Federal o entendimento de que é

*possível a aplicação da referida pena, desde que haja expressa previsão legal e que o ilícito administrativo tenha sido cometido pelo servidor ainda na atividade. 2. **A sentença proferida no âmbito criminal somente repercute na esfera administrativa quando reconhecida a inexistência material do fato ou a negativa de sua autoria.** 3. Recurso ordinário em mandado de segurança não provido, com a revogação da liminar deferida nos autos da MC n. 13.883/RJ (STJ - RMS: 27216 RJ 2008/0150711-9, Relator: Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Data de Julgamento: 28/04/2015, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 07/05/2015)*

*AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO QUANTO À AUSÊNCIA DE JUNTADA DE DOCUMENTOS. ABSOLVIÇÃO NA ESFERA PENAL COM BASE NO ART. 386, III e VI, DO CPP. INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS. NECESSIDADE DE PRÉVIA SINDICÂNCIA ADMINISTRATIVA. IMPOSSIBILIDADE DE INOVAÇÃO NESTA FASE PROCESSUAL. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. **As instâncias das esferas civil, penal e administrativa são autônomas e não interferem nos seus respectivos julgados, ressalvadas as hipóteses de absolvição por inexistência de fato ou de negativa de autoria.** (Precedente: RMS 26.510/ RJ, Rel. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, DJe 26/3/2010) 2. In casu, a absolvição do recorrente ocorreu com base no art. 386, III (não constituir o fato infração penal) e VI (existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1º do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência;) , do Código de Processo Penal, não se enquadrando, portanto, nas hipóteses ressalvadas. 3. O jus*

novarum é vedado no momento da análise do recurso ordinário, por isso que a prévia sindicância administrativa não foi objeto do mandado de segurança, não restando insindicável nesta via. 4. O agravante não demonstrou a existência de prejuízo efetivo em virtude da ausência de juntada de documentos fornecidos pela Inspetoria da Receita Federal em Porto Alegre e pela Administradora Hidroviária Docas Catarinense ADHOC. 5. Agravo regimental a que se nega provimento. (STF - AgR RMS: 26951 DF - DISTRITO FEDERAL 0005638-38.2007.0.01.0000, Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 03/11/2015, Primeira Turma)

Nesse passo, registramos também o entendimento pacífico do **Supremo Tribunal Federal** no sentido da **independência entre as instâncias administrativa, civil e penal**, excetuados os efeitos da decisão proferida nesta última, se assentada a inexistência de autoria ou a inocorrência material do próprio fato, v.g.: Mandado de Segurança n. 22.899, Relator o Ministro Moreira Alves, DJ 16.5.2003; Mandado de Segurança n. 22.155, Relator o Ministro Celso de Mello, DJ 24.11.2006, do qual destacamos o seguinte trecho:

*“- As decisões **emanadas** do Poder Judiciário **não condicionam** o pronunciamento censório da Administração Pública **nem lhe coarctam o exercício da competência disciplinar**, exceto nos casos em que o juiz vier a proclamar a **inexistência** de autoria **ou a inocorrência material** do próprio fato, **ou**, ainda, a reconhecer a configuração **de qualquer** das causas de justificação penal.”*

Leo da Silva Alves assevera: “A Administração pode dar curso a processo disciplinar, sem aguardar manifestação do Poder Judiciário. Descabe, portanto, como regra, o sobrestamento do processo [\[1\]](#)”.

Também por este prisma é o entendimento do doutrinador José Olímpio Barbacena Filho[2], ao asseverar que **“A Administração Pública tem a obrigação legal de conduzir e decidir acerca de processos administrativos disciplinares instaurados em seu âmbito, pois a instância administrativa não se confunde com a judicial. Mesmo que haja ação de improbidade administrativa ajuizada, isso não é empecilho para que o mesmo fato seja apurado administrativamente e concluído mesmo antes da decisão judicial inerente ao fato porventura em apuração”**.

Cabe registrar também que, na absolvição na esfera judicial por insuficiência de provas, não repercute de forma necessária no âmbito disciplinar, até porque outra pode ter sido a interpretação dos fatos nos autos do processo administrativo disciplinar, inclusive em vista de distintos elementos probatórios.

A autoridade administrativa competente tem autonomia para apreciar os mesmos fatos de forma diferente, uma vez que a decisão judicial não tem efeito vinculante, senão esta relacionada ao reconhecimento da inexistência do fato ou negativa de autoria.

O doutrinador português Paulo Veiga e Moura considera que a possibilidade de um comportamento do empregado poder despertar responsabilidade civil, administrativa, criminal, enseja o juízo de que **“não impede que haja uma autonomia e independência dos procedimentos destinados a efectivar qualquer uma daquelas responsabilidades, com natural risco de se poderem alcançar conclusões divergentes em ambas as sedes”**[3].

Vale ressaltar também o entendimento da doutrina[4], em relação a sentença penal absolutória, proferida por insuficiência de provas quanto à autoria, ou porque a prova é insuficiente para a condenação, não vincula a esfera disciplinar.

Julgou o Superior Tribunal de Justiça[5]:

“A decisão administrativa disciplinar não resta afetada por sentença penal de absolvição por insuficiência de provas e o juízo administrativo não precisa aguardar trânsito em julgado de decisão criminal para aplicar pena disciplinar”.

A corroborar o exposto acima, insta transcrever o entendimento da doutrina de Hely Lopes Meirelles:

“A punição administrativa ou disciplinar não depende de processo civil ou criminal a que se sujeite também o servidor pela mesma falta, nem obriga a Administração a aguardar o desfecho dos demais processos, nem mesmo em face da presunção constitucional de não culpabilidade. Apurada a falta funcional, pelos meios adequados (processo administrativo, sindicância ou meio sumário), o servidor fica sujeito, desde logo, à penalidade administrativa correspondente. A punição interna, autônoma que é, pode ser aplicada ao servidor antes do julgamento judicial do mesmo fato. E assim é porque, como já vimos, o ilícito administrativo independe do ilícito penal. A absolvição criminal só afastará o ato punitivo se ficar provada, na ação penal, a inexistência do fato ou que o acusado não foi seu autor” (Direito Administrativo Brasileiro, Malheiros Editores, 30ª ed., p. 481).

Ademais, a atuação do Poder Judiciário, no tocante ao controle jurisdicional do processo administrativo, cingir-se ao campo da legalidade e regularidade do ato administrativo.

Por exemplo, a aplicação da pena disciplinar (administrativo) e a decisão judicial em ação civil pública (cível) instauradas pelos mesmos fatos, em regra, não se vinculam, por visarem resultados diversos.

Ressalta-se que, a responsabilidade administrativa do empregado será afastada somente quando a absolvição criminal

negar a existência do fato ou sua autoria, conforme entendimento da doutrina e jurisprudências retromencionadas.

3. CONCLUSÃO

Portanto, em regra, a independência entre as instâncias penal, civil e administrativa, consagrada na doutrina e na jurisprudência, permite à Administração Pública impor punição disciplinar ao servidor faltoso, independentemente do julgamento do ato na esfera judicial.

4. REFERÊNCIAS

ALVES, Léo da Silva. **Processo disciplinar em 50 questões**. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.p.56.

Revista da CGU, Ano VI, Julho/2011, ISSN 1981-674X, fl. 160

MOURA. Paulo Veiga e. **Estatuto Disciplinar dos trabalhadores da Administração Pública anotado**. 2ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2011, p.101.

CARVALHO FILHO. José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 13 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. P.579

NOTAS:

[1][1] ALVES, Léo da Silva. **Processo disciplinar em 50 questões**.Brasília: Brasília Jurídica, 2002.p.56.

[2] **Revista da CGU**, Ano VI, Julho/2011, ISSN 1981-674X, fl. 160

[3] MOURA. Paulo Veiga e. **Estatuto Disciplinar dos trabalhadores da Administração Pública anotado**. 2ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2011, p.101.

[4] CARVALHO FILHO. José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 13 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. P.579

[5]MS Nº 8.111 - DF (2001/0195679-7)

DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DA SOCIEDADE LIMITADA E A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS SÓCIOS ADMINISTRADORES

ADRIANA CAROLINE DE SOUZA:
*Graduanda do Curso de Direito.
UNIASSELVI/FAMEG.*

Orientador: Prof. ADILSON JOSÉ RIBEIRO¹

RESUMO: O presente trabalho teve por objeto a análise do instituto da desconsideração da personalidade jurídica aplicada às sociedades limitadas e responsabilidade civil dos sócios administradores. Com base em pesquisas doutrinárias, jurisprudenciais e legislação pertinente, a escolha do tema baseou-se na importância do instituto da desconsideração da personalidade jurídica principalmente no âmbito empresarial, como garantidor de relações comerciais íntegras, pois coíbe o mau uso da pessoa jurídica, afastando momentaneamente a autonomia patrimonial, dessa forma preservando esse princípio tão importante para as sociedades empresárias, impedindo que se cometam atos ilícitos sob o véu da personalidade jurídica. Especificamente aplicado à sociedade limitada devido ao fato de ser o tipo societário mais adotado atualmente se tratando de sociedades empresárias. Primeiramente, será abordado o conceito de pessoa jurídica, a sociedade limitada e em seguida adentrando no tema da personalização e desconsideração da personalidade jurídica, bem como o procedimento para desconsideração e a responsabilidade dos sócios-administradores para com a sociedade em caso de desconsideração.

Palavras-chave: Pessoa Jurídica. Personalidade Jurídica. Sociedade Limitada. Desconsideração. Responsabilidade Civil.

1 INTRODUÇÃO

É incontestável a importância do Direito Empresarial nas relações sociais, pois não só afeta as sociedades empresárias, mas todos os envolvidos direta e indiretamente. Tratando-se de relações comerciais, nem sempre aqueles que estão à frente dessas sociedades agem de forma proba, por este motivo a importância do Direito Empresarial para regular as relações comerciais.

Assim, o presente estudo aborda a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade limitada e a responsabilidade civil dos sócios administradores. A

¹ Professor Orientador. Graduado em Direito pela Associação Catarinense de Ensino. Pós-graduado em Direito Processual e Direito Empresarial, pelo Centro Universitário de Jaraguá do Sul - UNERJ, com Mestrado em Educação, defendido em 08 de março de 2013 perante a Comissão Julgadora, na Universidade Regional de Blumenau - FURB. Docente do Curso de Direito das disciplinas de Direito Empresarial e Direito Cambial e Contratos Mercantis.

sociedade limitada é a forma mais comum de sociedade empresária, sendo por este motivo pertinente o estudo da desconsideração aplicado a este tipo societário. Muitas vezes os sócios fazem mau uso da pessoa jurídica, agindo de forma abusiva e fraudulenta, utilizando do princípio da autonomia patrimonial garantido às sociedades personalizadas para cometer atos ilícitos.

Justifica-se assim a escolha do tema tratado no presente estudo, pois as relações no âmbito comercial nem sempre são baseadas em atos honestos, trazendo prejuízos para aqueles que estão envolvidos nessas relações, cabendo ao Direito Empresarial estabelecer as sanções aplicáveis nestes casos.

O objetivo geral da pesquisa é demonstrar a importância da desconsideração da personalidade jurídica para o âmbito empresarial, desta forma faz-se necessário o estudo da desconsideração, pois este é um instituto criado para coibir os atos ilícitos praticados pelos sócios das sociedades empresárias sob o véu da personalidade jurídica.

Para tanto, o estudo foi feito a partir de importantes doutrinas, como as de Gladston Mamede, Fabio Ulhoa Coelho e, Rubens Requião, doutrinador que trouxe na década de 60 a teoria da desconsideração da personalidade jurídica para o Brasil. Serão apresentados os objetivos específicos, que consistem em analisar o conceito de pessoa jurídica, as características da sociedade empresária limitada, os efeitos da personalização, a história do instituto da desconsideração da personalidade jurídica e as características materiais e processuais, bem como a responsabilidade civil dos sócios-administradores.

A pessoa jurídica, por meio da personalização, passa a figurar no mundo jurídico, e assim adquire direitos e deveres. Com a personalização se consagra o princípio da autonomia patrimonial, onde o patrimônio da sociedade e o patrimônio dos sócios são distintos, ou seja, o patrimônio dos sócios não responde por dívidas da sociedade e vice versa.

A sociedade limitada é um tipo de sociedade onde a responsabilidade dos sócios é limitada ao valor de sua quota-parte, ou seja, em caso de responsabilização o sócio responderá pelo valor equivalente à sua quota na sociedade. Decorre do princípio da autonomia patrimonial, a separação do patrimônio de sócios e sociedade. Porém, muitas vezes ocorre o abuso da personalidade jurídica, mediante a fraude, desvio de finalidade e confusão patrimonial, sendo necessária a desconsideração da personalidade jurídica, ferramenta para punir àqueles que fazem mau uso da pessoa jurídica.

A desconsideração da personalidade jurídica não visa extinguir a pessoa jurídica, mas preservá-la, afastando momentaneamente a sua personalidade e conseqüentemente a autonomia patrimonial, para que sócios respondam pelos atos praticados indevidamente.

O princípio da autonomia patrimonial é um estímulo para criações de novas sociedades empresárias, já que garante aos sócios que os seus patrimônios não serão comprometidos caso os negócios não tenham êxito e a sociedade venha a contrair dívidas, motivo pelo qual não poderia ser extinto devido ao mau uso da pessoa jurídica. Desta forma, a desconsideração da personalidade jurídica preserva também o princípio da autonomia patrimonial.

A jurisprudência nos tribunais brasileiros tem aplicado de forma mais contundente a teoria menor, conforme veremos mais adiante, essa era uma forma equivocada de se aplicar a desconsideração, porém, atualmente o procedimento é regulado pelo NCPD, evitando que se aplique a teoria menor e conseqüentemente traga eventuais prejuízos tanto para a sociedade, sócios ou credores.

Assim, é mister que o instituto da desconsideração da personalidade jurídica seja entendido principalmente no âmbito empresarial, que não seja visto como prejudicial e sim como garantia de que a sociedade empresária atinja sua função social de forma lícita e satisfatória, sendo estímulo para constituição de novas sociedades.

Este estudo busca apresentar o instituto da desconsideração da personalidade jurídica, a sua aplicação na sociedade limitada, e sua importância no âmbito empresarial para que não haja equívocos na sua interpretação, pois o mesmo assegura que atos ilícitos praticados pelos sócios-administradores por meio da sociedade sejam punidos.

2 PESSOA JURÍDICA

Toda pessoa é um ser capaz de direitos e deveres na ordem civil, conforme pode ser observado no art. 1º do CC. Assim leciona Gladston Mamede (2012, v. 2, p. 20) “Pessoa, para o direito, é o sujeito capaz de titularizar direitos e deveres.”

Para Fabio Ulhoa Coelho (2014, v. 2, p. 28) “os sujeitos de direito podem ser, inicialmente, distinguidos em dois grupos: de um lado, a pessoa física e o nascituro; de outro, a pessoa jurídica e as demais entidade despersonalizadas”.

Atualmente a pessoa jurídica está vinculada à ideia de coletividade: a *universitates personarum*, ou seja, coletividade de pessoas, que podem estar organizadas para fins econômicos ou não, além da *universitates bonorum*, isto é, coletividade de bens. Sobre essas coletividades, o Direito atribui a personalidade, fazendo que sejam compreendidas como uma pessoa, como unidade subjetiva (MAMEDE, 2012).

No âmbito privado, o sujeito personalizado pode fazer tudo que não seja proibido juridicamente e o sujeito despersonalizado, somente pode fazer o essencial ao cumprimento de sua função ou atos expressamente permitidos. Pode-se então, conceituar a pessoa jurídica como sujeito de direito inanimado personalizado (COELHO, 2014).

A pessoa jurídica é totalmente distinta da pessoa dos sócios, da mesma forma o patrimônio da pessoa jurídica também não se confunde com o patrimônio dos sócios (MAMEDE, 2012).

2.1 Classificação das Pessoas Jurídicas

Inicialmente, de acordo com o art. 40 do Código Civil, podemos classificar as pessoas jurídicas em pessoas jurídicas de direito público e de direito privado.

Segundo Celso Marcelo de Oliveira (2005), são pessoas jurídicas de direito público: União, Estados, DF, Territórios, Municípios, autarquias e fundações públicas; e ainda, de direito público externo: Estados estrangeiros e todas as pessoas que forem regidas pelo direito internacional público. E as pessoas jurídicas de direito privado dividem-se em estatais e particulares. Como particulares temos: fundações, associações e sociedades.

A sociedade se divide em duas espécies: simples e empresária. A sociedade simples explora atividades econômicas sem empresarialidade e a sua disciplina jurídica se aplica subsidiariamente à das sociedades contratuais e às cooperativas (COELHO, 2014).

Segundo Fabio Ulhoa Coelho (2014), a sociedade empresária é aquela que explora a empresa, que desenvolve atividade econômica de produção ou circulação de bens ou serviços.

Assim, as sociedades simples são sociedades não empresárias, e com estrutura mais simplificada do que a empresária, que, ao contrário da simples sempre terá o objeto social explorado com empresarialidade. Há somente duas exceções a essa regra, que podem ser observadas no art. 982 do Código Civil: “independentemente do seu objeto, considera-se empresária a sociedade por ações; e, simples, a cooperativa”.

Na sociedade limitada, a responsabilidade de cada sócio é restrita ao valor de suas quotas. Sua regulamentação está prevista no Código Civil, artigo 1.052 ao 1.087. Já a sociedade anônima é a chamada sociedade por ações, que podem ser de capital aberto ou fechado, é regulada por lei especial, 6.404/76.

É relevante neste caso o estudo da sociedade empresária, do tipo sociedade limitada, a qual em regra, é passível de aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

3 SOCIEDADES LIMITADAS

Esse tipo societário está previsto no Código Civil, artigos 1.052 a 1.087, que regula desde a constituição da sociedade limitada, a administração até a sua dissolução. De forma subsidiária, aplicam-se as regras da sociedade simples, exceto se o contrato social fizer opção pela aplicação subsidiária da lei das sociedades anônimas (MAMEDE, 2012).

Segundo Fabio Ulhoa Coelho (2014), a sociedade limitada pode ser de pessoas ou de capital, de acordo com o previsto no contrato social. Por serem contratuais o instrumento disciplinar das relações é o contrato social.

A sociedade limitada é constituída por dois ou mais sócios e tem o capital dividido por quotas, sendo cada sócio responsável pelas quotas que integralizou ao capital social, podendo esta ser feita em dinheiro ou em bens, é vedada por prestação de serviços. Porém todos os sócios respondem solidariamente pela integralização do capital social, conforme artigo 1.052 do Código Civil.

Gladston Mamede (2012, v. 2, p. 209) afirma que “na sociedade limitada, os sócios são responsáveis apenas pelo valor da quota ou quotas sociais que subscreveram e devem integralizar”, portanto, o sócio é responsável por realizar o pagamento da sua quota-parte na sociedade e a sua responsabilidade será referente ao valor total dessas quotas.

Caso algum sócio não integralize as quotas que subscreveu, será considerado sócio remisso, este sócio poderá ser notificado pela sociedade a cumprir com sua parte e responder por danos ou ainda poderá ser excluído da sociedade, observado a existência de cláusula de exclusão por justa causa no contrato social, com a proporcional redução do capital. Além dessas possibilidades, podem os demais sócios suprirem o valor da quota ou transferi-la a terceiros (ALMEIDA, 2009).

Desse modo, se não houver a total integralização do capital social, os sócios serão solidariamente responsáveis pela importância que faltar, perante a sociedade e terceiros. Essa obrigação confere mais segurança aos credores, isto porque, em caso de falência, poderão exigir de qualquer sócio a integralização do capital social, e caso o capital não seja integralizado e a sociedade não possuir bens para a satisfação de eventual crédito, os bens dos sócios serão penhorados para satisfazer o crédito (NEGRÃO, 2005).

Ou seja, enquanto 100% (cem por cento) do capital não estiver integralizado, todos os sócios respondem solidariamente entre si, mesmo aquele que já integralizou sua quota ao capital social pode ser responsabilizado pelo montante que outro sócio ainda não tenha integralizado (MAMEDE, 2012).

No que tange ao nome empresarial, a sociedade limitada pode adotar firma social ou denominação, sendo indispensável a palavra limitada ou sua abreviação, sob pena de tornar ilimitada a responsabilidade dos sócios (MAMEDE, 2012).

Como a sociedade é pessoa jurídica e não age por si, é necessário que pessoas físicas representem a sociedade nos seus atos. Essa representação é chamada administração societária, cabendo ao administrador a regência da coletividade social, a prática dos atos registrares e a representação social. O administrador é um mandatário da sociedade, aplicadas as regras do mandato no que couber (MAMEDE, 2012).

Importante destacar que a sociedade limitada é atualmente o tipo societário mais adotado no Estado de Santa Catarina, conforme dados da JUCESC até outubro de 2016:

Constituições:

	Ja n	Fe v	Ma r	Ab r	Ma i	Ju n	Jul	Ag o	Set	Ou t	Tota l
Empresá rio	37 4	52 8	56 1	57 8	57 3	55 3	55 2	52 1	53 8	50 3	528 1
Limitada	52 5	75 8	88 0	84 3	86 6	87 6	89 7	75 1	90 5	75 7	805 8
S/A	1	1	2	3	-	4	2	2	1	4	20

Cooperativa	1	-	-	-	-	-	-	-	-	1	2
EIRELI	20 4	32 6	33 6	38 5	38 0	44 8	39 1	33 8	46 5	36 8	364 1
Outros	1	-	-	1	-	-	-	-	-	-	2

Fonte: Dados obtidos de estatística realizada pela JUCESC, 2016.

Como pode ser visto, por ser o tipo societário mais adotado, faz-se pertinente o estudo da desconsideração da personalidade jurídica aplicado especificamente à sociedade limitada.

4 PERSONALIZAÇÃO

A personalização da sociedade empresária inicia com o registro dos seus atos constitutivos no respectivo registro. Assim é estabelecido no art. 45 do Código Civil:

Art. 45: Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo.

A partir do momento em que a pessoa jurídica é devidamente registrada e passa a figurar no mundo jurídico, é reconhecida sua capacidade para que exerça todos os atos permitidos em lei. Essa capacidade decorre naturalmente da personalidade a ela conferida, pois passa a ser sujeito de direito e obrigações (OLIVEIRA, 2005).

A personalização confere à pessoa jurídica a titularidade de direitos e obrigações. Nas palavras de Fabio Ulhoa Coelho (2014, vol. 2, p. 32), “três exemplos ilustram as consequências da personalização da sociedade empresária: a titularidade obrigacional, a titularidade processual e a responsabilidade patrimonial.”

A titularidade obrigacional diz respeito à autonomia para a atividade empresarial, celebrando negócios jurídicos pertinentes ao desenvolvimento da empresa; a titularidade processual nada mais é do que a possibilidade de estar em juízo defendendo seus direitos e interesses; e a responsabilidade ou titularidade patrimonial significa que a sociedade responde com seu patrimônio pelas obrigações que contrair, sendo este distinto do patrimônio dos sócios (GONÇALVES, 2012).

Decorre dessa distinção o princípio da autonomia patrimonial, pois tendo a empresa personalidade própria e consequentemente responsabilidade patrimonial conferida pela personalização, não há que confundi-la com a pessoa dos sócios.

Sócio e sociedade não são a mesma pessoa, e, como não cabe, em regra, responsabilizar alguém por dívida de outrem, a responsabilidade patrimonial pelas obrigações da sociedade empresária não é dos seus sócios (COELHO, 2014).

Portanto, em regra, prevalece o princípio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica, mas caso algum sócio venha a utilizar indevidamente a pessoa jurídica, esse princípio é afastado, e presentes os requisitos, pode ocorrer a desconsideração da personalidade jurídica.

4.1 Princípio da Autonomia Patrimonial

Sobre o princípio da autonomia patrimonial, em Ramos (2009, p. 323):

O princípio da autonomia patrimonial das pessoas jurídicas, consagrado no art. 1.024 do CC, constitui-se numa importantíssima ferramenta jurídica de incentivo ao empreendedorismo, na medida em que consagra a limitação de responsabilidade – a depender do tipo societário adotado – e, consequentemente, atua como importante redutor do risco empresarial.

Conforme visto anteriormente, o princípio da autonomia patrimonial confere à sociedade patrimônio distinto dos sócios, por este motivo o patrimônio dos sócios não pode ser executado por dívidas da sociedade.

Fabio Ulhoa Coelho (2014, vol. 2, p. 61 e 62), a respeito da autonomia patrimonial, nos traz:

O princípio da autonomia patrimonial das pessoas jurídicas, observado em relação às sociedades empresárias, *socializa* as perdas decorrentes do insucesso da empresa entre seus sócios e credores, propiciando o cálculo empresarial relativo ao retorno dos investimentos.

O princípio da autonomia patrimonial, apesar de sua importância, não é absoluto, pois será afastado se houver a desconsideração pelo mau uso da pessoa jurídica, decorrente de fraude ou abuso dos sócios.

A desconsideração da personalidade jurídica não visa extinguir a autonomia patrimonial, e sim preservar o instituto, pois o desvirtuamento do mesmo poderia vir a comprometê-lo (COELHO, 2014).

Ou seja, o princípio da autonomia patrimonial necessita ser resguardado, e não pode ser extinto por atos de sócios que usam indevidamente a pessoa jurídica, por este motivo também é importante que haja uma ferramenta para impedir que estes atos comprometam a autonomia patrimonial, cabendo então a desconsideração da personalidade jurídica.

5 DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

5.1 Histórico da Desconsideração da Personalidade Jurídica

Segundo ensina Rubens Requião (2014), a desconsideração é vista inicialmente em jurisprudências inglesas e norte-americanas, e é conhecida no direito comercial como a doutrina do *Disregard of Legal Entity*.

O primeiro caso acerca da teoria da desconsideração da personalidade jurídica ocorreu em 1897. O caso foi registrado na Inglaterra, envolvendo a *Salomon versus Salomon & Co. Ltd.*

Conforme é observado em Ramos (2014), a respeito do caso Salomon e Salomon & Co. Ltd.:

A sentença de 1.º grau entendeu pela possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica da Salomon & Co. Ltd., após reconhecer que Mr. Salomon tinha, na verdade, o total controle societário sobre a sociedade, não se justificando a separação patrimonial entre ele e a pessoa jurídica. Essa decisão é considerada, pois, a grande precursora da teoria da desconsideração, não obstante tenha sido posteriormente reformada pela Casa dos Lords, a qual entendeu pela impossibilidade de desconsideração, fazendo prevalecer a separação entre os patrimônios de Mr. Salomon e de sua sociedade e, conseqüentemente, a sua irresponsabilidade pessoal pelas dívidas sociais.

Ainda, em Ramos (2014), no plano doutrinário, o principal precursor da *disregard doctrine* foi Rolf Serick, em sua tese de doutorado defendida no ano de 1953 na Universidade de Tübingen, onde se baseou na jurisprudência americana.

Foi então firmado, a possibilidade de afastar os efeitos da personalização da sociedade nos casos em que fosse utilizada de forma abusiva em prejuízo ao interesse dos credores. Porém, segundo André Santa Cruz Ramos (2014), a desconsideração pelo abuso da personalidade jurídica só era possível quando comprovada a fraude. Adotada a concepção subjetivista, onde a prova da fraude era elemento imprescindível para a desconsideração da personalidade jurídica.

Atualmente, adota-se uma concepção objetivista, que busca estabelecer critérios seguros para desconsideração mesmo que não se prove o ato fraudulento, como por exemplo, a caracterização do abuso da personalidade pelo desvio de finalidade e a confusão patrimonial, conceitos que serão abordados posteriormente (RAMOS, 2014).

5.2 A Desconsideração da Personalidade Jurídica no Brasil

Segundo a doutrina, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica chegou ao Brasil com Rubens Requião, na década de 60, que defendia a teoria diante da ausência do tema na legislação (COELHO, 2014).

O STJ em julgado no ano de 2001, assim decidiu:

Processual civil e direito comercial. Falência. Extensão dos efeitos. Comprovação de fraude. Aplicação da teoria da desconsideração da pessoa jurídica. Recurso especial. Decisão que decreta a quebra. Natureza jurídica. Necessidade de imediato processamento do especial. Exceção à regra do art. 542, § 3.º do CPC. Dissídio pretoriano não demonstrado. I – Não comporta retenção na origem o recurso especial que desafia decisão que decreta a falência. Exceção à regra do § 3.º, art. 542 do Código de Processo Civil. II – O dissídio pretoriano deve ser demonstrado mediante o cotejo analítico entre o acórdão recorrido e os arestos paradigmáticos. Inobservância ao art. 255 do RISTJ. III – Provada a existência de fraude, é inteiramente aplicável a Teoria da Desconsideração da Pessoa Jurídica a fim de resguardar os interesses dos credores prejudicados. IV – Recurso especial

não conhecido (citado por José Lamartine Corrêa Oliveira, A dupla crise da pessoa jurídica. São Paulo: Saraiva, 1979, pp. 519 e segs.)

A primeira regulamentação do instituto da despersonalização no Direito Brasileiro foi no Código de Defesa do Consumidor em 1990, que traz em seu art. 28: “O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social.”

Após isso, a desconsideração da pessoa jurídica foi sendo abordada em outras leis do nosso ordenamento jurídico, a seguir as legislações com maior destaque:

Assim determina a Lei Antitruste, n. 8.884/94, no seu artigo 18, vejamos:

Art. 18: A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocada por má administração.

Igualmente, a Lei de Crimes Ambientais, n. 9.605/98, regulamentada pelo Decreto 3.179/99, no art. 4º: “poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento dos prejuízos causados à qualidade do meio ambiente.”

Consolidando a teoria no Direito brasileiro, o Código Civil de 2002 trouxe em seu artigo 50:

Art. 50: Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio da finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

Mais recentemente, na Lei nº 12.843/2013, art. 14, é possível conferir que a personalidade jurídica poderá ser desconsiderada sempre que utilizada com abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos ou para provocar confusão patrimonial.

E finalmente, a Lei 13.105/15 que regula o novo Código de Processo Civil, trouxe pela primeira vez o procedimento para a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, previsto nos artigos 133 a 137, que será abordado mais adiante, com destaque no tópico 6.

5.3 Características da Desconsideração

Como já visto anteriormente, à sociedade personalizada é conferida a autonomia patrimonial, entretanto, esta sociedade precisa atender ao disposto no contrato social ou estatuto. Assim leciona Gladston Mamede (2012, vol. 2, p. 157):

A atribuição de personalidade para os contratos e estatutos societários é um artifício jurídico cunhado, ao longo da evolução social, econômica e jurídica da humanidade, para otimizar a *marcha desenvolvimentista* das relações interindividuais. É essa a função social do instituto. Seu manejo doloso, seu uso com imprudência ou negligência, assim como seu exercício em moldes que excedem manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes, constituem ato ilícito. E se há uso ilícito da personalidade jurídica [...], daí decorrendo danos a terceiros, é preciso responsabilizar civilmente aquele(s) que deu(ram) causa eficaz a tais prejuízos.

Segundo Tarcísio Teixeira (2016, p. 307) “Algumas vezes o objeto social da sociedade não é cumprido pelos sócios e/ou administradores da empresa, utilizando-o de forma fraudulenta e ilícita, o que prejudica a autonomia patrimonial estabelecida pela personalidade jurídica.”

Conforme André Santa Cruz Ramos (2014), embora seja de extrema importância o princípio da autonomia patrimonial das pessoas jurídicas para a economia e, conseqüentemente, para o direito empresarial, ele não pode ser visto como um princípio indiscutível, porque, muitas vezes, pode ser utilizado de forma abusiva ou fraudulenta, servindo de instrumento para a blindagem do patrimônio de empresários inescrupulosos e prejudiciais ao meio empresarial.

Assim, para banir o uso ilícito da personalidade jurídica, criou-se o instituto da desconsideração da personalidade jurídica, onde a personalidade é afastada e com ela também se afasta a autonomia patrimonial.

Segundo o doutrinador Rubens Requião (2014, p. 476) “Não se trata, é bom esclarecer, de considerar ou declarar nula a personificação, mas de torná-la ineficaz para determinados atos”.

Desse modo, a desconsideração da personalidade jurídica atende ao princípio da preservação da empresa, conforme se observa em Fabio Ulhoa Coelho (2014), que por apenas suspender a eficácia do ato constitutivo, no episódio sobre o qual recai o julgamento, sem invalidá-lo, a teoria da desconsideração preserva a empresa, que não será necessariamente atingida por ato fraudulento de um de seus sócios, resguardando-se, desta forma, os demais interesses que gravitam ao seu redor, como o dos empregados, dos demais sócios, da comunidade etc.

Para Maria Gabriela Venturoti Perrot e Victor Eduardo Rios Gonçalves (2012, vol. 21, p. 145), “A teoria da desconsideração da personalidade jurídica é, portanto, um valioso instrumento de coibição do mau uso da sociedade por atitude fraudulenta dos sócios.”

Em caso de o juiz desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade, o patrimônio pessoal dos sócios é atingido, de forma ilimitada, até que sejam adimplidas as obrigações assumidas com terceiros (GONÇALVES, 2012).

Ou seja, os sócios respondem direta e pessoalmente pelas dívidas da sociedade em caso de desconsideração da personalidade jurídica, tornando-se assim ilimitada a responsabilidade.

Não há limite de valor para a responsabilização, todo o patrimônio particular do sócio pode ser sujeito à penhora, ressalvado o bem de família que é impenhorável (TEIXEIRA, 2016).

É esse o entendimento sobre a execução, em decisão do STJ:

RECURSO ESPECIAL - DIREITO CIVIL - ARTIGOS 472, 593, II e 659, § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE - INCIDÊNCIA DA SÚMULA 284/STF - DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DA SOCIEDADE EMPRESÁRIA - MEDIDA EXCEPCIONAL - OBSERVÂNCIA DAS HIPÓTESES LEGAIS - ABUSO DE PERSONALIDADE - DESVIO DE FINALIDADE - CONFUSÃO PATRIMONIAL - DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA SOCIEDADE - ATO EFEITO PROVISÓRIO QUE ADMITE IMPUGNAÇÃO - BENS DOS SÓCIOS - LIMITAÇÃO ÀS QUOTAS SOCIAIS -

IMPOSSIBILIDADE - RESPONSABILIDADE DOS SÓCIOS COM TODOS OS BENS PRESENTES E FUTUROS NOS TERMOS DO ART. 591 DO CPC - RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, IMPROVIDO. I - A ausência de explicitação precisa, por parte do recorrente, sobre a forma como teriam sido violados os dispositivos suscitados atrai a incidência do enunciado n. 284 da Súmula do STF. II - A desconsideração da personalidade jurídica é um mecanismo de que se vale o ordenamento para, em situações absolutamente excepcionais, desencobrir o manto protetivo da personalidade jurídica autônoma das empresas, podendo o credor buscar a satisfação de seu crédito junto às pessoas físicas que compõem a sociedade, mais especificamente, seus sócios e/ou administradores. III - Portanto, só é admissível em situações especiais quando verificado o abuso da personificação jurídica, consubstanciado em excesso de mandato, desvio de finalidade da empresa, confusão patrimonial entre a sociedade ou os sócios, ou, ainda, conforme amplamente reconhecido pela jurisprudência desta Corte Superior, nas hipóteses de dissolução irregular da empresa, sem a devida baixa na junta comercial. Precedentes. IV - A desconsideração não importa em dissolução da pessoa jurídica, mas se constitui apenas em um ato de efeito provisório, decretado para determinado caso concreto e objetivo, dispondo, ainda, os sócios incluídos no pólo passivo da demanda, de meios processuais para impugná-la. V - A partir da desconsideração da personalidade jurídica, a execução segue em direção aos bens dos sócios, tal qual previsto expressamente pela parte final do próprio art. 50, do Código Civil e não há, no referido dispositivo, qualquer restrição acerca da execução, contra os sócios, ser limitada às suas respectivas quotas sociais e onde a lei não distingue, não é dado ao intérprete fazê-lo. **VI - O art. 591 do Código de Processo Civil é claro ao estabelecer que os devedores respondem com todos os bens presentes e futuros no cumprimento de suas obrigações, de modo que, admitir que a execução esteja limitada às quotas sociais levaria em temerária e indevida desestabilização do instituto da desconsideração da personalidade jurídica que vem há tempos conquistando espaço e sendo moldado às características de nosso ordenamento jurídico.** VII - Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, improvido. (grifo meu)

(STJ - REsp: 1169175 DF 2009/0236469-3, Relator: Ministro MASSAMI UYEDA, Data de Julgamento: 17/02/2011, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 04/04/2011)

Portanto, havendo a desconsideração da personalidade jurídica, o sócio não responde somente com o valor correspondente às suas quotas para o

adimplemento de suas obrigações, como pode ser observado na jurisprudência, não há restrições legais acerca de a execução ser limitada às respectivas quotas.

É totalmente admissível a penhora de estabelecimento comercial, conforme prevê a súmula 451 do STJ: “É legítima a penhora da sede do estabelecimento comercial.”

Nas causas que envolvam a desconsideração da personalidade jurídica não há questão constitucional a ser examinada, como pode ser visto em julgado do Supremo Tribunal Federal:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DA EMPRESA. REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO AOS SÓCIOS-ADMINISTRADORES. AUSÊNCIA DE QUESTÃO CONSTITUCIONAL. **A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já assentou que não há questão constitucional a ser examinada nas causas que envolvem pedido de desconsideração da personalidade jurídica de empresa.** Dissentir das conclusões adotadas pela origem e decidir acerca da viabilidade do redirecionamento da execução e da desconsideração personalidade jurídica demandaria o reexame do acervo provatório constante dos autos, providência vedada nesta fase processual Agravo regimental a que se nega provimento. (grifo meu)

(STF - ARE: 778701 RS, Relator: Min. ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 14/10/2014, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-224 DIVULG 13-11-2014 PUBLIC 14-11-2014)

Ainda, importante destacar que a desconsideração da personalidade jurídica só é cabível quando a ilicitude do ato apenas se configura se desconsiderada a personalidade jurídica, ou seja, os atos praticados são lícitos, mas existe a ocultação da fraude, e somente o afastamento da autonomia patrimonial pode revelar o ato oculto atrás do véu da personalidade jurídica. Dessa forma, se o ato ilícito inicialmente já pode ser identificado como ato do administrador ou sócio não cabe a desconsideração (COELHO, 2014).

Sobre a aplicação da desconsideração, há duas teorias, conhecidas como “maior” e “menor”, adiante veremos essas teorias existentes na doutrina sobre a desconsideração da personalidade jurídica e qual a teoria adotada pela jurisprudência para aplicar a desconsideração da personalidade jurídica.

5.4 Teoria Menor

Na teoria menor, aplica-se a desconsideração da personalidade jurídica simplesmente pela insolvência da pessoa jurídica, que é o requisito objetivo, não necessitando o desvio de finalidade ou a confusão patrimonial que são os requisitos subjetivos (NEGRÃO, 2005).

Para Fabio Ulhoa Coelho (2014), a teoria menor é uma distorção da desconsideração da personalidade jurídica, não se preocupa com o instituto da pessoa jurídica, é a simples eliminação do princípio da separação entre pessoa jurídica e sócios.

Ou seja, independe de fraude ou abuso a desconsideração da personalidade jurídica, é necessário apenas provar o prejuízo do credor. Nesse sentido, a desconsideração da personalidade jurídica é adotada no Código de Defesa do Consumidor e Direito Ambiental.

Na jurisprudência, pode-se ver a aplicação da teoria menor nos casos que envolvam consumidor e também questões ambientais:

Responsabilidade civil e Direito do consumidor. Recurso especial. Shopping Center de Osasco-SP. Explosão. Consumidores. Danos materiais e morais. Ministério Público. Legitimidade ativa. Pessoa jurídica. Desconsideração. Teoria maior e teoria menor. Limite de responsabilização dos sócios. Código de Defesa do Consumidor. Requisitos. Obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores. Art. 28, § 5º. - Considerada a proteção do consumidor um dos pilares da ordem econômica, e incumbindo ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, possui o Órgão Ministerial legitimidade para atuar em defesa de interesses individuais homogêneos de consumidores, decorrentes de origem comum. - A teoria maior da desconsideração, regra geral no sistema jurídico brasileiro, não pode ser aplicada com a mera demonstração de estar a pessoa jurídica insolvente para o cumprimento de suas obrigações. Exige-se, aqui, para além da prova de insolvência, ou a demonstração de desvio de finalidade (teoria subjetiva da desconsideração), ou a demonstração de confusão patrimonial (teoria objetiva da desconsideração). - **A teoria menor da desconsideração, acolhida em nosso ordenamento jurídico excepcionalmente no Direito do Consumidor e no Direito Ambiental, incide com a mera prova de insolvência da pessoa jurídica para o pagamento de suas obrigações, independentemente da existência de desvio de finalidade**

ou de confusão patrimonial. - Para a teoria menor, o risco empresarial normal às atividades econômicas não pode ser suportado pelo terceiro que contratou com a pessoa jurídica, mas pelos sócios e/ou administradores desta, ainda que estes demonstrem conduta administrativa proba, isto é, mesmo que não exista qualquer prova capaz de identificar conduta culposa ou dolosa por parte dos sócios e/ou administradores da pessoa jurídica. - **A aplicação da teoria menor da desconsideração às relações de consumo está calcada na exegese autônoma do § 5º do art. 28, do CDC, porquanto a incidência desse dispositivo não se subordina à demonstração dos requisitos previstos no caput do artigo indicado, mas apenas à prova de causar, a mera existência da pessoa jurídica, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.** - Recursos especiais não conhecidos. (grifo meu)

(STJ - REsp: 279273 SP 2000/0097184-7, Relator: Ministro ARI PARGENDLER, Data de Julgamento: 04/12/2003, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: -- > DJ 29/03/2004 p. 230RDR vol. 29 p. 356)

Importante destacar, que na Justiça do Trabalho, a desconsideração da personalidade jurídica tem sido muito aplicada, pois o trabalhador sendo hipossuficiente em relação ao empregador, não pode ser prejudicado pela inadimplência da empresa, independentemente do que tenha levado à essa situação. Assim, em relação às dívidas trabalhistas é aplicada a teoria menor (TEIXEIRA, 2016).

5.5 Teoria Maior

Na teoria maior a autonomia patrimonial é afastada em caso de fraude ou abuso da sociedade. Atualmente, é esta a teoria adotada pelo Código Civil para aplicação da desconsideração da personalidade jurídica (TEIXEIRA, 2016).

Ou seja, na teoria maior é necessária a presença dos pressupostos para a desconsideração, a mera insolvência do devedor não enseja motivo para desconsiderar a pessoa jurídica.

Em Fabio Ulhoa Coelho (2003, p. 35), pode-se observar a presença dos requisitos para aplicar a desconsideração, “[...] a teoria maior, pela qual o juiz é autorizado a ignorar a autonomia patrimonial das pessoas jurídicas, como forma de coibir fraudes e abusos praticados através dela”.

A teoria maior é amplamente aceita, pois assegura a atividade empresarial, sendo desconsiderada a personalidade jurídica quando presentes os requisitos do art. 50 do CC. Assim é o entendimento da jurisprudência, vejamos:

PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE FALÊNCIA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. INVIABILIDADE. INCIDÊNCIA DO ART. 50 DO CC/02. APLICAÇÃO DA TEORIA MAIOR DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. ALCANCE DO SÓCIO MAJORITÁRIO. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. 1. Ausentes os vícios do art. 535 do CPC, rejeitam-se os embargos de declaração. 2. A ausência de decisão acerca dos argumentos invocados pelo recorrente em suas razões recursais impede o conhecimento do recurso especial. 3. **A regra geral adotada no ordenamento jurídico brasileiro, prevista no art. 50 do CC/02, consagra a Teoria Maior da Desconsideração, tanto na sua vertente subjetiva quanto na objetiva.** 4. **Salvo em situações excepcionais previstas em leis especiais, somente é possível a desconsideração da personalidade jurídica quando verificado o desvio de finalidade (Teoria Maior Subjetiva da Desconsideração), caracterizado pelo ato intencional dos sócios de fraudar terceiros com o uso abusivo da personalidade jurídica, ou quando evidenciada a confusão patrimonial (Teoria Maior Objetiva da Desconsideração), demonstrada pela inexistência, no campo dos fatos, de separação entre o patrimônio da pessoa jurídica e os de seus sócios.** 5. Os efeitos da desconsideração da personalidade jurídica somente alcançam os sócios participantes da conduta ilícita ou que dela se beneficiaram, ainda que se trate de sócio majoritário ou controlador. 6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, provido. (grifo meu) (STJ - REsp: 1325663 SP 2012/0024374-2, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 11/06/2013, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 24/06/2013)

Para Fabio Ulhoa Coelho (2014), as provas no processo de desconsideração da personalidade jurídica são complexas, e por isso podem trazer dificuldades ao autor quando este deve comprovar que os pressupostos de aplicação da desconsideração estão presentes, por este motivo pode haver a inversão do ônus da prova bem como presunções. Assim, existe uma formulação objetiva, onde o pressuposto da desconsideração está basicamente na confusão patrimonial, que é mais facilmente comprovado.

A formulação objetiva deve auxiliar na aplicação da teoria da desconsideração, devendo-se presumir a fraude quando houver confusão

patrimonial, porém, não se deixa de aplicar a desconsideração da personalidade jurídica somente porque o demandado demonstrou não existir a confusão, pois a fraude ainda pode ser caracterizada por outros meios.

Segundo Coelho (2014, vol. 2, p. 70), “a evolução do tema na jurisprudência brasileira não permite mais falar-se em duas teorias distintas, razão pela qual esses conceitos de maior e menor mostram-se agora, felizmente ultrapassados.”

É o que se observa em André Santa Cruz Ramos (2014, p. 385):

Sobre a distinção entre o art. 50 do CC e as demais regras legais que tratam da desconsideração da personalidade jurídica, foi aprovado o Enunciado 9 da I Jornada de Direito Comercial do CJP, com o seguinte teor: “Quando aplicado às relações jurídicas empresariais, o art. 50 do Código Civil não pode ser interpretado analogamente ao art. 28, § 5.º, do CDC ou ao art. 2.º, § 2.º, da CLT”.

Portanto, para garantir a correta aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, devem ser observados os pressupostos da desconsideração no âmbito do Direito Civil, evitando-se assim a banalização do instituto; dispensáveis os pressupostos excepcionalmente, como já observado em jurisprudência citada, nos casos que envolvam o Direito do Consumidor e Direito Ambiental.

5.6 Causas de Desconsideração

Como foi observado, existem diferentes causas possíveis de desconsideração da personalidade jurídica, e são esses os pressupostos para desconsiderar a personalidade jurídica, a seguir estão elencadas as causas.

5.6.1 Dolo e Fraude

O comportamento doloso e fraudulento é uma hipótese de desconsideração, porém, conforme Gladston Mamede (2012) é indispensável o dolo, a simples prática de ato ilícito pela sociedade não é hipótese de despersonalização.

No mesmo entendimento, Fabio Ulha Coelho (2014), pressuposto inafastável da despersonalização episódica da pessoa jurídica, no entanto, é a ocorrência da fraude por meio da separação patrimonial. Não é suficiente a simples insolvência do ente coletivo, hipótese em que, não tendo havido fraude na

utilização da separação patrimonial, as regras de limitação da responsabilidade dos sócios terão ampla vigência.

Como pode ser visto em Ricardo Negrão (2005), um exemplo de comportamento doloso é a dissolução e liquidação da sociedade de forma irregular, ou seja, o simples desaparecimento da sociedade do mundo jurídico, ensejando assim responsabilidade pessoal.

Portanto conforme os doutrinadores ora mencionados, o comportamento doloso e fraudulento caracteriza abuso da personalidade jurídica, sendo assim uma das causas possíveis para aplicar-se a desconsideração.

5.6.2 Desvio de Finalidade

Conforme podemos observar em Gladston Mamede (2012, v.2, p. 160), “A pessoa jurídica é um ser finalístico: é constituída para determinada finalidade, para certo objeto, como se apura em seu ato constitutivo. Sua atuação só é regular quando respeita as normas e princípios jurídicos, incluindo o ato constitutivo”.

Assim leciona Ricardo Negrão (2014, p. 46) sobre desvio de finalidade, “Haverá desvio de finalidade quando o objeto social é mera fachada para exploração de atividade diversa”. Ou seja, não pode a sociedade empresária exercer atividade diversa daquela prevista no contrato social.

Qualquer ato que não atenda ao objeto social da empresa é caracterizado como desvio de finalidade, e é, portanto, ilícito. Esse ato não pode ser vinculado à pessoa jurídica e sim a quem o executou, sendo compreendido como *ultra vires*. Nesse caso cabe a desconsideração da personalidade jurídica para que o responsável pelo ato desviado responda por eventuais danos (MAMEDE, 2012).

5.6.3 Confusão Patrimonial

Sócios e o administrador da sociedade devem tratar o patrimônio de forma lícita, reservando direitos e interesses de todas as partes envolvidas: a própria sociedade, os sócios e terceiros (MAMEDE, 2012).

Ainda, em Gladston Mamede (2012, v. 2, p.160) :

A verificação de confusão patrimonial caracteriza abuso no uso da personalidade jurídica, autorizando a desconsideração, para reconhecer a responsabilidade do sócio, administrador ou entidade coligada de fato ou de direito.

A confusão patrimonial é a mistura de patrimônio da sociedade com o dos sócios, ou seja, quando a sociedade paga dívidas do sócio e vice-versa, quando bens de uso do sócio estão em nome da sociedade, dentre outras hipóteses. A confusão caracteriza abuso no uso da personalidade jurídica (MAMEDE, 2012). A desconsideração da personalidade jurídica se aplica não só para atingir os bens dos sócios, como também bens do administrador da sociedade, mesmo que este não faça parte do quadro societário (TEIXEIRA, 2016).

É possível ainda que haja a desconsideração da personalidade jurídica por confusão patrimonial entre entidades coligadas de fato ou de direito. Esse entendimento pode ser observado em decisão do STJ:

PROCESSO CIVIL. FALÊNCIA. EXTENSÃO DE EFEITOS. POSSIBILIDADE. PESSOAS FÍSICAS. ADMINISTRADORES NÃO-SÓCIOS. GRUPO ECONÔMICO. DEMONSTRAÇÃO. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. CITAÇÃO PRÉVIA. DESNECESSIDADE. AÇÃO REVOCATÓRIA. DESNECESSIDADE. 1. **Em situação na qual dois grupos econômicos, unidos em torno de um propósito comum, promovem uma cadeia de negócios formalmente lícitos mas com intuito substancial de desviar patrimônio de empresa em situação pré-falimentar, é necessário que o Poder Judiciário também inove sua atuação, no intuito de encontrar meios eficazes de reverter as manobras lesivas, punindo e responsabilizando os envolvidos.** 2. **É possível ao juízo antecipar a decisão de estender os efeitos de sociedade falida a empresas coligadas na hipótese em que, verificando claro conluio para prejudicar credores, há transferência de bens para desvio patrimonial.** Inexiste nulidade no exercício diferido do direito de defesa nessas hipóteses. 3. A extensão da falência a sociedades coligadas pode ser feita independentemente da instauração de processo autônomo. A verificação da existência de coligação entre sociedades pode ser feita com base em elementos fáticos que demonstrem a efetiva influência de um grupo societário nas decisões do outro, independentemente de se constatar a existência de participação no capital social. 4. **O contador que presta serviços de administração à sociedade falida, assumindo a condição pessoal de administrador, pode ser submetido ao decreto de extensão da quebra, independentemente de ostentar a qualidade de sócio, notadamente nas hipóteses em que, estabelecido profissionalmente, presta tais serviços a diversas empresas, desenvolvendo atividade intelectual com elemento de empresa.** 5. Recurso especial conhecido, mas não provido. (grifo meu)
(STJ - REsp: 1266666 SP 2009/0196940-9, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 09/08/2011, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 25/08/2011)

Como pode ser verificado, a confusão patrimonial pode ocorrer não só entre sócios e sociedade como também entre sociedades coligadas, além disso, pode também o administrador da sociedade ser responsabilizado caso

tenha obtido vantagens com o ato ilícito praticado na administração da sociedade.

6 O INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA: CPC 2015

O instituto da desconsideração da personalidade jurídica, mesmo previsto no direito material, não era regulado processualmente, cabendo à jurisprudência dar forma à desconsideração (THEODORO JR., 2016).

Humberto Theodoro Jr (vol. 2, p. 406, 2016) sobre o processo de desconsideração antes do Novo Código de Processo Civil:

Demonstrando o credor estarem presentes os requisitos legais, o juiz deveria levantar o véu da personalidade jurídica para que o ato de expropriação atingisse os bens particulares de seus sócios, de forma a impedir a concretização de fraude à lei ou contra terceiros. Somente após a desconsideração, os sócios eram chamados a integrar a lide e interpor os recursos cabíveis.

Dessa forma, o contraditório e ampla defesa eram realizados *a posteriori*, conferindo prejuízo às sociedades despersonalizadas, pois como os sócios só ingressavam em grau de recurso não era possível garantir plenamente a defesa amparada pelo devido processo legal (THEODORO JR, 2015).

Uma parte da doutrina afirmava que estando presentes os requisitos para a desconsideração e se o credor os provasse de forma incidental, seria desnecessário um processo autônomo. Era esse o entendimento prestigiado pelo STJ, fundado nos princípios da celeridade e economia processual (NEVES, 2016).

Atualmente no Capítulo IV do Novo Código de Processo Civil - NCPC, temos o Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica. Ficando regulado o procedimento para desconsideração da personalidade jurídica, e respeitado o contraditório e ampla defesa, garantias constitucionais previstas no art. 5º, LV da CF, que não teriam motivo para não ser aplicadas também ao procedimento de desconsideração da personalidade jurídica.

O NCPC pôs fim a discussão na doutrina sobre o momento para a desconsideração, estabelecendo que a desconsideração da personalidade jurídica é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial, conforme o art. 134 “O incidente de desconsideração é cabível em

todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial” (NEVES, 2016).
 Conforme fluxograma de Humberto Theodoro Jr (2015, vol. 1, p. 411), apresentado de forma clara o procedimento do incidente de desconsideração da personalidade jurídica:

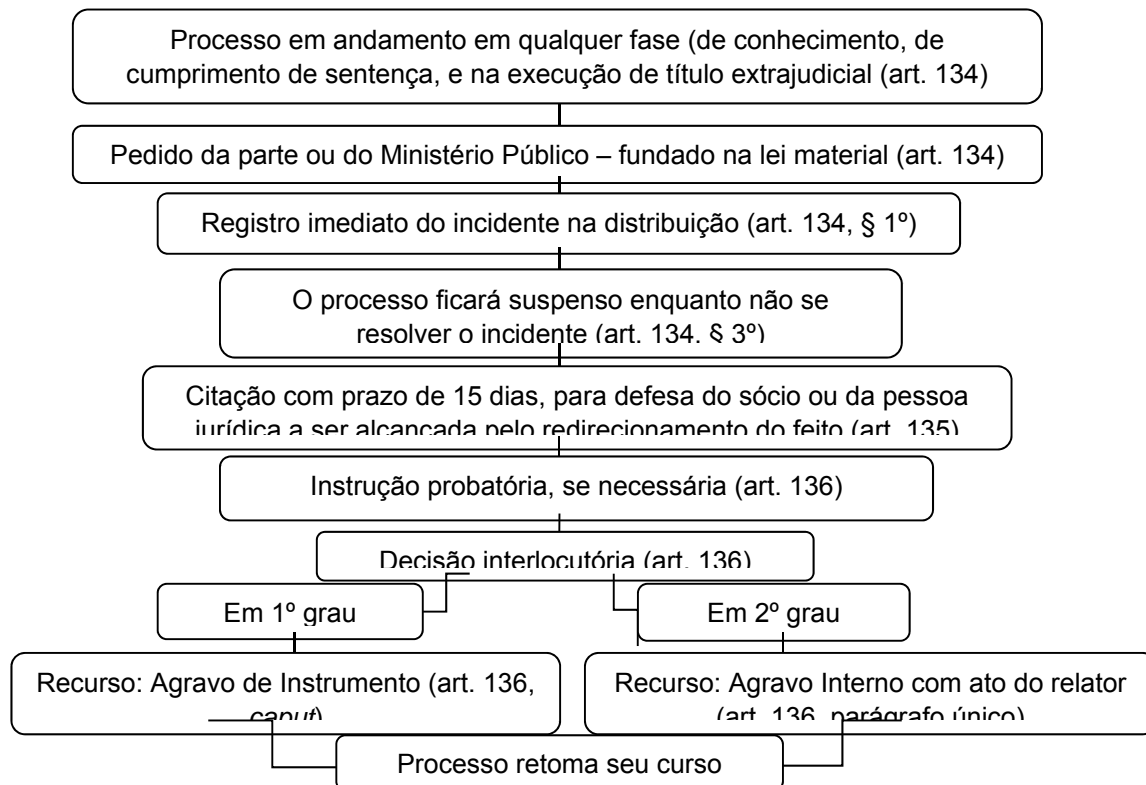


Figura 1 – Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica

Fonte: THEODORO JR. (2015)

Quando a desconsideração da personalidade é requerida junto com a petição inicial, dispensa-se instauração de incidente, o autor ao ajuizar a ação apresenta as provas de que os pressupostos para desconsideração se aplicam ao caso concreto, após promoverá a citação do sócio ou pessoa jurídica para ingressar à lide e apresentar contestação. Se requerida a desconsideração como incidente, o processo ficará suspenso (THEODORO JR, 2015).

Porém, segundo Daniel Amorim Assumpção Neves (2016), o §4º do art. 134 do NCPC prevê que cabe ao requerente demonstrar presentes os pressupostos para desconsideração, mas é equivocado, pois o requerente não precisará apresentar prova pré-constituída e liminarmente demonstrar o cabimento de

desconsideração, devendo apenas alegar a presença dos pressupostos e assim ter direito à produção de provas para provar o alegado.

Da decisão interlocutória que julgar o incidente de desconsideração, cabe agravo de instrumento, conforme o art. 136 *caput* e 1.105, IV. Código de Processo Civil. Caso seja resolvido em sede recursal caberá agravo interno (THEODORO JR, 2015).

Importante ressaltar que a partir do momento em que for acolhido o pedido de desconsideração da pessoa jurídica, é ineficaz a alienação ou oneração de bens como meio de fraude à execução. Humberto Theodoro Jr (2015, vol. 1, p. 409):

Antes mesmo que se verifique a penhora, os credores serão acautelados com a presunção legal de fraude, caso ocorram alienações ou desvios de bens pelas pessoas corresponsabilizadas. Como a penhora só será viável depois da decisão do incidente, a medida do art. 137 resguarda, desde logo, a garantia extraordinária que se pretende alcançar por meio da desconsideração.

Portanto, apesar de algumas críticas quanto à necessidade de um incidente para aplicar a desconsideração, devido à demora para resolução e eventual oportunidade de desvio de bens, não é algo que mereça preocupação ou críticas, pois são assegurados ao credor meios para evitar fraudes além de tutela de urgência caso haja risco de fraude (THEODORO JR, 2015).

7 RESPONSABILIDADE CIVIL DOS SÓCIOS

A natureza jurídica da sociedade determina o tipo de sócio e a extensão da responsabilidade, que poderá ser limitada ou ilimitada. Na sociedade limitada, a responsabilidade dos sócios é limitada à sua quota parte no capital (REQUIÃO, 2014).

Os sócios possuem responsabilidade subsidiária em relação à sociedade, portanto, enquanto não esgotar o patrimônio social, não se pode comprometer o patrimônio do sócio para satisfazer dívidas da sociedade (COELHO, 2014).

Na figura abaixo, Ricardo Negrão (2005) apresenta de forma mais didática a responsabilidade dos sócios no capital social da sociedade limitada:

	Até o limite da integralização de sua contribuição na constituição do capital social.
--	---------------------------------------------------------------------------------------

NA CONTRIBUIÇÃO SOCIAL	Solidariamente com os outros sócios, pela integralização de todo o capital social, mesmo que tenha completado sua quota-parte.
	Solidariamente com os demais sócios pela exata estimação dos bens conferidos ao capital social, até o prazo de cinco anos da data do registro da sociedade. Essa responsabilidade persiste nas outras hipóteses: na retirada, no ingresso e na falência.
RETIRADA E INGRESSO	O sócio dissidente, excluído ou os herdeiros do falecido ficam responsáveis pelas dívidas existentes, no limite de sua responsabilidade ordinária, até dois anos depois da averbação da alteração social de sua saída ou expulsão ou data do evento morte, no caso de sucessão.
	Se a retirada de valores, resultante da saída ou de distribuição disfarçada de lucros, ocasionar redução do capital social, os sócios respondem solidariamente perante os credores (art. 1.059).
	Responsabilidade do sócio que ingressa, em caso de aumento de capital e por cessão: a responsabilidade é ordinária, conforme o tipo societário, a partir da data do ingresso, isto é, responde pela integralização de sua quota-parte, solidariamente com o cedente, e pela integralização total do capital, com os demais sócios.
FALÊNCIA	Em caso de falência os cotistas respondem pela integralização de todo o capital subscrito, solidariamente entre si e para com a sociedade falida. Essa responsabilidade independe da suficiência do patrimônio da sociedade falida para o pagamento dos credores.
	Responsabilidade por retirada, em caso de falência posterior: devolução dos fundos retirados até dois anos antes da data da falência, pelas obrigações contraídas até a data da alteração social, salvo se houver consentimento dos credores (art. 51 do Decreto-Lei n. 7.661/45, por força de interpretação histórica).

Figura 2 – Responsabilidade dos sócios
Fonte: Negrão (2005)

O sócio que ingressa diretamente ou por via de cessão, responde por sua quota-parte. Aquele que se retira por divergir sobre o contrato social obterá o reembolso da sua quota-parte, ficando obrigado às prestações correspondentes às cotas respectivas, se necessárias para pagamento das obrigações contraídas até a alteração definitiva do contrato social. Em caso de falência a responsabilidade será apurada no juízo da falência, independentemente da liquidação do ativo e passivo para verificar se é insuficiente para cobrir o passivo (REQUIÃO, 2014).

Conforme Fabio Ulhoa Coelho (2014, v. 2, p. 50), sobre a responsabilidade dos sócios:

A responsabilidade dos sócios pelas obrigações sociais, além de subsidiária pode ser limitada ou ilimitada. Em determinadas condições, os sócios respondem sem qualquer limitação, arcando com o valor integral da dívida da sociedade. Em outras, eles respondem pelas obrigações sociais dentro de um limite, relacionado ao valor do investimento que propuseram a realizar.

A desconsideração é pertinente quando a responsabilidade não puder ser diretamente imputada ao sócio, controlador ou representante legal da pessoa jurídica; assim, se tais pessoas provocarem danos a terceiros por conta de comportamento ilícito, serão pessoalmente responsáveis, pois a pessoa jurídica em si não pratica atos ilícitos (OLIVEIRA, 2005).

Essa forma de responsabilização faz com que haja uma motivação aos empreendedores, pois se todo o patrimônio do sócio pudesse ser comprometido quando iniciasse uma atividade empresária, acabaria reduzindo a criação de novas empresas, e assim provocaria uma desaceleração na economia (COELHO, 2014).

4.1 O Sócio-administrador

A sociedade limitada possui somente sócios de responsabilidade limitada. Geralmente o sócio administrador é definido e nomeado no contrato social, pode-se também nomear um administrador que não faça parte do quadro societário, desde que haja a unanimidade dos sócios se o capital social não estiver integralizado, ou pela decisão de 2/3 dos sócios se o capital estiver integralizado (ALMEIDA, 2009).

Segundo Amador Paes de Almeida (2009, p. 126 e 127) “a responsabilidade pela integralização do capital social, em princípio, libera os sócios de qualquer responsabilidade, quer para com terceiros, quer para com a sociedade”.

Porém, segundo Fabio Ulhoa Coelho (2014, v. 2, p. 441) “a limitação da responsabilidade é preceito destinado ao estímulo de atividades econômicas, e não pode servir para viabilizar ou acobertar práticas irregulares”.

Conforme entendimento de Rubens Requião (2014), agindo de forma ilícita, praticando na qualidade de sócio, atos contrários à lei ou ao contrato social, torna-se pessoal e ilimitadamente responsável pelas consequências de tais atos.

O Supremo Tribunal Federal, em julgado de apelação assim decidiu:

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. RESPONSABILIDADE PESSOAL DE SÓCIA MINORITÁRIA. IMPOSSIBILIDADE. **AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE PRÁTICA DE ATOS DE GESTÃO E DE ATOS ILÍCITOS.** 1. Cuida-se de apelação de sentença que, proferida em sede de embargos à execução, determinou a exclusão da embargante, sócia minoritária da empresa executada, do polo passivo da Ação de Execução de Título Extrajudicial por considerar não restar configurada a sua responsabilidade pela gerência da sociedade e pela prática dos atos irregulares. 2. A magistrada "a quo", baseando-se em provas carreadas aos autos, assim como na análise dos dispositivos relevantes à matéria, considerou não restar configurada a responsabilidade pessoal da apelada, em razão desta dispor de pequena participação na sociedade, e não possuir poder de gerência. 3. **A qualidade de sócio não autoriza, por si só, a sua responsabilidade pessoal, pois imprescindível o nexos causal entre a conduta ilícita (má administração) e a consequência de ter que responder pela obrigação devida.** 5. A cláusula 6 do Contrato Social (fls. 20/22) atribui expressamente ao sócio DENIS WILSON FERREIRA DE QUEIROZ a responsabilidade pela gerência e administração da empresa. Ademais, a assinatura do cheque objeto de cobrança da ação de execução (fls. 30) é do mencionado sócio, fundamentando o entendimento de que este é o único que deve ser responsabilizado pelas obrigações contraídas de maneira irregular pela empresa. 6. Inexiste nos autos prova de que houve qualquer deliberação, ou a anuência expressa da apelada com relação à desconstituição irregular da empresa, razão pela qual não persiste o argumento de que sua responsabilidade pessoal deve advir da prática da mencionada irregularidade. 7. Destarte, acostase ao entendimento da magistrada "a quo" de que não cabe a responsabilização da apelada pela dívida em empresa, visto que "não foi coligada nenhuma prova de que a embargante tenha agido com abuso ou desvio de finalidade, mesmo porque, somente detinha 0,1% do capital social, sem poder de gerência ou administração". 8. No tocante às alegações de prescrição e nulidade da execução por falta de citação que foram formuladas pela autora na inicial e impugnadas novamente pela apelante, entende-se não merecerem maiores ressalvas, visto que foram argumentos expressamente repelidos pela sentença recorrida. Apelação improvida. (grifo meu)

(TRF-5 - AC: 00027811220134058100 AL, Relator: Desembargador Federal José Maria Lucena, Data de Julgamento: 15/01/2015, Primeira Turma, Data de Publicação: 22/01/2015)

Ou seja, conforme se observa na doutrina e jurisprudência, a responsabilidade do sócio se torna ilimitada somente quando resultar de algum ato que infrinja a lei ou o contrato social.

Assim, em caso de o sócio administrador ser demandado por dívida da sociedade, ele pode nomear bens da sociedade desde que não estejam em qualquer impedimento, para pagamento do débito, valendo-se desta forma do *beneficium excussionis personalis* (ALMEIDA, 2009).

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A descon sideração da personalidade jurídica é instituto essencial para combater as fraudes praticadas por meio de pessoas jurídicas afastando a autonomia patrimonial entre sócios e sociedade, dessa forma o caráter absoluto da autonomia patrimonial restou superado diante da constatação de que ela poderia ser utilizada para fins ilícitos. Assim, a descon sideração da personalidade jurídica contribui para o aperfeiçoamento da pessoa jurídica, pois permite afastar os efeitos da personificação para um caso específico, sem extingui-la.

O resultado da pesquisa reforçou que a separação patrimonial estabelecida entre a sociedade empresária e seus sócios constitui um incentivo essencial para a iniciativa privada e, conseqüentemente, para a propulsão da atividade econômica. Portanto, assim como não visa extinguir a pessoa jurídica, a descon sideração também não visa extinguir a autonomia patrimonial, muito pelo contrário, o objetivo é assegurar que a pessoa jurídica seja utilizada para atender ao seu objeto social, em toda sua plenitude, sem que haja deturpação da sua finalidade por meio de fraudes.

Entretanto, ao mesmo tempo em que não se pode permitir que a autonomia patrimonial decorrente da personalização, seja usada de escudo para a prática de atos ilícitos, também, não se deve permitir a aplicação desenfreada e abusiva da descon sideração, desvinculada dos seus fundamentos, o que provocaria o desvirtuamento da teoria e do próprio instituto da pessoa jurídica, motivo pelo qual no âmbito do Direito Civil se aplica a teoria onde para descon siderar a personalidade jurídica é indispensável a prova de fraude, desvio de finalidade e confusão patrimonial, ou seja, a ausência de patrimônio da sociedade, por si só, não é motivo suficiente para ensejar a aplicação da superação da autonomia patrimonial da pessoa jurídica e a conseqüente responsabilização dos seus sócios ou administradores.

O art. 50 do Código Civil fixou expressamente a necessidade de existência do abuso do direito para a declaração de desconsideração, e elegeu como circunstâncias caracterizadoras deste abuso o desvio de finalidade ou a confusão patrimonial.

Contudo, a utilização do instituto é possível quando presentes os pressupostos previstos em lei, ou seja, devendo ser observado se o caso concreto é passível de desconsideração da personalidade jurídica, pois quando não estão presentes os pressupostos para desconsideração ou quando for possível a responsabilização direta do sócio administrador por ato praticado, não é cabível a desconsideração da personalidade jurídica.

Destaca-se ainda a importância de o instituto estar devidamente formalizado processualmente, diminuindo os riscos de ser aplicado de forma errônea e conseqüentemente trazendo prejuízos, seja para o credor, seja para o sócio administrador atingido pela desconsideração da personalidade jurídica, e ainda, baseado no contraditório e ampla defesa observando o devido processo legal. Por meio do presente estudo, se infere que o estudo da desconsideração da personalidade jurídica aplicada à sociedade limitada é extremamente relevante, pois este tipo societário é o mais comumente adotado, principalmente pela responsabilidade limitada dos sócios, porém conforme observado nas doutrinas estudadas, mesmo nas sociedades limitada podem os sócios responder ilimitadamente em casos de prática de atos ilícitos mobilizados por meio da pessoa jurídica.

Necessário esclarecer, que os resultados desta pesquisa não se constituem em uma generalização, mas em uma sinalização de que o objeto da sociedade empresária se atinge por meio da atividade econômica, visando o lucro, porém, não se pode permitir que para tanto, sócios ajam dolosamente praticando atos ilícitos utilizando as sociedades empresariais, trazendo prejuízos para terceiros e, para a própria sociedade brasileira.

Portanto, a desconsideração da personalidade é uma forma eficaz de coibir fraudes e ainda assim preservar a pessoa jurídica, sendo elemento essencial no nosso ordenamento jurídico que merece constantes estudos para que haja cada vez mais a consciência de que a desconsideração da personalidade jurídica é uma forma eficaz

de se coibir o abuso da pessoa jurídica, por ser um mecanismo no qual o patrimônio dos sócios é atingido para satisfazer os prejuízos decorrentes desses eventuais abusos.

9 REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Amador Paes de. **Manual das sociedades comerciais**: direito de empresa. 17. ed. rev. a atual. 2ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, DF. Disponível em:
< https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm> Acesso em: 10 set. 2016.

_____. Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, DF. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8884.htm>. Acesso em: 10 de set. 2016.

_____. Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências.. Diário Oficial da União. Brasília, DF. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm>. Acesso em: 10 de set. 2016.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Diário Oficial da União. Brasília, DF. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 02 de set. 2016.

_____. Lei nº 12.846, de 1 de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, DF. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 10 de set. 2016.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2016. Código de Processo Civil. Diário Oficial da União. Brasília, DF. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 12 de out. 2016.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial da União. Brasília, DF. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28 de out. 2016.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de direito comercial: direito de empresa: volume 2.** São Paulo: Saraiva, 2014.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de direito comercial.** Vol. 2. São Paulo: Saraiva, 2003.

GONÇALVES, Maria Gabriela Venturoti Perrotta Rios; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Comercial: direito de empresa e sociedades empresárias: volume 21.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

Junta Comercial do Estado de Santa Catarina, Estatísticas 2016. Disponível em: <<http://www.jucesc.sc.gov.br/index.php/informacoes/estatisticas/21-estatisticas-2016>>. Acesso em: 17 de nov. 2016.

MAMEDE, Gladston. **Direito empresarial brasileiro: direito societário, sociedades simples e empresárias :** volume 2. São Paulo: Atlas, 2012.

NEGRÃO, Ricardo. **Manual de direito comercial e de empresa.** Volume 1. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

NEGRÃO, Ricardo. **Direito empresarial: estudo unificado.** 5. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2014.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil.** Vol. único. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

OLIVEIRA, Celso Marcelo de. **Manual de direito empresarial.** Vol. 1. São Paulo: IOB/THOMSON, 2005.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Direito empresarial esquematizado.** 4. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial: volume 1.** 33. Ed., ver e atual. por Rubens Edmundo Requião. São Paulo: Saraiva, 2014.

TEIXEIRA, Tarcisio. **Direito empresarial sistematizado: doutrina, jurisprudência e prática.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

THEODORO JR., Humberto. **Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum.** Vol. I. 56. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

A CONCEPÇÃO DA VERDADE PROBATÓRIA NO DIREITO PROCESSUAL PENAL E O PRINCÍPIO DA VERDADE REAL

CYNTHIA KARLA ARAÚJO DO NASCIMENTO:
Universidade Católica de Pernambuco.
Especialista em Direito Público e Advogada
atuante.

RESUMO: Este trabalho visa o estudo da prova no Processo Penal Brasileiro, a sua concepção através de várias correntes e a sua valoração com base no princípio da verdade real em paralelo com a verdade formal. Através deste trabalho, veremos, ainda, que não existem no processo verdades absolutas, mas que esta é oriunda de um exame probatório, em que se busca uma verdade possível de ser concretizada e que esta deve ser a mais justa possível. A pesquisa foi realizada pelo método teórico-documental em busca de conclusões doutrinárias e interpretativas, no qual foram analisados os diversos conceitos de prova no direito material e processual, a valoração e os meios de valoração de prova, o conceito de verdade propriamente dito e o seu conceito no direito material e no direito processual, além do princípio da verdade real. Por fim, chega-se a conclusão que a prova é uma necessidade e a afirmação de que ela é relativa não pode ser encarada como uma justificativa para que a verdade não seja a meta do julgador.

Palavras-chave: Prova. Valoração. Verdade. Princípio da Verdade Real.

ABSTRACT: This work aims to study the Brazilian Penal Process, its conception through various streams and their valuation on the basis of the real truth principle in parallel with the formal truth. Through this work, we shall see, also, that there are no absolute truths in the process, but this is coming from a probationary examination, which seeks a possible truth to be achieved and that this should be as fair as possible. The research was conducted by theoretical-documentary method in search of doctrinal and interpretive conclusions, in which the various concepts of evidence in law and procedure were analyzed, the valuation and the means of evaluation of the evidence, the concept of truth itself and its concept in material law and procedural law, beyond the principle of the real truth. Finally, one

comes to the conclusion that the evidence is a necessity and the claim that it is relative can not be seen as a justification for the truth not being the goal of the judge.

Keywords: Evidence. Valuation. Truth. Principle of Real Truth

INTRODUÇÃO

O tema do nosso trabalho diz respeito à concepção de verdade probatória no Direito Processual Penal Brasileiro e sua conclusão usando como base o princípio processual da verdade real.

A origem da problemática surge com a discussão sobre os limites ao princípio da verdade real, os diferentes conceitos de verdades e o papel do magistrado nisso tudo. Com isso, chega-se a seguinte indagação: até onde pode o juiz ir atrás da verdade sem perder a sua imparcialidade? Com base nesta pergunta desenvolveremos o presente artigo.

Para isso, desenvolvemos nosso trabalho em quadro subtítulos, além desta introdução, conclusão e referências. Por meio de uma pesquisa teórico-documental em que se analisou a doutrina em busca de soluções interpretativas.

CONCEITO DE PROVA

De acordo com Capez (2010), o tema referente à prova é o mais importante de toda ciência processual criminal, visto que este constitui os olhos do processo, o alicerce no qual se ergue toda a dinâmica processual. Então, é de fundamental importância a exposição do que vem a significar o termo prova.

A origem da palavra prova, segundo Nucci (2008), vem do latim *probatio*, que significa: verificação, ensaio, inspeção, exame, argumento, razão, aprovação ou confirmação, além de ser a derivação do verbo *probare*, que denota: ensaiar, verificar, examinar, reconhecer por experiência, estar satisfeito com alguma coisa, persuadir alguém.

Nessa perspectiva, Rangel (2005, p. 413), define prova como o “[...] meio instrumental de que se valem os sujeitos processuais de comprovar os fatos da causa, ou seja, os fatos pelas partes como fundamento do exercício dos direitos de ação e defesa”.

Já, para Manzini (1996, v. 3, p. 197)^[1], prova é a “atividade processual imediatamente dirigida, segundo o critério da verdade real acerca da imputação ou de outra afirmação ou negação que interesse a uma providência do juiz”.

Pode-se, também, destacar o conceito de Marques (1997, v. 2, p. 253), que dispõe que prova é “[...] o elemento instrumental para que as partes influam na convicção do juiz e o meio de que este se serve para averiguar sobre os fatos em que as partes fundamentam suas alegações”.

Capez (2010), ainda, ressalta que prova é o conjunto de atos praticados pelas partes^[2], pelo juiz^[3] e por terceiros^[4] destinado a levar o magistrado à convicção acerca da existência de um fato, da falsidade ou da verdade de uma afirmação.

Diante do exposto, o termo prova, na terminologia processual penal, possui vários sentidos. Pode indicar, de forma ampla, o conjunto de atividades realizadas pelo juiz e pelas partes na reconstrução dos fatos que constituem o suporte das pretensões deduzidas e a própria decisão; pode aludir aos instrumentos pelos quais as informações sobre os fatos são introduzidas no processo, ou seja, os meios de prova; e pode ser o resultado de todas essas atividades.

SISTEMA DE AVALIAÇÃO DA PROVA

1. Considerações iniciais

Mendroni (2010), numa interessante análise sobre estudo da valoração probatória no Processo Penal, comenta que as coisas e os atos não possuem valor em si mesmo, mas a eles lhes são atribuídos valores.

Na esfera jurídica e, mais especificamente, na esfera penal, diferentemente do que ocorre na maioria das atividades humanas^[5], a

questão é mais delicada. Isso porque as pessoas são processadas, o que em si já há uma natural estigmatização, e podem ser condenadas e passarem anos na cadeia, em decorrência de um valor que o Estado (representado pelo juiz) concedeu por uma falta social[6].

Nesse sentido, o autor comenta que o Direito Penal tentou se racionalizar, por exemplo: para o crime “A” a pena “B”. No entanto, tal pensamento não é possível, visto que não há uma escala geométrica de valores, pois cada ato humano é único e não se repete. Além dos valores não serem algo estático, uma vez que, um simples fato pode desencadear uma mudança gigantesca ou ela pode vir numa lenta evolução. Todavia, o que ocasiona semelhanças em determinados casos é o sistema de valoração adotado (MENDRONI, 2010).

Dessa forma, Mendroni (2010) alega que é útil uma tentativa de se objetivar o problema e, para escapar de armadilhas filosóficas profundas, divide a valoração em três aspectos indissociáveis: o subjetivo (quem valora), o objetivo (o que é valorado) e o método de valoração (como se valora).

2. Elementos da valoração probatória

O aspecto subjetivo é a conduta humana que é individual, ou seja, cada pessoa vê o mundo de uma maneira própria, conforme sua vivência (MENDRONI, 2010).

O aspecto diferenciador deste elemento é a escolha daquelas pessoas que terão papéis de destaques na sociedade. E, no caso do Processo Penal, é aquele que irá imputar a pena, logo o magistrado.

Para Mendroni (2010), apesar do prestígio de tal indivíduo, da instituição que este representa ou da sua capacidade intelectual, este poderá ter uma conduta inquisitória e regressiva se utilizar, apenas, sua moral para fundamentar seu julgamento. Por isso, para Nucci (2008), é relevante o magistrado ficar adstrito às provas obtidas no processo.

No que toca ao aspecto objetivo, este está atrelado à socialização do problema, o que no Processo Penal é caracterizado pela legalidade estrita, em virtude de que só há crime o que está tipificado em lei^[7]. Logo, para Mendroni (2010), é dever do ordenamento jurídico elencar a conduta a ser valorada.

O terceiro aspecto são os meios de valoração ou, para Nucci (2011), o sistema de avaliação da prova, que será estudado no tópico a seguir por ser considerado por Mendroni (2010) uma técnica jurídica.

Entretanto, é importante frisar que fato e valor não são elementos separáveis. Não se fala em um fato sem que na linguagem já se tenha um valor inserido e não se pode expressar um valor sem imaginá-lo concretizado em um ou vários fatos.

3. Meios de valoração das provas

a) Considerações iniciais

Tourinho Filho (2010a) explica que os meios de valoração de provas passaram através da história por diferentes transformações, amoldando-se às convicções, à conveniência, aos costumes e ao regime político de cada povo. Os mais conhecidos, segundo Nucci (2011) são: o da íntima convicção, o das provas legais e o do livre convencimento.

b) Sistema da íntima convicção

Tourinho Filho (2010a) ensina que a origem deste sistema veio com os *ordálios*, sendo o juiz, “a grosso modo”, fiscal do resultado deles. Eram denominados Juízos de Deus, visto que, em tese, a divindade intervinha nos seus julgamentos revelando se aquela pessoa era inocente ou não. Tal sistema foi abolido, em 1215, durante o *Concílio de Latrão*, sob o papado de Inocêncio III, que concedeu ao Juiz ampla liberdade quanto à indagação da verdade.

Nucci (2011) afirma que este sistema é o mais flexível, concentrando-se na força da avaliação do juiz, o que permite a sua livre valoração, sem necessidade de motivação. O magistrado pode,

inclusive, deixar de decidir se não for formada a sua convicção, além de poder formar seu convencimento extra autos ou, até mesmo, de forma contrária às provas constantes no processo (GOMES 2002)[8].

Tal sistema vigora em nosso ordenamento jurídico através do julgamento pelo Tribunal do Júri[9], pois, os jurados decidem sigilosamente de acordo com sua convicção, sem fundamentar seu voto (TOURINHO FILHO, 2010a). Logo, eles podem votar nas provas realizadas nos autos, com um julgamento já pré-formado.

c) Sistema da prova legal

Este é o sistema em que a prova possui um valor definido por regras preestabelecidas em lei, de modo que o juiz não possa julgar de forma diversa, nem dar uma maior ou menor graduação volativa. Para Nucci (2011), é o sistema mais limitado dos três.

Mendroni (2010) faz crítica a tal sistema ao dizer que ele não permite que cada prova seja analisada conforme sua peculiaridade. Por isso, para o mesmo, este sistema foi extinto e conclui:

[...] pela impossibilidade de “catalogar” valores, preestabelecendo a eficácia de cada prova a partir de uma definição, entendendo-se que a tarefa deveria ser deixada ao julgador, de forma a permitir a análise probatória a partir das conclusões emanadas das percepções humanas (MENDRONI, 2010, p. 17, grifo do autor).

Apesar disso, Nucci (2011) alerta que ainda há resquícios deste sistema em nosso ordenamento jurídico, por exemplo: quando a lei exige determinada prova, como o caso do artigo 158 do Código de Processo Penal[10], em que é obrigatório o exame de corpo de delito nas infrações que deixam vestígios.

d) Sistema do livre convencimento

Esse sistema é também chamado de convencimento racional, livre convencimento motivado, apreciação fundamentada ou prova fundamentada.

É, para Nucci (2011), uma mescla dos dois sistemas anteriores, visto que se configura na permissão dada ao juiz de decidir de acordo com o seu livre convencimento, devendo, no entanto, cuidar de fundamentá-lo nos autos, buscando persuadir as partes e a comunidade em abstrato, além de está adstrito às provas do processo.

Nesse contexto, Tourinho Filho (2010a) ressalta que com a adoção de tal sistema não há o perigo de cair no despotismo judicial, que o sistema da íntima convicção enseja, e nem limitar os movimentos do juiz ao investigar à verdade, como acontece no sistema das provas legais. Além de ser possível todo tipo (meio) de provas, desde que, limitados aos contidos no processo e às provas admitidas pelo direito.

É o sistema que possui fundamento constitucional^[11] e o adotado majoritariamente pelo Processo Penal brasileiro^[12].

VERDADE

1. Considerações iniciais sobre a verdade no processo penal

Com base nos conceitos acima expostos, depreende-se que, dependendo do autor seguido, a prova no Processo Penal visa tanto achar a verdade, quanto convencer o juiz dela.

No entanto, o que se busca no processo não é uma verdade absoluta, porque esta não existe, mas uma verdade relativa. Pois, o que é verdade para uns, pode ser falso para outros (NUCCI, 2008). Nessa direção é bastante pertinente à citação abaixo:

Um dedicado amigo da verdade reconhece que a certeza, que necessariamente o contenta, não escapa ao vício da imperfeição humana; que é

sempre lícito supor o contrário daquilo que consideramos verdadeiro. Enfim, a facunda imaginação do céptico, atirando-se ao possível, encontrará sempre cem razões de dúvida. Com efeito, em todos os casos se pode imaginar uma combinação extraordinária de circunstâncias, capazes de destruir a certeza adquirida. Porém, a despeito dessa possível combinação, **não ficará o espírito menos satisfeito, quando motivos suficientes sustentarem a certeza, quando todas as hipóteses razoáveis tiverem sido figuradas e rejeitadas após maduro exame [...].** Exigir mais seria querer o impossível; porque em todos os fatos que dependem do domínio da verdade histórica jamais se deixa atingir a verdade absoluta. Se a legislação recusasse sistematicamente admitir a certeza todas as vezes que uma hipótese contrária pudesse ser imaginada, se veriam impunes os maiores criminosos, e, por conseguinte, a anarquia (seria) fatalmente introduzida na sociedade. (MITTERNAIER 1848 *apud* SILVA, C. 2010, p. 5, grifo nosso)[13].

Logo, o juiz julgará conforme uma certeza, derivada de uma verdade que nunca é absoluta, mas resultante de um rigoroso exame probatório. Portanto, a meta da parte é convencer o magistrado de que sua noção de verdade é a correta, de que, no plano real, ocorreu exatamente como está descrito na sua petição (NUCCI, 2008). Contudo, vê-se a seguir, que o papel do juiz no processo penal é tudo menos inerte.

2. Conceito de verdade

Como já foi frisado neste trabalho, não existe uma verdade absoluta. Porém, Soares F. (2011) afirma que os conceitos de verdade e de realidade, no plano jurídico, são próximos. Desta forma, é relevante entender o que vem a ser verdade.

Para a elaboração de tal conceito, Chauí (1995) divide o termo verdade em três concepções teóricas:

a) **A concepção grega:** a verdade vem do termo *aletheia*, que significa não oculto, não escondido, não dissimulado e que expressa a “manifestação daquilo que é ou existe tal como é [...]; o evidente ou plenamente visível para a razão” (CHAUÍ, 1995, p. 92). Assim, a verdade está nas próprias coisas;

b) **A concepção latina:** a verdade é derivada do termo *veritas*, que se refere à precisão, ao rigor e à exatidão de um relato, em que se diz com detalhes, pormenores e fidelidade o que aconteceu. Desta forma, a verdade não está, apenas, nas coisas, mas na forma como as dizemos. Então, “a verdade depende, de um lado, da veracidade, da memória e da acuidade mental de quem fala e, de outro, de que o enunciado corresponda aos fatos acontecidos (como acontece com a *aletheia*)” (CHAUÍ, 1995, p. 93, grifo do autor). Logo, o que é falso ou verdadeiro não são as coisas ou os fatos, mas os relatos sobre eles;

c) **A concepção hebraica:** a verdade vem do termo *emunah*, que significa confiança. Nesse contexto, são as pessoas e Deus quem são verdadeiros. Isso porque é Deus ou os amigos verdadeiros que cumprem o que falam e são fieis à palavra. Assim, a verdade se relaciona com a presença, com a espera daquilo que foi prometido ou pactuado, ou seja, é a crença fundada na esperança e na confiança.

Em síntese, Chauí (1995) afirma que a nossa concepção de verdade é o resumo destas três fontes, ou seja, são as coisas presentes (*aletheia*); os fatos passados (*veritas*) e as coisas futuras (*emunah*), além de se referir à própria realidade (*aletheia*), à linguagem (*veritas*) e à confiança- esperança (*emunah*), objetivando uma visão intelectual da essência de um ser, para haver uma liberdade das opiniões estabelecidas e das ilusões dos nossos órgãos e sentidos.

Com base nesse contexto, Soares F. (2011) argumenta que a prova é uma necessidade e a afirmação de que ela é relativa não pode ser

encarada como uma justificativa para que a verdade não seja a meta do julgador.

3. A verdade formal e verdade real

Costuma-se dividir a verdade em duas: a verdade formal e a verdade real. A primeira vem como o princípio informador do Processo Civil, enquanto a segunda é considerada o norte inarredável do Processo Penal (ARAÚJO, 2009).

A verdade formal, segundo Nucci (2008), é aquela que emerge do processo, na qual o juiz não é obrigado, ele mesmo, a buscar a verdade, contentando-se com uma verdade aparente, visto que o direito material versa sobre direitos disponíveis.

Além disso, as partes podem transacionar, transigir, submeter à vontade da parte adversa, o que, para Tourinho Filho (2010a), pode tornar impossível a restauração real dos fatos. O que não impede, para o autor, que o juiz a procure.

No Direito Processual Penal ocorre diferente, já que os direitos são indisponíveis. O juiz não deve se satisfazer com a verdade formal (aquela que surge do alegado pelas partes), mas tem o dever de investigar a verdade real, ou seja, de procurar saber como os fatos se passaram na realidade, quem realmente praticou a infração e em que condições esta se perpetuou, para que se concretize a justiça (TOURINHO FILHO, 2010b).

Tal assertiva também é seguida por Nucci (2008) ao comentar que a verdade real tem o intuito de transformar o juiz em um sujeito participativo, fazendo com que o mesmo tenha um sentimento de busca, pois está em jogo de um lado os direitos fundamentais da pessoa humana e do outro a segurança da sociedade[14].

Apesar dessa distinção entre verdade formal e real, esta vem sendo bastante criticada. Bardaró (2003), por exemplo, comenta que essa terminologia é errônea, pois a verdade seria única, não comportando adjetivações. Dessa forma, a verdade que importa para o processo é

aquela oriunda dos autos, chamada por Soares F. (2011) de verdade judiciária e por Tourinho Filho (2010a) de verdade processual.

Ao explicar tal verdade, Avolio (1995) argumenta que esta é decorrente de um procedimento em que há contraditório, critérios de admissibilidade e exclusão de prova. Não tendo que se falar em uma possível confrontação de verdades, visto que há apenas uma.

Para tanto, Soares F. (2011) elenca mais um motivo para dizer que tal distinção é inócua, haja vista que no Processo Civil também há salvaguarda de direitos e garantias fundamentais do ser humano, assim como no Processo Penal[15]. Além disso, do Processo Civil também cuida de outros interesses indisponíveis: como o Estado, o consumidor e o meio ambiente (AVOLIO, 1995).

O PRINCÍPIO DA VERDADE REAL

O princípio da verdade real, também chamado por Avolio (1995) de verdade material, é definido por Nucci (2010, p. 105) como aquele em que o “magistrado deve buscar provas, tanto quanto as partes, não se contentando com o que lhe é apresentado simplesmente”, sendo uma consequência da verdade real explicada no tópico acima.

Tucii (1978 *apud* NUCCI, 2010), ao falar sobre o tema, diz que tal princípio surge do próprio poder instrutório do magistrado, sendo imprescindível a sua convicção, como, também, do seu poder acautelatório, para garantir o desfecho do processo criminal.

O Código de Processo Penal, ao longo de seu texto, assim como algumas leis extravagantes, trazem diversos dispositivos que demonstram a sua posição em face deste princípio. Pereira (2009, p. 3) destaca alguns artigos, como:

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: I - ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade,

adequação e proporcionalidade da medida; II - determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

Art. 209. O juiz, quando julgar necessário, poderá ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes. § 1º Se ao juiz parecer conveniente, serão ouvidas as pessoas a que as testemunhas se referirem.

E, finalmente, para não cansar o leitor, vale lembrar também o art. 3º da Lei de Interceptação Telefônica (Lei nº 9.296/96) que estabelece:

Art. 3º A interceptação das comunicações telefônicas poderá ser determinada pelo juiz, de ofício ou a requerimento: I - da autoridade policial, na investigação criminal;

II - do representante do Ministério Público, na investigação criminal e na instrução processual penal.

Porém, apesar da expressa disposição legal e da preferência jurisprudencial neste sentido^[16], Pereira (2009) afirma que este princípio pode acarretar numa quebra da imparcialidade do julgador.

Assim, para o autor, no momento em que o magistrado determina uma prova, ainda que desconhecendo o resultado final, este sai da posição de espectador e inclina-se, inevitavelmente, em direção à defesa ou à acusação. O que faria com que houvesse um rompimento da garantia de imparcialidade.

No entanto, o resultado final albergado no Processo Penal não é uma verdade absoluta, mas uma verdade possível de ser concretizada. Assim, o magistrado é um partícipe, em conjunto com as partes, para chegar à solução mais real e, conseqüentemente, mais justa. Pois, como bem salienta Tourinho Filho (2010a), a função punitiva do Estado deve ser

dirigida, unicamente, àquele que realmente tenha cometido uma infração e este princípio é um dos mecanismos para tal garantia.

Além disso, um julgador que tem opiniões e conceitos formados sem preocupação com os fatos alegados pelas partes ou não se vinculando, exclusivamente, às provas produzidas, é um juiz parcial e não aquele que, tentando trazer justiça a sua sentença, auxilia na produção probatória (NUCCI, 2008).

Desta forma, Cappelletti (1972 *apud* SOARES, C., 2007) adverte que um ordenamento jurídico moderno não pode pretender que o ofício do judiciário seja imparcial no sentido de ser desinteressado, pois desvirtuaria uma técnica na qual o magistrado exercita o seu poder, a sua própria função jurisdicional, concebida como fundamental função do Estado.

Imparcial o juiz deve ser com relação à ação, ao direito e ao ato (demanda, exceção) de realizá-lo, mas não referente ao processo e, muito menos, com o respeito à justiça da decisão[17].

CONCLUSÃO

A principal polêmica em torno do tema verdade, no Processo Penal, é saber se é possível à aplicação do princípio da verdade real na prova penal ou se está seria uma grande falácia doutrinária.

Como já foi frisado neste trabalho, não existe uma verdade absoluta, mas uma verdade resultante de um rigoroso exame probatório. Portanto, a meta do processo é convencer o magistrado de que no plano real ocorreu exatamente como está descrito no processo.

O princípio norteador de todo o Processo Penal é o da verdade real. É claro que este não deve ser apreciado de maneira absoluta, mas sempre deve ser levado em consideração para se descartar uma mentira formal. Isso quer dizer que é possível, através da interpretação, com a utilização do princípio da verdade real, o questionamento e valoração de

uma prova para chegar sempre a uma verdade mais real possível, desde que, dentro dos ideais constitucionais.

O juiz, dentro do Processo Penal, graças, ainda, ao já referido princípio da verdade real, não possui uma postura inerte, sendo um partícipe, junto com as partes, na busca da verdade mais possível de ser alcançada, quando valora uma prova. Isso não torna o juiz imparcial, sendo mais um instrumento para trazer justiça à decisão.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, José Osterno Campos de. **Verdade real possível no processo penal**. Busca Legis. 2009. Disponível em: . Acesso em: 01 set. 2016.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: interceptações telefônicas e gravações clandestinas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

BARDARÓ, Gustavo Henrique. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: . Acesso em: 01 set. 2016.

_____. **Código de Processo Penal de 1941**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 02 set. 2016.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CHAUÍ, Marilena. **Convite à filosofia**. 5. ed. São Paulo: Ática, 1995.

GOMES, Magno Federici. **Provas ilícitas no processo penal**. 2002. Disponível em: . Acesso em: 01 set. 2016.

MANZINE, Vincenzo. **Tratato de derecho procesal penal**. Trad. Santiago Sentís Melendo e Mariano Ayerra Rendín. Buenos Aires: El foro, 1996. v. 3.

MARQUES, José Frederico. **Elementos do direito processual penal**. Campinas: Bookseller, 1997. v. 2.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Provas no processo penal**: estudo sobre a valoração das provas penais. São Paulo: Atlas, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no processo penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Manual de processo penal e execução penal**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Código de processo penal comentado**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PEREIRA, Márcio Ferreira Rodrigues. **Verdade autoritária no processo penal brasileiro**: às voltas com o “princípio” da verdade “real”. Juspodivm. com.br. Disponível em . Acesso em: 01 set. 2016.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

SILVA, Bruno César Gonçalves da. **Da prova ilicitamente obtida por particular no processo penal**. Campinas: Servanda, 2010.

SILVA, César Dário Mariano da. **Provas ilícitas**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

SOARES, Clara Dias. **Princípios norteadores do processo penal brasileiro**. BuscaLegis, 2007. Disponível em: >. Acesso em: 01 set 2016.

SOARES, Fábio Aguiar Munhoz. **Prova ilícita no processo**: de acordo com a nova reforma do código de processo penal. Curitiba: Juruá, 2011.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2010a.

_____. **Processo penal**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2010b.

NOTAS:

- [1] Que foi o principal relator do Código Processual Italiano, de 1930, que tanto influenciou nosso atual Código de Processo Penal.
- [2] Artigo 165, I, do Código de Processo Penal.
- [3] Artigo. 156, II, do Código de Processo Penal.
- [4] Por exemplo: o perito.
- [5] Como, por exemplo, a opção de um sapato ou a escolha das próximas férias.
- [6] O interessante é que dizer que uma condenação penal tem mais importância que a escolha de umas férias ou de um sapato já reflete uma valoração anteriormente feita.
- [7] O que para Capez (2010) inadmitte uma interpretação analógica dos tipos penais.
- [8] Gomes (2002) salienta que a falta de necessidade de fundamentação acabou por criar um despotismo judicial, o que fez com que o ordenamento jurídico criasse barreiras contra tal, como: a apelação, que permite o reexame da decisão, às restrições à atividade probatória, etc.
- [9] Artigo 422 e seguintes do Código de Processo Penal.
- [10] Artigo 158 do Código de Processo Penal: “Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado” (BRASIL, CPP, 1941).
- [11] Artigo 93, IX da Constituição da República: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação” (BRASIL, CF, 1988).

[12] Como nota-se da leitura do artigo 155 do Código de Processo Penal: “O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. Parágrafo único. Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil” (BRASIL, CPP, 1941)

[13] Tal entendimento é de supra importância, visto que a busca de uma verdade absoluta levou vários ordenamentos a situações perigosas. Um exemplo disso é a URSS (União das Repúblicas Socialistas Soviéticas), onde o processo penal foi utilizado como uma forma de repressão política stalinista (AVOLIO, 1995).

[14] Apesar da predominância do Processo Penal ser a verdade real, existem exceções a esta regra como: as hipóteses de transação da Lei nº 9.099/95, a impossibilidade de revisão *pro societate* e as várias restrições imposta a prova, como o artigo 155, parágrafo único e os artigos 206 e 207 do Código de Processo Penal. (TOURINHO, 2010a, p. 58).

[15] Uma prova é o estudo da instituição do Ministério Público, que foi preocupação do legislador constituinte e posto à categoria de instituição permanente e essencial a função jurisdicional na defesa de interesses sociais (SILVA, B., 2011).

[16] Como abstrai-se, conforme Pereira M, do STJ HC 64657/PR julgado em 20/11/2007 e STJ HC 77228/RS julgado em 13/11/2007.

[17] É importante ressaltar que esta tal busca probatória só é possível em fase judicial, visto que durante o inquérito policial, por ser um procedimento administrativo e inquisitivo, essa conduta não é possível.

O NOVO TRATAMENTO DADO ÀS TUTELAS PROVISÓRIAS À LUZ DAS ALTERAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI N.º 13.105/2015: CARACTERÍSTICAS, TIPOS E FORMAS DE EFETIVAÇÃO.

BÁRBARA VIANA MOSCATO: Advogada, graduada em Direito pela Faculdade de Direito de Santa Maria, com especialização em Direito Processual Civil (novo CPC) pela Faculdade Anhanguera.

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo principal analisar as alterações trazidas pela Lei n.º 13.105 de 2015 sobre a técnica da tutela provisória, abordando-se os principais pontos, características, tipos de tutela e formas de efetivação.

Palavras-chave: tutela antecipada, técnica processual, estabilidade, efetivação.

ABSTRACT: This study aims to analyze the changes introduced by Law nº. 13.105 of 2015 on the technique of interim protection, approaching the main points, characteristics, types of protection and means of enforcement.

Key-words: injunctive relief, procedural technique, stability, effectiveness.

INTRODUÇÃO

Este ensaio visa a problematizar as inovações trazidas com a Lei 13.105 de 16 de março de 2015, que introduziu o Novo Código de Processo Civil Brasileiro, trazendo profundas mudanças que buscam, na forma mais otimista de uma lei abstratamente considerada, agilizar e efetivar a prestação jurisdicional que possuímos hoje. Salienta-se que a pesquisa se limitará acerca do tema das tutelas provisórias, buscando trazer uma conceituação de forma sistematizada, a fim de introduzir o leitor ao novo regramento dado à matéria. O trabalho, inicialmente, iniciará na explicação do assunto, trazendo conceitos doutrinários sobre o tema.

Posteriormente, buscar-se-á elucidar as principais características das diferentes espécies de tutelas provisórias, o procedimento dado à sua postulação e concessão, bem como as possíveis posturas das partes no processo e suas consequências.

Por fim, explicar-se-á as maneiras que são dadas ao autor, munido de uma decisão que não possui eficácia de coisa julgada, mas que é estável, de efetivar a tutela concedida pelo Estado-juiz, diante do descumprimento das medidas judiciais impostas ao “vencido”.

Importa o estudo, pois o conhecimento do mecanismo da tutela antecipada provisória é de extrema importância para o manejo dos anseios mais urgentes que não podem ficar ao alvedrio da morosidade processual.

Obviamente que as expectativas com a nova Lei 11.105/2015 são que o processo torne-se mais célere, ágil, excluindo inúmeros ritos e procedimentos que apenas serviam para postergar o acesso dos jurisdicionados ao direito constitucional do devido processo legal, célere, justo, rápido e eficaz.

1. O NOVO TRATAMENTO DADO ÀS TUTELAS PROVISÓRIAS À LUZ DAS ALTERAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI N.º 13.105/2015: CARACTERÍSTICAS, TIPOS E FORMAS DE EFETIVAÇÃO.

O presente estudo, conforme acima introduzido, visa a esquematizar o estudo das tutelas provisórias, abordando suas principais características e explicitando ao leitor como se dá seu manejo e execução. A possibilidade de estabilização da decisão também será abordada, pois, embora já introduzida no ordenamento pátrio em institutos diversos, com a introdução do Novo Código de Processo tal eficácia ganha especial relevo, sendo imprescindível sua compreensão^[1].

1.1. TUTELAS PROVISÓRIAS: CARACTERÍSTICAS, FUNDAMENTOS E FORMAS DE EFETIVAÇÃO.

O Novo Código de Processo Civil consolida uma verdadeira evolução no direito brasileiro, na medida em que dá à tutela provisória um tratamento mais sistemático, tornando ao operador de fácil visualização aquelas disposições que são comuns a todas as espécies de provisórias, bem como as que são peculiares de cada uma em separado.

Para conceituar tutela provisória é salutar ressaltar a sua principal característica, qual seja, a sumariedade de sua cognição. Neste sentido GRECO (2014)[2]:

“Tutela provisória é aquela que, em razão de sua natural limitação cognitiva, não é apta a promover definitivamente sobre o interesse no qual incide e que, portanto, sem prejuízo de sua imediata eficácia, a qualquer momento, poderá ser modificada ou vir a ser objeto de um provimento definitivo em um procedimento de cognição exaustiva.”

É dita provisória, então, porque se contrapõe à definitiva. Esta, por seu turno, é apta a tornar-se indiscutível pela qualidade da coisa julgada. De forma ontológica, denota-se que provisório é tudo aquilo que tende a ser substituído, em algum momento, pelo definitivo.

Contudo, a doutrina costuma elencar outras características, as quais merecem apontamento, importando referir que todas estas são comuns a todas as tutelas provisórias, abrangendo tanto a tutela de urgência como a tutela de evidência, a saber: inércia, provisoriedade, instrumentalidade (CALAMANDREI, 1983)[3], revogabilidade, fungibilidade e, a já citada, cognição sumária (GRECO, 2015)[4].

Não convém, por outro lado, confundir *provisoriade* com *temporariade*. Provisório, conforme afirmado é aquilo que precisa ser substituído pelo

definitivo. Temporário, entretanto, é aquilo que não dura para sempre, que não é eterno. Porém, nada impede que o temporário seja definitivo.

A tutela provisória tal qual está positivada no Código de 2015, o qual dedicou o Livro V da sua Parte Geral, desdobrando-se em três títulos que tratam das disposições gerais, da tutela de urgência e da tutela de evidência, respectivamente, encontra na doutrina algumas classificações a partir de critérios organizacionais.

Nesse sentido, partindo-se do *critério da natureza* da providência pretendida divide a tutela provisória em tutela de urgência, cautelar ou antecipada, e tutela de evidência. Anota-se que a tutela de evidência se distingue das demais pelo fato de não exigir urgência na prestação do direito, de modo que este se apresenta *prima facie* indiscutível. É, então, a acentuada probabilidade da existência do direito ou o seu elevado valor humano que qualificam a procedência da tutela de evidência.

Pelo *critério funcional*, divide-se a tutela provisória de acordo com a investidura do requerente no direito, seja para assegurar que ele seja exercido *a posteriori* (tutela de segurança), seja para gozá-lo desde já. Há, nesse sentido, a divisão da tutela provisória em cautelar e antecipada, sendo que esta última pode subdividir-se em antecipada de urgência e antecipada de evidência.

Por fim, segundo o *critério temporal*, temos que a tutela provisória pode ser identificada como antecedente e incidente, conforme seja pretendida antes ou no curso do processo principal. A incidente pode ser cautelar ou antecipada, sendo que esta ainda pode ser de urgência ou de evidência (GRECO, 2014)[5].

A fim de sistematizar o estudo, veremos primeiro os conceitos de tutela antecedente e incidental. Posteriormente serão abordadas as características e diferenças entre tutela provisória cautelar, antecipada e de evidência. Na sequência, após conceituar,

será mais fácil visualizar o procedimento e as formas de efetivação das tutelas concedidas.

1.1.1. Características, fundamentos e diferenças básicas entre tutela provisória cautelar, antecipada e de evidência.

As formas de requerimento de uma tutela provisória se exteriorizam de dois modos: antecedente ou incidental. Tal classificação considera o momento em que a tutela é pretendida, se antes de ingressar com o processo principal (de forma antecedente) ou no curso dele (incidentalmente).

Anota-se, pois, que somente as tutelas provisórias de urgência podem ser concedidas de forma antecedente, sendo justamente a impossibilidade da espera de uma cognição exauriente que justifica a antecedência do pedido da tutela mesmo antes do requerimento do pedido principal. As tutelas de evidência, por seu turno, serão sempre incidentais.

Na *incidental* o pedido da tutela provisória é concomitante ao pedido da tutela final ou posterior a este. O sujeito ingressa em juízo e, já na petição inicial, juntamente com o pedido principal, pede a tutela provisória ou, no curso do processo, pleiteia a antecipação da tutela em petição apartada. Dito isso, mostra-se óbvia a regra do artigo 295 do Novo Código, que dispensa o pagamento de custas à tutela incidental, vez que estas já foram suportadas em razão da demanda principal já estar em andamento (CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, 2015)[6].

A *tutela antecedente*, por sua vez, é aquela que anuncia o que se pretende com um processo futuro, na medida em que a urgência é tanta que esperar o tempo necessário comprometeria a própria efetividade da tutela jurisdicional. É, assim, o requerimento anterior à formulação do pedido principal, tendo como escopo adiantar os efeitos da tutela (seja de forma antecipada ou cautelar) a fim de preservar o direito que se busca em juízo. Somente depois

é que o requerente, atendidos os prazos legais, pleiteia a tutela definitiva.

Dito isso, parte-se à explicação das tutelas cautelares, antecipadas e de evidência.

A *tutela provisória cautelar*, que pode ser concedida de forma antecedente ou incidental, assim como no Código Processual Civil de 1973, constitui “uma providência de proteção do próprio processo, para assegurar a eficácia da decisão final sobre o direito material, mas não uma medida de acolhimento do pedido principal” (GRECO, 2014)[7]. Será, nesse sentido, uma providência que visa a garantia do futuro exercício de um direito.

Como marcantes qualidades, apontam-se à cautelar a *referibilidade*, ou seja, a cautelar sempre está relacionada a um outro direito –quem acautela, acautela outra coisa (exemplo do arresto) – e a *temporiedade*, na medida em que a cautelar serve para outra tutela, ela não pode ser para sempre, ser eterna (DIDIER, 2015)[8].

Sobre o assunto, DIDIER explica que “a temporiedade da tutela cautelar (...) tem significado diverso: a tutela cautelar, em razão da sua referibilidade à tutela de outro direito, não dura para sempre: é eficaz apenas enquanto for útil”[9]. É, então, uma tutela de segurança.

Denota-se que os procedimentos cautelares clássicos do código de 1973 foram repetidos no artigo 301 do Novo Código, tais como o arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto, contra alienação de bem. No entanto, os exemplos não se esgotam no dispositivo citado, ao passo que, na Parte Especial do Novo Código, deparamo-nos com inúmeros outros procedimentos cautelares, como o arrolamento e a justificação (arts. 388 a 390), a exibição de documento ou de coisa (arts. 403 a 411), além das notificações, interpelações e protestos (arts. 741 a 744), dentre outros.

A *tutela provisória antecipada (ou satisfativa)*, por seu turno, serve para realizar de pronto o direito, espelhando sempre “uma decisão interlocutória de acolhimento provisório, no todo ou em parte do pedido formulado pelo autor, atendendo a requerimento expresso deste e tendo em vista a acentuada probabilidade de sua procedência” (GRECO, 2014)[10]. O juiz provisoriamente já realiza o direito a parte. Ambas podem ser obtidas em um processo judicial de forma provisória ou definitiva e o que muda nisso, conforme dito, é o grau de cognição do juiz acerca da prova da matéria.

A antecipada, conforme remonta o artigo 294 (CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, 2015)[11], pode fundamentar-se na *urgência* ou na *evidência*. O que diferenciara cada uma são os requisitos para a sua concessão, bem como o momento em que serão postuladas no processo.

A *tutela provisória de urgência* (que poderá ser antecipada ou cautelar) sob o aspecto temporal pode ser requerida em caráter antecedente (antes da ação principal) ou incidental (no curso), sempre quando houver elementos que evidenciem a evidência do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo (inteligência dos artigos 294 e 300 do Novo Código). Justifica-se, pois “o tempo o tempo necessário para a obtenção da tutela definitiva (satisfativa ou cautelar) pode colocar em risco sua efetividade. Este é um dos males do processo” (DIDIER, 2015)[12].

Nesse sentir, a *urgência* da tutela, referida no §único do artigo 294, com o propósito de amenizar os efeitos perniciosos do tempo, indica que a antecipação dos efeitos da tutela pode ser concedida acaso o pedido contenha em seu bojo perigo de *dano* ou *ilícito* além do *mínimo de evidência*.

Para fundar um pedido de tutela provisória na urgência do direito é necessário que se demonstre a ocorrência de um dano ou de um ilícito, além de demonstrar o mínimo de probabilidade naquilo que se afirma.

Há na lei a possibilidade de concessão de medida liminar quando requerida a tutela provisória de urgência (art. 300, parágrafo 2º). No entanto, encontra obstáculo da procedência da liminar a “irreversibilidade dos efeitos da decisão” (CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, 2015)[13]. Acaso interpretado literalmente tal dispositivo, acarretaria verdadeiro entrave ao exercício do acesso à tutela jurisdicional efetiva, inserta no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, 1988[14]. Ora, pois, os fatos pretéritos nunca serão reversíveis, sendo no máximo reparáveis pela via indenizatória, acaso haja dano. Nesse sentido, a melhor hermenêutica indica que o conceito de *irreversibilidade* deve ser visto à luz da razoabilidade e da ponderação, avalizando-se o perigo de dano sofrido pelo requerente e aquele a que ficaria sujeito o requerido acaso concedida a tutela de urgência. Nesse caso, eventuais prejuízos ficariam acobertados pela possibilidade de repetição por perdas e danos.

Dessa forma, “a avaliação da oportunidade da concessão liminar da tutela de urgência, antecedente ou incidente, deve estar condicionada a um juízo positivo firme da existência do direito do requerente e da inevitabilidade do dano iminente” (GRECO, 2014)[15] assim como a necessidade de ponderação na concessão da tutela do requerente, levando-se em consideração que garantias fundamentais do requerido (contraditório, ampla defesa) irão ser postergadas para momentos posteriores do curso processual.

Por último, a *tutela provisória de evidência*, concedida apenas em caráter incidental, será deferida independente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, atendidas as hipóteses legais arroladas nos incisos I a IV do artigo 311 do Código de 2015. A lei, a seu respeito, também prevê possibilidade de concessão de liminar em caso de requerimento de tutela de evidência, sendo que será a importância do direito pretendido que irá justificar a concessão de eventual medida *inaudita altera pars* (CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, 2015)[16].

A evidência do pedido, por sua conta, não implica necessariamente que haja a urgência. Mas sim que é evidente que o requerente tem razão naquilo que aponta que é. A tutela de evidência, por sua essência, sempre será satisfativa.

Partindo-se desta introdução, infere-se que a tutela de evidência é sempre antecipada e sempre incidental. Enquanto a tutela de urgência pode ser satisfativa ou cautelar, sendo requerida de forma antecedente ou incidental.

1.1.2. A tutela provisória antecipada de urgência: estabilização da demanda e formas de efetivar a decisão jurisdicional.

Toda essa distinção se mostra necessária quando pensamos na possibilidade de *estabilização da tutela provisória*. Esta estabilização só faz sentido se a tutela provisória for de urgência antecedente.

A técnica da estabilização da tutela é baseada em dispositivos presentes no direito comparado, em especial no francês e italiano (SICA[17], *apud* BONATO, 2009)[18]. Convém, por ventura, associar que no direito brasileiro a sistemática da estabilização encontra sua origem e inspiração no procedimento adotado nas ações monitórias (SICA, 2015)[19]. Ora, por que a ação monitória assim se chama? O adjetivo *monitório* que qualifica o nome significa a técnica processual dado a um tipo de procedimento caracterizado pela expedição de uma ordem inicial de pagamento, com a inversão da iniciativa para provocar o contraditório[20]. Dessa feita, a técnica monitória baseia-se na construção de um procedimento calcado em duas coisas: a) a possibilidade de uma ordem liminar contra o réu; b) com a inversão da provocação para o contraditório.

O processo começa com uma ordem contra o réu e se *ele quiser*, poderá instaurar o contraditório. Assim, este é provocado pelo réu e não pelo autor.

Tal argumento tem intrínseca relação com a tutela provisória antecipada. O artigo 304 afirma que se a tutela provisória for concedida nos moldes do artigo 303 (com a concessão de uma ordem liminar) e o réu não a impugnar, o processo acaba, sendo assim extinto[21][22]. Veja bem, ao invés de ser declarada a revelia e o prosseguimento do feito (como é atualmente no Código de Processo Civil de 1973), o processo é extinto, sendo, porém, dado *efeitos estáveis* à tutela provisória anteriormente concedida.

Isso, nada mais é, do que a *estabilização* da tutela antecipada.

Nesse ponto, inaugura-se o procedimento das tutelas provisórias de urgência antecipadas antecedentes com a aplicabilidade do sistema inserido no ordenamento jurídico atual pelos artigos 303 e 304 do Novo Código. Para que uma eventual estabilização possa ocorrer alguns requisitos devem ser atendidos: a) que o juiz, diante do pedido de tutela provisória antecedente, tenha concedido a medida *inauta altera pars*; b) que o autor tenha mencionado expressamente no seu requerimento querer se valer da técnica do artigo 303, *caput*; c) que o réu, citado e intimado da decisão, opte por não interpor o respectivo recurso da tutela liminar antecipada concedida ao autor.

Consequência disso é a possibilidade de aplicação do §5º do artigo 303, o qual se mostra como grande protagonista do instituto das tutelas provisórias antecedentes satisfativas[23].

É fundamental, entretanto, que o autor indique em seu requerimento inicial que está valendo do instituto do artigo 303 para que o juiz, diante de uma inicial sumariamente delimitada, não a indefira de pronto. Acontece aqui uma especialização do procedimento que só se justifica se a demanda for formulada nos moldes do artigo 303, no qual um dos pressupostos é que o demandante *expressamente* tenha afirmado tal opção.

Percebe-se que o juiz ao deferir a tutela provisória liminarmente não decidiu se o autor tem ou não razão. Não tratou disso. O autor, em seu pedido sumário sequer chegou a confirmá-lo, fazendo o pedido final. Portanto, a extinção do processo trazida no §2º do artigo 303 se justifica em ser sem análise de mérito, terminativa, de modo que o direito não foi certificado pela jurisdição.

Dessa forma, o artigo 303 deixa ao autor claramente duas possibilidades. A primeira é pleitear exclusivamente a tutela provisória urgente satisfativa (antecipada), apenas indicando o pedido sumariamente, sujeito, então, à eventual extinção do processo. A segunda é desde logo requerer a tutela provisória satisfativa e, concomitantemente, mencionar o desejo de ver ao final do processo que seu pedido seja decidido mediante uma cognição exauriente^[24].

Apenas na primeira hipótese é que o autor estaria diante da possibilidade da técnica da estabilização. Na segunda, o autor ao mencionar desde logo seu desejo em obter uma cognição exauriente, deixa claro que busca com o processo que sobre seu pedido recaiam os efeitos da coisa julgada material (e não somente da estabilização da demanda).

Diante disso, com a possibilidade de a tutela provisória ganhar estabilidade acaso não seja impugnada pelo réu, questiona-se: Alguém deixará de impugná-la?

A resposta é positiva. Muito porque a sistemática de toda a concessão da tutela provisória antecipada satisfativa está, como dito anteriormente, atrelada ao raciocínio dado às ações monitórias.

O custo do processo para o réu que impugna é mais alto. Acaso opte pelo silêncio, possui o benefício econômico de não pagar as custas do processo e pagar honorários advocatícios pela metade. O processo acabará mais depressa, livre do ônus financeiro de uma lide comum.

Por fim, a qualquer das partes é dado o prazo de dois anos para rediscutir a demanda, não sendo necessária a demonstração de qualquer razão específica para tanto (como ocorre nas hipóteses taxativas de ajuizamento de ação rescisória). Trata-se de mero desarquivamento dos autos.

Assim, deflagra-se que estabilidade de coisa julgada são estabilidades diferentes (SICA, 2015). A coisa julgada torna indiscutível a declaração judicial, ou seja, o direito declarado pelo juiz se torna inquestionável. Já a estabilidade da tutela provisória antecedente satisfativa, sem impugnação do réu, não é a estabilidade do direito, até mesmo porque o direito em si não foi discutido. O que estão então estabilizados são os seus *efeitos*. A estabilidade pressupõe que o autor tenha se valido do artigo 303 e *não queira a coisa julgada*. Por outro lado, se o autor afirma que quer a liminar, mas também quer o prosseguimento do processo, caso o réu não impugne a liminar, deve afirmar isso desde já na petição inicial, não podendo posteriormente requerer a estabilização (GRINOVER, 2005)[25].

Por outro lado, se o réu, ao ler a petição inicial percebe que o autor se vale do mecanismo do artigo 303 (possibilidade de estabilização), sem exigir a apreciação da coisa julgada, já está informado que se acaso não responda, recorra ou impugne a decisão, o processo necessariamente irá terminar.

Mecanismo louvável da legislação, pois isso nada mais é do que a concretização do princípio da não surpresa, dando ao réu a segurança sobre o que vai acontecer em qualquer das posturas que resolva tomar. O demandado tem que ter condições de saber os prejuízos de suas eventuais condutas (CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, 2015)[26].

Por fim, não tendo o autor aditado e tampouco o réu impugnado, o melhor entendimento é de que prevalece (*a priori*) a estabilização.

É importante anotar que a estabilização, por opção do legislador e até mesmo pela natureza das tutelas, não se aplica às tutelas provisórias de evidência, às tutelas provisórias cautelares e às tutelas provisórias concedidas em caráter incidental (SICA, 2015)[27].

1.1.3. As formas de efetivar a decisão jurisdicional concedida em sede de tutela provisória antecipada.

Nesse ponto do ensaio, chega-se ao seguinte questionamento: acaso não cumprida pelo réu as determinações que a tutela provisória antecedente satisfativa concedeu ao autor e, não tendo este impugnado, sabendo que o processo iria se estabilizar, diante da extinção do feito, como poderá o demandante exigir daquele que não possui coisa julgada a efetivação da medida? Trata-se de execução, de cumprimento de sentença? Mas o processo não está extinto? Deverá o demandante submeter-se aos trâmites (não menos morosos) dedicados à execução provisória de decisões?

Ora, pela leitura sistemática dos artigos, denota-se que o magistrado, incitado pela parte, deverá socorrer-se dos mecanismos do cumprimento da sentença, conforme já instrui a leitura do artigo 297 e parágrafo único do Novo Código.

Assim, tratando-se de obrigação de pagar quantia certa, fazer ou não fazer, bem como entregar, utiliza-se os meios de efetivação das decisões provisórias, em que pese não haja ainda uma decisão provisória e o processo já esteja extinto.

A respeito da efetivação, pelo teor do artigo 297, do Novo Código, “o juiz poderá determinar as medidas que considerar adequadas para a efetivação da tutela provisória” e o parágrafo único segue afirmando que “a efetivação da tutela provisória observará as normas referentes ao *cumprimento provisório* da sentença, *no que couber*”. Isso demonstra a consagração da regra da *atipicidade* da efetivação da tutela provisória, na medida em que

é dado ao magistrado inúmeros meios coercitivos para tanto, tais como, aplicação de pena de multa, requisição de força policial, etc. Resumidamente falando, tudo aquilo que o juiz pode fazer para efetivar a sentença, também pode para a tutela provisória (CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, 2015)[28].

Nesse sentir, é claro que a efetivação das tutelas provisórias antecipadas encontra respaldo no poder geral de cautela, sendo que seu limite está atrelado à legalidade. Ora, o juiz, na busca de efetivar o direito da parte, diante deste “cheque em branco” depositado por força do artigo 297, não poderá ser arbitrário, mesmo porque sua decisão necessariamente terá que encontrar respaldo no pedido da parte (princípio da demanda) e no ordenamento jurídico.

Anota-se, porém, que, em que pese a efetivação da tutela provisória observar as regras atinentes ao cumprimento provisório de sentença, é necessário ter em mente a natureza *urgente* da tutela buscada em juízo. Razão não haveria de o cumprimento de tutela de urgência submeter-se ao rito normal de execução provisória acaso isso traga o risco de tornar ineficaz a medida (já buscada em sede de urgência).

Mostra-se aqui salutar o pleno entendimento da parte final do parágrafo único do artigo 297, quando informa que o juiz aplicará o procedimento da execução provisória “no que couber”. Assim, quando houver urgência, a melhor técnica indica que para a efetivação, a fim de tornar a medida o mais eficaz possível, o juiz deve adotar condutas compatíveis com a pressa do requerimento. Caso contrário, em estas comprometendo a rapidez processual, deverá adotar outras medidas mais adequadas (calcado no poder geral de cautela), a depender do caso concreto.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na medida em que o Novo Código de Processo Civil se propõe a ser um código de Constitucionalização do processo civil, comprometido

com a efetividade da tutela jurisdicional, não há como deixar de contemplar num livro próprio, com características e regras particulares, a tutela provisória.

Enquanto o processo de conhecimento, pelo procedimento comum ou especial, e o processo de execução estão voltados à tutela definitiva, a tutela provisória está comprometida com alguns valores, como a *urgência* e a necessidade de prestação de uma tutela jurisdicional *efetiva*.

Contudo, reconhecemos que tudo aquilo que é novo e desconhecido sempre perturbará. Pelo menos enquanto não se tornar familiar deixando de causar estranhamento. É por essa razão, abordar tema tão caro para a processualística brasileira é de extrema importância, vez que possibilita a racionalização dos mecanismos processuais que são dados ao operador diante dos inúmeros questionamentos que a casuística diária proporciona.

Percebemos que as alterações legislativas abordadas neste estudo almejam, sobretudo, atribuir maior celeridade no curso do processo.

No entanto, a pretensão de maior efetividade não pode ficar a cargo tão somente de abstratas alterações da lei. Muitos outros fatores tão importantes – senão mais importantes até – devem ser levados em consideração para que se alcance um modelo ideal de duração razoável do processo.

É por isso, e não com menor razão, que críticas emergem de toda parte. Concordamos que sem funcionários suficientes, capacitados, com uma estrutura administrativa e logística eficaz de nada adiantam profundos avanços na legislação fria, abstrata e distante da realidade forense.

Nesse sentido, além de saber operar, entender e buscar pela luta de um devido processo legal efetivamente constitucional deve-se atentar para o sistema como um todo, pois sem este, funcionando na engrenagem

necessária para o andamento da máquina, infrutíferos serão os avanços da academia.

Por fim, resta-nos neste momento histórico esperar ansiosos pelas nuances que os casos concretos trarão às partes do processo e aos operadores do direito. Só a partir da aplicabilidade concreta da lei é que se poderá *in concreto* senti-la, verificando suas verdadeiras lacunas, para só então permitir uma atividade criativa de qualidade.

Não se pode perder de vista que uma lei está a serviço dos jurisdicionados (e não dos intérpretes ou magistrados), razão pela qual só adquire sentido na aplicação, isto é, no dia-a-dia das práticas jurídicas que envolvem a comunidade de sujeitos.

As partes devem cada vez mais protagonizar o direito, não deixando tal tarefa ao alvedrio exclusivo dos magistrados. Essa orientação é inclusive uma das veias do princípio fundamental processual do contraditório, verdadeira cláusula geral do ordenamento processual que se inicia.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Juarez de Oliveira. Responsável 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. 168 p. Série disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm.

PROCESSO CIVIL. Lei 5.869, de 11 de jan. de 1973. **Código de Processo Civil**. Brasília, mar. 2016. Disponível em: Disponível em: . Acesso em: 01 mar. 2016.

PROCESSO CIVIL. Lei 13.105, de 16 de mar. de 2015. **Código de Processo Civil**. Brasília, mar. 2016. Disponível em: Disponível em: . Acesso em: 01 mar. 2016.

CALAMANDREI, Piero. “*Introduzione allo Studio sistemático dei provvedimenti cautelari*” in **Opere Giuridiche**, vol. IX, ed. Morano, Napoli, 1983, p. 171.

DIDIER JR., Fredie; PEIXOTO, Ravi. **Novo Código de Processo Civil: Comparativo com o Código de 1973**. Salvador: Jus Podivm, 2015. p. 180-187.

DIDIER JR., Fredie. Tutela Provisória. In: DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de direito processual civil : teoria da prova, direito probatório, decisão precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 10. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015. p. 561-630. v. 2.

FIGUEIREDO, Simone Diogo Carvalho (Org.). **Novo código de processo civil anotado e comparado para concursos**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 292-307.

GRECO, Leonardo. A tutela de urgência e a tutela de evidencia no Código de Processo Civil de 2014/2015. **Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP**, Rio de Janeiro, v. XVI, p. 296-324, dez. 2014.

GRINOVER, Ada Pellegrini. “Proposta de Alteração do Código de Processo Civil – Justificativa”. **Revista de Processo**, n. 86, v. 22, abr-jun/1997, p. 191-195.

GRINOVER, Ada Pellegrini. “Tutela jurisdicional diferenciada: a antecipação e sua estabilização”. **Revista de Processo**, n. 131, v. 30, mar/2005, p. 11-37.

PROCESSO CIVIL. Lei n. 13.105, de 16 de mar. de 2015. Código de Processo Civil Brasileiro. **Novo Código de Processo Civil**. de Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Fabiana Dias da Rocha. Saraiva. São Paulo, p. . Mês 2015.

SICA, Heitor. “Doze problemas e onze soluções quanto à chamada ‘estabilização da tutela antecipada’” in **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**. ed. 55, 2015, p. 90-108.

NOTAS:

[1] A lei 13.015 de 16 de março de 2015 introduziu o Novo Código de Processo Civil Brasileiro, estando ainda em período de *vacatio legis*. Sua previsão de entrada em vigor é a partir de 16 de março de 2016.

[2] GRECO, Leonardo. A tutela de urgência e a tutela de evidência no Código de Processo Civil de 2014/2015. **Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP**, Rio de Janeiro, v. XVI, p. 298, dez. 2014.

[3] Característica elencada por CALAMANDREI, Piero. “*Introduzione allo Studio sistematico dei provvedimenti cautelari*”. In **Opere Giuridiche**, vol. IX, ed. Morano, Napoli, 1983, p. 171.

[4] Assim, classificou Leonardo Greco, na publicação “A tutela de urgência e a tutela de evidência no Código de Processo Civil de 2014/2015”. **Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP**, Rio de Janeiro, v. XVI, p. 299-300, dez. 2014.

[5] Ob. cit. p. 299-301.

[6] Código de Processo Civil, 2015, Art. 295: A tutela provisória requerida em caráter incidental independe do pagamento de custas.

[7] GRECO, Leonardo. A tutela de urgência e a tutela de evidência no Código de Processo Civil de 2014/2015. **Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP**, Rio de Janeiro, v. XVI, p. 310-311, dez. 2014.

[8] DIDIER JR., Fredie. Tutela Provisória. In: DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de direito processual civil : teoria da prova, direito probatório, decisão precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 10. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015. p. 562. v. 2.

[9] Ob. cit. p. 563.

[10] GRECO, Leonardo. A tutela de urgência e a tutela de evidência no Código de Processo Civil de 2014/2015. **Revista**

Eletrônica de Direito Processual - REDP, Rio de Janeiro, v. XVI, p. 310, dez. 2014.

[11] Código de Processo Civil, 2015, Art. 294: A tutela provisória pode fundamentar-se na urgência ou evidência.

[12] DIDIER JR., Fredie. Tutela Provisória. In: DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; DE OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de direito processual civil : teoria da prova, direito probatório, decisão precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. 10. ed. Salvador: Jus Podivm, 2015. p. 567. v. 2.

[13] Código de Processo Civil, 2015, Art. 300, §3º. A tutela de urgência de natureza antecipada não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.

[14] Constituição Federal de 1988, Art. 5º, inciso XXXV: A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

[15] GRECO, Leonardo. A tutela de urgência e a tutela de evidencia no Código de Processo Civil de 2014/2015. **Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP**, Rio de Janeiro, v. XVI, p. 313, dez. 2014.

[16] Código de Processo Civil, 2015, Art. 311, Parágrafo único: Nas hipóteses dos incisos I e III, o juiz poderá decidir liminarmente.

[17] SICA, Heitor. “Doze problemas e onze soluções quanto à chamada ‘estabilização da tutela antecipada’” *in* **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**. ed. 55, 2015, p. 92.

[18] O projeto se inspirou em alguns aspectos do regime geral das *ordonnances de référé* (arts. 484 a 492) e em outros das *ordonnances sur requête* (arts. 493 a 498). No tocante à inspiração italiana, alguns elementos referentes à estabilização são oriundos dos arts. 186-ter e quarter, com redação dada pelas leis 353/1990 e 263/2005, e do art. 669-octies, com redação dada pelas Leis n.º 80/2005 e 69/2009.

[19] SICA, Heitor. “Doze problemas e onze soluções quanto à chamada ‘estabilização da tutela antecipada’” in **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**. ed. 55, 2015, p. 97.

[20] ADA PELLEGRINI GRINOVER invocou a aproximação entre a técnica da estabilização e a apresentada no processo monitorio ao elaborar seu primeiro Anteprojeto, em 1997, a qual propunha a alteração do Código de Processo Civil, publicado na **Revista de Processo Civil**, n.º 86, p. 191-195.

[21] Código de Processo Civil de 2015, art. 304: A tutela antecipada, concedida nos termos do [art. 303](#), torna-se estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso.

[22] Código de Processo Civil de 2015, art. 303: Nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo.

§ 1º Concedida a tutela antecipada a que se refere o caput deste artigo:

§ 2º Não realizado o aditamento a que se refere o inciso I do § 1º deste artigo, o processo será extinto sem resolução do mérito.

[23] Código de Processo Civil de 2015, art. 303, § 5º O autor indicará na petição inicial, ainda, que pretende valer-se do benefício previsto no caput deste artigo.

[24] SICA, Heitor. “Doze problemas e onze soluções quanto à chamada ‘estabilização da tutela antecipada’” in **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**. ed. 55, 2015, p. 92.

[25] GRINOVER, Ada Pellegrini. “Tutela jurisdicional diferenciada: a antecipação e sua estabilização”. **Revista de Processo**, n. 131, v. 30, mar/2005, p. 11-37.

[26] Código de Processo Civil, 2015, Art. 10: O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

[27] SICA, Heitor. “Doze problemas e onze soluções quanto à chamada ‘estabilização da tutela antecipada’” *in* **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**. ed. 55, 2015, p. 92.

[28] Código de Processo Civil, 2015, Art. 536, CPC: No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente.

§ 1º Para atender ao disposto no caput, o juiz poderá determinar, entre outras medidas, a imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial.

CRÍTICAS AO CRIME DE EMBRIAGUEZ AO VOLANTE: UMA ANÁLISE À LUZ DE PRINCÍPIOS PENAIS TRADICIONAIS

AUGUSTO CÉZAR LOPES CUNHA: Graduado em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba.

RESUMO: O artigo 306, da Lei n. 9.503/1997 (Código de Trânsito Brasileiro), tipifica como crime a conduta de embriaguez ao volante, à qual comina a pena de detenção, de 6 meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor. Referido delito passou por uma série de alterações ao longo dos anos, as quais agravaram o tratamento penal da matéria, com o objetivo de combater os números alarmantes de acidentes associados ao consumo de álcool. Todavia, algumas dessas mudanças apresentam questões controversas, razão pela qual são objeto de críticas doutrinárias que declaram sua incompatibilidade com os princípios penais da lesividade, responsabilidade penal subjetiva e consunção. Nesse contexto, o presente estudo busca investigar se o combate à embriaguez ao volante legitima a flexibilização de referidos postulados. Empregado o método de abordagem indutivo, foi possível constatar que o crime em estudo é classificado como de perigo abstrato e que tutela bem jurídico supraindividual, elementos que não se mostram compatíveis com princípios do Direito penal tradicional, evidenciando que a proposta legislativa se legitima como uma exigência político-criminal hodierna. Referida exigência impõe a transformação do Direito penal, a fim de que seja instrumentalizado, tornando-se hipertrofiado, simbólico e destituído das garantias penais. Por outro lado, a redução dos índices de acidente de trânsito associados ao consumo de álcool mais parece estar associada ao incremento da fiscalização do que à eficácia da alteração legislativa, colocando em xeque a necessidade de deformação do Direito penal. Conclui-se que o combate às condutas transgressoras sem resultado deve ficar a cargo dos demais ramos do Direito.

Palavras-chave: Embriaguez; Trânsito; Direito penal.

1 Introdução

O artigo 306 da Lei nº. 9.503/97 tipifica a conduta de “Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência”, estabelecendo, em seu preceito secundário, as penas de detenção, de 6 meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor (BRASIL, 2017).

Trata-se de crime: comum e doloso, cujo núcleo é o verbo ‘conduzir’, significando o ato de pôr o veículo em movimento, mediante o acionamento do motor. Ainda da análise do verbo, é possível concluir tratar-se de crime comissivo – já que se exige uma conduta positiva do agente – bem assim instantâneo, dando-se a consumação em um momento determinado (HABIB, 2015).

Todavia, certos aspectos da classificação doutrinária do delito despertam algumas dificuldades quando cotejadas com princípios tradicionais do direito penal. No presente estudo, buscar-se-á analisar referidos aspectos e identificar a incompatibilidade e os princípios violados, na tentativa de esclarecer o que impulsiona esse processo e se ele se afigura legítimo.

2 Aspectos controversos do crime de embriaguez ao volante

Inclina-se a doutrina majoritária a apontar que o bem jurídico objeto de proteção do artigo 306, CTB, e, de um modo geral, de quase todos os crimes previstos no Código de Trânsito é, primariamente, a segurança viária, bem jurídico de natureza supraindividual e de caráter indisponível (HABIB, 2015). Todavia, cumpre destacar a divergência suscitada por Leonardo Schmitt de Bem (2015), para quem os tipos previstos na Lei n. 9.503/97 devem tutelar a vida, a integridade física e o patrimônio daqueles que participam do trânsito, isto é, bens jurídicos de natureza individual, ainda que pertinentes a um número indeterminado de pessoas.

Para este autor, a segurança viária não é um bem jurídico real, senão que uma ficção jurídica, cuja consagração como objeto de tutela do direito penal implica na expansão da pena. Tanto é assim que qualquer

transgressão às regras de trânsito, ainda que não sujeite a perigo real àqueles bens individuais, pode ser considerada lesão à segurança viária, sem que esta tenha seu conteúdo necessariamente definido.

Assim, cria-se um bem jurídico fictício que possibilita a antecipação do poder punir, sujeitando à persecução penal comportamentos transgressores, ainda que à revelia de perigo ou de dano a bens jurídicos reais. Bem (2015) observa ainda que as consequências dessa ficção são severas, visto que os objetos de tutela do direito penal têm por função limitar o poder de punir, e não expandi-lo, e que a obediência ao princípio da lesividade se dá apenas de forma aparente.

No entanto, a jurisprudência filia-se, sem maiores problemas ao entendimento dominante, admitindo o concurso de crimes, inclusive material, entre a conduta tipificada pelo artigo 306 e aquelas tipificadas pelos artigos 302 e 303 do CTB, respectivamente, homicídio e lesão corporal, ambos culposos e praticados na direção de veículo automotor. Tal entendimento só é possível ao se admitir que os tipos referidos tutelam bens jurídicos distintos – a saber, de um lado, a segurança viária, e de outro a vida e a integridade física – derogando o princípio da consunção, segundo o qual crime de dano afastaria o de perigo (BEM, 2015).

Outro aspecto controverso do delito em análise refere-se ao seu enquadramento como crime de dano ou de perigo, conforme o grau de ofensa por lei exigido à concretização do *ius puniendi* estatal. Doutrinariamente, crime de dano é aquele que exige, para a sua consumação, lesão efetiva ao bem que tutela, ao passo em que o de perigo, subdividindo-se em crime de perigo abstrato e de perigo concreto, refere-se à exposição do bem à mera possibilidade de dano. Quanto às subespécies, eis que se diferem no que diz respeito ao aspecto probatório, sabendo-se que o crime de perigo abstrato dispensa a demonstração do perigo em juízo, porquanto é a lei que o presume (CAPEZ, 2016).

A redação original do artigo 306 tipificava a conduta de “*Conduzir veículo automotor, na via pública, sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem*”(BRASIL, 2017, grifo nosso). Tratava-se, portanto, de infração

penal de perigo concreto, exigindo-se, no bojo da instrução processual, a demonstração da exposição da incolumidade de outrem à perigo, sob pena de atipicidade da conduta (BEM, 2015).

Ocorre que a Lei nº. 11.705/2008, impulsionada pelo clamor popular, operou modificação na conduta tipificada, para então incriminar o ato de *“Conduzir veículo automotor, na via pública, estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas, ou sob a influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência”* (BRASIL, 2017).

Nesses termos, a nova redação do delito do artigo 306 passou a prescindir da demonstração de perigo, passando a se enquadrar na definição de crime de perigo abstrato (BEM, 2015). Tal classificação permanece até os dias atuais, conforme tipificação mais recente ofertada pela Lei nº. 12.760/2012 (HABIB, 2015).

Todavia, os crimes de perigo abstrato, muito embora se apresentem como principal mecanismo legislativo de enfrentamento à impunidade, parecem revelar uma incompatibilidade insuperável com os alicerces do direito penal, em especial com o princípio da lesividade, o qual tem por desiderato selecionar o objeto do direito penal dentre as condutas mais gravosas perpetradas contra os bens jurídicos mais importantes (HABIB, 2015).

Assim, das vertentes do princípio comumente apontadas pela doutrina, destaca-se aquela segundo a qual é proibido incriminar condutas que, embora desviadas, não afetem bem jurídicos alheios. Trata-se de valiosa herança iluminista, cuja função não é senão a de constituir divisas claras entre o direito e a moral, a vedar a incriminação de condutas que não repercutem diretamente sobre bens jurídicos reais, ainda que a sociedade as encare com desprezo (GRECO, 2010).

No que se refere aos crimes de perigo abstrato, a reprimenda penal não pressupõe lesão ou perigo real ao bem tutelado, visto que é a lei que, mediante presunção absoluta, realiza, para além da conduta perpetrada pelo agente, o elemento faltante para a consumação do delito. Vale dizer, o

agente concorre com apenas um dos elementos do tipo, cabendo à lei suprir a exigência trazida pelo princípio em estudo, o que fará mediante presunção que não admite prova contrária (HABIB, 2015).

Até mesmo o elemento subjetivo da conduta é relegado, sabendo-se que, nos crimes dessa natureza, exigir-se-ia a vontade livre e consciente do agente de expor o bem jurídico a perigo. Todavia, cumprindo à lei satisfazer tal requisito, torna-se irrelevante o móvel psicológico que orienta o agente no caso, bastando que sua conduta objetivamente se subsuma ao tipo. Portanto, posto que dispensam a exposição de bens jurídicos a perigo real, os crimes de perigo abstrato não se coadunam com princípio da lesividade e da responsabilidade penal subjetiva, dogmas clássicos do direito penal (HABIB, 2015).

Assim, demonstrado que a ficção jurídica da tutela do bem coletivo e a transformação do artigo 306 em crime de perigo abstrato legitimam o recrudescimento do tratamento penal – à revelia mesmo de princípios de garantia clássicos do direito penal – faz-se necessário compreender o contexto em que tais mudanças ocorrem, para que, então, seja possível explicar o tratamento destinado à embriaguez no trânsito.

De acordo com Gomes e Bianchini (2002), com a ascensão do modelo social de Estado (assistencial e intervencionista), houve uma hipertrofia irracional do Direito penal, provocada pela criminalização excessiva de condutas moralmente indesejáveis. Isto é, em virtude da sua eficácia coercitiva e elevada carga simbólica, o Direito penal passou a ser o principal mecanismo de controle social, em processo exemplificado pela tutela penal de bens jurídicos supraindividuais.

Tais bens jurídicos, como é o caso da segurança viária, cujo conteúdo não se pode precisar, provocam a expansão demasiada do poder punitivo, ao contrário do que ocorre com os bens de titularidade individual, que têm a finalidade de limitar o poder de punir estatal (BEM, 2015).

Assim, com a tutela penal de bens coletivos, o modelo clássico, comprometido com a limitação do poder punitivo, foi desfigurado, substituindo o indivíduo pela sociedade no eixo do sistema. Nesse contexto,

o Estado, a pretexto de garantir bens jurídicos de titularidade coletiva, passa a dispor de princípios individuais de garantia, instrumentalizando o ser humano em favor da proteção do coletivo (GOMES; BIANCHINI, 2002).

Todavia, estes autores afirmam que o Direito penal, hipertrofiado é ineficaz, considerando o déficit operacional que o acomete, a saber, o número de delitos que adentram o sistema é maior que sua capacidade de reação. E não dando mais conta da proteção de bens jurídicos fundamentais, revela a sua nova finalidade: a de tranquilizar a opinião pública.

Trata-se do Direito Penal Simbólico, a cujo respeito afirmam os autores (p. 105):

Não são poucas as leis que estão assumindo essa forma patológica de expressão do direito, especialmente as que contemplam uma criminalização exageradamente antecipada em relação à lesão do bem jurídico, o que ocorre com frequência para a prevenção de 'riscos' aos bens 'coletivos' ou 'supraindividualizados'.

A consequência desse fenômeno, dado o déficit operacional a que se fez referência, é o descrédito, a médio prazo, do poder de coerção das proibições da legislação penal, muito embora, a curto prazo, atenda às exigências sociais de prevenção de riscos do mundo globalizado, gerando uma sensação de alívio e segurança à opinião pública. (GOMES; BIANCHINI, 2002).

Este é exatamente o panorama que se tem no que concerne ao delito previsto no art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro. Segundo Jesus (2010), em 1980, a conduta de dirigir veículo sob a influência de álcool era tratada como mera contravenção penal, em tipo previsto no art. 34 da LCP. O Código de Trânsito dispensou novo tratamento à conduta, mais gravoso, seja por destinar-lhe, sob certas circunstâncias, a natureza de crime, seja por cominar pena sensivelmente maior.

A lei 11.705/2008 suprimiu o caráter de crime de perigo concreto, para permitir a punição do autor da conduta, independentemente da

exposição a perigo de bens jurídicos de quem quer que seja. Contudo, já àquele tempo, advertia o autor citado para o fato de que o recrudescimento acrítico do tratamento penal apenas atinge o escopo anunciado, qual seja, o de reduzir a ocorrência de acidentes de trânsito causados pelo consumo de álcool, à custa do aumento momentâneo da fiscalização.

De fato, os dados apontam uma redução de 16% dos acidentes fatais na Capital do Estado de São Paulo, ao passo em que, nos demais municípios do mesmo Estado, onde a fiscalização é menor, a redução foi apenas de 7,2% (ANDREUCCETTI, 2017). Assim, embora o resultado seja positivo, trata-se de diminuição ainda pequena e de nexo causal demasiadamente incerto (dado que os números podem ser mais propriamente explicados pelo incremento dos processos fiscalizatórios do que pela exasperação da resposta penal) para que se justifique o endurecimento da lei, à custa da deformação do núcleo duro de garantias do Direito Penal.

Nestes termos, uma das soluções apontadas por Gomes e Bianchini (2002) é a de que infrações sem vítimas determinadas, sem resultado e que tutelam meras ideologias sejam descriminalizados, restando os demais ramos do Direito como mecanismos de controle. De outra sorte, o homicídio e a lesão corporal, verdadeiros crimes de dano, e, ainda, os crimes de perigo, desde que não se prescindia da demonstração do perigo concreto, continuariam a ser objeto do Direito Penal.

3 Conclusão

Realizadas as considerações doutrinárias acerca do crime de embriaguez ao volante, foi possível constatar que o tipo previsto no art. 306, do CTB, tem por objetivo tutelar o bem jurídico segurança viária, de titularidade coletiva e de natureza indisponível. Ademais, averiguou-se que, após a reforma legislativa realizada em 2008, o crime em estudo tornou-se de perigo abstrato, dispensando, em sede de instrução probatória, a demonstração da exposição da segurança viária a perigo real.

Todavia, referidas características não se compactuam com os alicerces do direito penal clássico, que vê, nos bens de tutela, função limitadora do poder punitivo estatal. É que a consagração da segurança

viária como objeto de proteção permite a antecipação da intervenção do direito penal, que passa a alcançar condutas sem resultado. Para além disso, permite a exasperação da reprimenda, na medida em que autoriza a acumulação formal e material entre o crime de perigo e os crimes de dano previstos nos artigos 302 e 303, do CTB, tudo com fulcro na tese de que aludidos tipos tutelam bens jurídicos diversos.

Derroga-se, assim, um princípio de prevenção de conflitos entre normas penais, a saber, o da consunção, permitindo que uma mesma conduta seja punida duas vezes, em clara violação da garantia constitucional de proibição do *bis in idem*. Não obstante, viola também o princípio da lesividade, considerando a natureza de crime de perigo abstrato, cujo efeito, ainda que de natureza colateral, é autorizar a punição de condutas ainda não ofensivas à vida, à integridade física ou ao patrimônio de terceiros, estes, sim, bens jurídicos reais e de conteúdo determinável.

Por fim, foi possível concluir que tais respostas legislativas, implementadas através de reformas sucessivas do Código de Trânsito, relativizam garantias penais clássicas, em um processo que se origina com a ascensão do modelo social de Estado, excessivamente intervencionista.

Contudo, a flexibilização de garantias penais é um preço alto demais a pagar por um resultado (redução do alto número de acidentes de trânsito associados ao consumo do álcool) possivelmente atribuível a uma causa diversa, qual seja, o incremento da fiscalização Estatal.

Nesse sentido, defende-se que os tipos de perigo abstrato, notadamente o previsto no art. 306, do CTB, sejam descriminalizados e relegados à tutela dos demais ramos do direito, a saber, o civil e o administrativo. Reserva-se, assim a *ultima ratio* do ordenamento à repressão das condutas concretamente ofensivas a patrimônio, vida e integridade física dos indivíduos, como sói ocorrer ante o influxo do princípio da lesividade.

Referências

BEM, Leonardo Schmitt de. Direito penal de trânsito. 3. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997. Disponível em: . Acesso em: 06 de fevereiro de 2017.

ANDREUCETTI, G. et al. Reducing the legal blood alcohol concentration limit for driving in developing countries: a time for change? Results and implications derived from a time-series analysis (2001-10) conducted in Brazil. Disponível em: . Acesso em: 6 de fevereiro de 2017.

CAPEZ, Fernando. Curso de direito penal, parte geral: (arts. 1º a 120). 20ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. 1 v.

GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. O direito penal na era da globalização: hipertrofia irracional (caos normativo), instrumentalização distorcionante... São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. 10 v.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. 12. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.

HABIB, Gabriel. Leis penais especiais: tomo III. Salvador: Editora Juspodivm, 2015.

JESUS, Damásio E de. Crimes de trânsito: anotações à parte criminal do código de trânsito (Lei n.9.503, de 23 de setembro de 1997). 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

UNIÃO ESTÁVEL E HERANÇA

HELOISA MARIA FERREIRA DURÃES: Analista em Direito do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Graduada pela Milton Campos - pós-graduada pela Newton de Paiva - Direito Público e Direito Social -. Pós-graduada pela Cândido Mendes - Direito Penal-Processual Penal e Direito do Consumidor.

RESUMO: A união estável se constitui a partir de uma situação de fato e o casamento é ato solene, válido após a celebração legalmente prevista. A união estável se prova pelos meios ordinários postos à disposição e há quem entenda que tal comprovação requeira ação própria e sentença - O matrimônio nasce com a simples certidão do registro civil. Enquanto o casamento é negócio jurídico, a união estável é uma relação de fato onde as pessoas optam por relacionamento alheio à tradição, sendo, para a Constituição da República e o Direito de Família, espécie do gênero entidade familiar. No presente trabalho será comparado a união estável e o casamento e o impacto dessas entidades quando aberta a sucessão.

Palavras-chave: O conceito de união estável, a [Lei Nº 9.278, de 10 de maio de 1996](#), STJ divulga 16 teses consolidadas no Tribunal sobre união estável, a herança na união estável.

Introdução

O conceito de união estável está descrito no art. 1.723 do Código Civil e corresponde a uma entidade familiar entre homem e mulher, exercida contínua e publicamente, semelhante ao casamento.

Atualmente, é reconhecida quando os companheiros convivem de modo duradouro e com intuito de constituição de família. Ela nasce do afeto entre os companheiros, sem prazo certo para existir ou terminar. Contudo, a convivência pública não explicita a união familiar, mas somente leva ao conhecimento de todos, já que o casal vive um relacionamento social, apresentando-se como marido e mulher.

O art. 1.724 do Código Civil estabelece:

As relações pessoais entre os companheiros obedecerão aos deveres de lealdade, respeito e assistência, e de guarda, sustento e educação dos filhos.

Estes são deveres e direitos que devem existir nessas relações pessoais. Tanto o dever de lealdade quanto o de respeito mútuo, provocam injúrias graves, quando descumpridos. Paralelamente à deslealdade está o adultério, quebrando o direito-dever de fidelidade. É certo que não existe adultério entre companheiros, porém, ambos devem ser leais. O direito-dever de respeito mútuo é descumprido quando um dos companheiros atinge a honra ou a imagem do outro com palavras ofensivas ou gestos indecorosos.

A legislação que rege as regras é a Lei 9.278/1996.

Nos tempos atuais, é notável o aumento de casais que adotam esse tipo de vínculo familiar, tanto pela facilidade, quanto pela praticidade e informalidade.

Em virtude disso, não foi diferente o comportamento do legislador constitucional na redação do § 3º do artigo 226, ao reconhecer a união estável como uma entidade familiar, já que a Constituição eleva a família como base da sociedade e, portanto, goza da proteção do Estado.

Diz a Constituição da República:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...]

§ 3º – Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

O art. [1.726](#) do [Código Civil](#) determina que, para efetuar a conversão da união estável em casamento, as partes devem requer ao juiz de direito, que, ante as circunstâncias, decretará a conversão. Em caso de deferimento judicial, é feito o devido assento no Registro Civil, dispensando-se dessa forma o processo de habilitação para o casamento. Verifica-se que é mais complicado

solicitar a conversão da união estável em casamento que se o casal se submetesse ao processo de habilitação para casamento. Isso porque a conversão automática é impossível, pois a lei não menciona que quem vive em união estável, por tanto tempo ou diante de certas circunstâncias, seja casado.

Além disso, o art. [1.727](#) do [Código Civil](#) explica que as relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato. Isso porque as pessoas impedidas de casar-se, por estarem separadas judicialmente ou de fato, estão excluídas dessa situação concubinária impura, pois não mantém qualquer relacionamento coabitacional com seu cônjuge.

Além de todas essas situações algo bem preocupante atinge os casais em união estável: a herança. Aberta a sucessão como fica a situação do companheiro ou da companheira?

Ao cônjuge sobrevivente foi concedida posição ao lado dos demais herdeiros necessários no que tange o aspecto sucessório. Contudo, tal entendimento não foi repassado ao companheiro sobrevivente e sua classificação é de herdeiro legítimo ou, como classifica Maria Helena Diniz^[1], sucessor regular somente em relação à “meação” do falecido relativa aos bens que foram adquiridos onerosamente na vigência da união estável.

Assim sendo, o companheiro e a companheira ficam numa situação cediça e de extrema inferioridade quanto à sucessão, diante do marido e da mulher. Note-se que a herança destinada ao companheiro sobrevivente é limitada aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, o que representa uma restrição, considerada injustificável por alguns doutrinadores. Há autores que querem uma pacificação (uma real e efetiva paridade jurídica) entre união estável e casamento.

Desenvolvimento

Para se caracterizar a união estável fazem-se necessários alguns elementos essenciais:

- a) Conviver publicamente: se entende como uma relação afetiva não clandestina, isto é, o casal é costumeiramente visto juntos frequentando os mesmos lugares, dando

demonstrações de afeto, morando na mesma casa. O que diverge de um simples caso amoroso onde os encontros são realizados secretamente para que ninguém saiba;

- b) Ato contínuo: a continuidade é vista como elemento diferenciador entre uma relação com os objetivos de constituir uma família e uma relação afetiva fugaz, passageira, como um namoro;
- c) Estabilidade: Este requisito quase se confunde com o anterior, mas há diferenças. A estabilidade está ligada diretamente a um relacionamento duradouro entre os conviventes, isto é, uma convivência duradoura. Observa-se que essa união perdura por tempo indeterminado.
- d) Objetivo de constituição de família: Esse elemento é intrínseco do instituto legal da união estável, já que o casal que vive em relação de companheirismo tem como objetivo a constituição de um núcleo familiar. Diferentemente do namoro, relacionamento instável que não goza do objetivo de constituição familiar.

Dito isso, vale a pena mensurar os elementos não essenciais à comprovação da união estável. O primeiro a ser mensurado é o tempo de convivência. Antes da vigência do Código Civil de 2002, era a Lei n. 8971 de 1994 que regia a matéria sobre a união estável. Através dessa legislação revogada, era necessária a comprovação de pelo menos 5 (cinco) anos de convivência para se caracterizar a união estável. Hoje, isto não vale mais, uma vez que tal comprovação levava a situações de injustiça, já que um dos conviventes poderia romper o relacionamento dias antes de completar os 5 (cinco) anos exigidos pela lei e assim descaracterizar propositalmente a união estável.

Outra exigência que havia na lei revogada era a existência de filhos, independentemente da quantidade. A não existência de filhos gerados entre os conviventes impossibilitava o reconhecimento da união estável. Na lei atual não se cogita tal hipótese uma vez que há companheiros estéreis.

O terceiro elemento que atualmente não é essencial para o reconhecimento da união estável é coabitação, isto é, que o casal viva sob o mesmo teto. Também essa figura não é indispensável para o reconhecimento da união estável, podendo o casal morar em casas separadas e mesmo assim ter a união estável reconhecida.

A Família é reconhecida constitucionalmente como a base da sociedade, tendo, portanto, proteção do Estado, conforme consta:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

Até a Constituição da República de 1988, o legislador e a doutrina se referiam e condicionavam a ideia de família à de casamento. Por isso, a união estável, ainda que calcada no afeto, amor, auxílio mútuo e demais princípios, era discriminada no âmbito legal, como reflexo do que se tinha pela moral da Sociedade. Com a Constituição da República de 1988, e, atentando às normas morais e costumes que iam se modificando, a união estável foi reconhecida como entidade familiar, momento em que o casamento deixou de ser a única forma existente de constituir família.

Sendo assim, os Direitos Sucessórios dos companheiros decorrentes da união estável, à luz das normas jurídicas contidas no Código Civil brasileiro começou a ocorrer com a promulgação da Constituição da República de 1988, que trazem no seu bojo o artigo 226, caput e parágrafo, cujo teor reconhece a união entre o homem e a mulher como entidade familiar, em consequência, gozando da proteção do Estado.

Vale reconhecer que, embora não haja obrigatoriedade de celebração de contrato para que seja reconhecida união de fato entre um homem e uma mulher, o Código Civil/2002 manteve a possibilidade, prevista anteriormente no art. 5º da Lei 9278/1996, de os companheiros celebrarem contrato escrito que venha dispor sobre o regime de bens que prevalecerá entre eles, já que a Lei Civil, no art. 1725, enunciou que “*Na união estável, salvo contrato*

escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens”.

Assim como no casamento civil, o legislador previu regras no tocante a restringir a união estável entre pessoas com grau de parentesco por laços de sangue ou por afinidade. Segundo o artigo 1723, § 1º do Código Civil, todas as regras impeditivas previstas no artigo 1521 do mesmo Código (impedimentos legais aplicáveis ao casamento) são aplicáveis à união estável.

Assim diz o artigo 1521 do Código Civil:

Art. 1.521. Não podem casar:

I – os ascendentes com os descendentes seja o parentesco natural ou civil;

II – os afins em linha reta;

III – o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante;

IV – os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive;

V – o adotado com o filho do adotante;

VI – as pessoas casadas*;

VII – o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.

A única ressalva que o legislador fez foi em relação ao inciso VI do citado artigo legal. Isso quer dizer que poderá configurar união estável entre pessoas casadas, desde que estejam separadas de fato ou judicialmente. É o que diz a Lei Civil:

Art. 1.723. (...)

§ 1º A união estável não se constituirá se ocorrerem os impedimentos do art. 1.521; não se aplicando a incidência do inciso VI no caso de a pessoa casada se achar separada de fato ou judicialmente.

Essa ressalva tem aplicação aos casais em processo de separação antes da vigência da Emenda Constitucional nº 66/2010, a qual instituiu o divórcio direto. Se assim não fosse, essas pessoas estariam presas ao processo de separação até o seu desfecho, já que a lei anterior prevê um lapso temporal até a decretação do divórcio. Portanto, não poderiam ter a união estável reconhecida com outra pessoa até o desfecho processual. Por toda lógica, quem está divorciado não encontra impedimento algum para ter a união estável reconhecida.

Quanto aos efeitos patrimoniais o Código Civil concede aos nubentes e aos companheiros a prerrogativa de estipularem os efeitos patrimoniais pertinentes ao casamento e à união estável. Na ausência de estipulação, aplicar-se-á o regime de comunhão parcial tanto ao casamento quanto à união estável.

Para muitos doutrinadores o Código Civil de 2002 tratou a situação união estável de forma superficial e ao invés de ampliar o direito, prejudicou o companheiro sobrevivente em relação ao cônjuge. Sendo assim, na legislação atual o companheiro sobrevivente concorrerá com parentes distantes, o que é reconhecida e juridicamente injusto.

Estabelece o art.1790 do Código Civil:

Art. 1790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:

I - se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;

II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles;

III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança;

IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.

Em sentido contrário, posiciona-se César Fiuza^[2]:

O Código Civil é incerto em sua redação, deixando margem à dúvida quanto à participação do companheiro na sucessão do outro. O caput do art. 1790 refere-se aos bens adquiridos, onerosamente, no transcorrer da união estável. Dá a entender que, em relação aos demais bens, o companheiro não participaria da sucessão, sendo, então, convocados os outros herdeiros [...] Por outro lado, os incisos III e IV do mesmo art. 1790 referem-se à herança do companheiro morto, dando a entender que o sobrevivente participaria da sucessão, não só quanto aos bens a que se refere o caput, como a todo o acervo hereditário [...] Em minha opinião, seria absurdo interpretar a norma no sentido de colocar o companheiro em situação inferior à do Estado. A se interpretar o art. 1790 apenas de acordo com seu caput, poderá ocorrer o caso em que o companheiro nada herdará, por não haver patrimônio adquirido a título oneroso durante a união estável. Supondo que haja outro patrimônio, este seria incorporado aos cofres municipais. Tal situação iria muito além das raias do absurdo [...] Assim sendo, por mais atípica que seja a sucessão do companheiro, a interpretação do art. 1790 e seus incisos deve ser favorável a ele, convivente [...]

A injustiça se apresenta claramente entre normas porque a Constituição da República de 1988 impôs o predomínio da igualdade e elevou a união estável à mesma situação que o casamento, todavia, no direito civil, especificamente na parte de sucessões, existe notoriamente um tratamento desigual dado ao cônjuge e ao parceiro.

A situação fica mais dramática se não houver ao menos uma escritura pública declaratória. Nesse caso, se uma das partes vem a óbito, seria ainda necessário entrar com uma Ação de Reconhecimento de União estável *Post mortem*, para assegurar os direitos sucessórios. Nesse caso, sem possibilidade de opção, o regime considerado será o parcial de bens.

Para se evitar tanto desgaste o ideal seria que o casal formalizasse a união estável. Assim, com a data inicial da união definida é possível provar, por exemplo, que um determinado bem foi adquirido na vigência da união estável do casal, o que garante o direito de meação do companheiro em caso de separação ou morte, a depender do regime de bens adotado. Outra vantagem proporcionada pela união estável formalizada está na possibilidade de incluir o companheiro (a) em plano de saúde oferecidos pelo empregador, ser beneficiário de seguro de vida ou pensão por morte do companheiro(a), clubes, financiamentos, abrir de conta conjunta em bancos e corretoras de valores, entre outros benefícios.

Quando se formaliza a união estável é possível declarar perante o Tabelião qual ao regime de bens que vigorará enquanto perdurar a união estável, lembrando que no silêncio dos declarantes será adotado o regime da comunhão parcial de bens, como obriga o Código Civil.

Cabe ressaltar que o convivente, ainda não tem direito à participação na herança do companheiro falecido quanto aos bens particulares (bens anteriores ao início da união estável) e também não participa quanto aos bens adquiridos de forma gratuita (como doações e herança).

Participa, contudo, sobre os bens comuns do casal adquiridos de forma onerosa, isto é, todo patrimônio adquirido pelo casal na vigência da união estável resultante de esforço mútuo.

Falecendo um dos conviventes ou com a dissolução da união estável, o outro automaticamente recebe metade do patrimônio conjunto, de acordo com o direito de meação (em caso de comunhão parcial de bens).

Entretanto, Código Civil em 2002, o legislador se omitiu quanto a(o) companheira(o), como segue:

Art. 1.831. Ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar.

Ocorre que a maioria dos estudiosos do Direito admite a aplicação do artigo 1831 à união estável. O respaldo vem da Constituição Federal que trata a união estável como uma entidade familiar.

Conclusão

O Código Civil de 2002 alterou e estabeleceu direitos dos conviventes em União estável, regulando as leis que já estabeleciam direitos deste instituto.

A Constituição Federal resguarda essa entidade familiar, em seu artigo 226, parágrafo 4º como exposto anteriormente. Todavia, deve-se ter claramente que a união estável não é casamento. Se algum dos conviventes não estiver satisfeito com os direitos conferidos, pode a qualquer momento casar-se, para poder gozar os mesmos direitos dos cônjuges. A situação fática é que os conviventes, após dissolverem a união, pleiteiam direitos inerentes ao casamento, o que não deveria ocorrer.

Um ponto interessante é verificar que a união estável foi tratada pelo Código Civil no livro IV do Direito de Família, matéria

que já era tratada pela jurisprudência e doutrina. Como se não bastasse, a união estável é também matéria discutida no Capítulo V do Código Civil no que trata do direito sucessório dos companheiros, mais especificamente no art. 1.790 e incisos, que trata dentro das disposições gerais, deixando o companheiro sobrevivente fora da ordem de vocação hereditária, ao contrário do que ocorria na lei 8.271/94 que inseriu o companheiro sobrevivente na 3ª ordem de vocação hereditária especial, ocorrendo retrocesso dos direitos dos companheiros. Em relação à lei 8.971/94 não se aplicam mais os direitos inerentes ao usufruto e a expressão da totalidade da herança, visto que o legislador ao redigir o Novo Código Civil, tratou da sucessão do companheiro por inteiro.

A conclusão é que a união estável ora é tratada como entidade familiar (CR) ora como outro instituto em que não se aplicam as regras dadas ao casamento. O que existe hoje é uma grande discussão para a reforma do art. 1.790 CC. Enfim, espera-se que ocorra um remédio eficaz para solucionar a questão sucessória do companheiro, enquanto isso cabe aos Tribunais brasileiros, através de decisões sensatas para julgar com equidade a lacuna deixada pelo legislador ao redigir a sucessão do Código Civil atual, aplicando de modo justo os direitos dos companheiros, verificando o princípio da isonomia constitucional.

Referências

BRASIL. *Código Civil, Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002.* http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988, http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm, consultado em 10 de janeiro de 2017, às 22h30min.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: Direito de Família.* 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

PEREIRA, Rodrigo Cunha. *Comentários ao Novo Código Civil. Da união estável, da tutela e a curatela.* Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CARVALHO, Luis Paulo Vieira de. Sucessão dos descendentes, sucessão dos cônjuges e sucessão na união estável. Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ), Trimestral, Número Especial, 2003.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. Instituições de Direito Civil. Direito das Sucessões. Vol. VI. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito civil, V 7. 4. ed. São Paulo. Atlas, 2004.

Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-uniao-estavel-e-os-direitos-sucessorios-no-ordenamento-juridico-brasileiro,48623.html>

Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/54046/a-heranca-na-uniao-estavel>

NOTAS:

[1] DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro Vol. 6: Direito das Sucessões. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 166.

[2] FIÚZA, César. Curso Completo Volume Único - 18ª Edição de 2015.

O SUPERENDIVIDAMENTO DO CONSUMIDOR ENVOLVENDO A QUESTÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

GLADSTON ALMEIDA CAJÁ: Bacharel em Administração de Empresas pelo CENTRO UNIVERSITÁRIO NEWTON PAIVA - BH, pós graduado em Direito Administrativo, Direito do Consumidor, Direito Constitucional e Gestão de Pessoas. Servidor do Ministério Público do Estado de Minas Gerais há 23 anos e ocupa a função de Agente Fiscal do PROCON-MG há 17 anos.

RESUMO: Esta pesquisa tem como objetivo primordial demonstrar que o fenômeno do superendividamento, haja vista a oferta desmedida de crédito no Brasil é fato consumado sendo este merecedor da tutela jurídica estatal. Nesse sentido cumpre definir previamente que o consumidor que se classifica com superendividado é aquele que convive em uma situação de risco social uma vez que não é mais capaz de honrar com seus compromissos e ao mesmo tempo está incapacitado de honrar até mesmo com as necessidades básicas de sua casa. No presente trabalho ficará demonstrado que isso além de afetar a dignidade do consumidor enquanto pessoa humana, é causa principal de exclusão social e até mesmo de empobrecimento e miserabilidade das famílias que não conseguem honrar seus compromissos com taxas de juros e cobranças muitas vezes abusivas e que por esse motivo, são merecedores da tutela jurídica civilista-constitucional, constituindo-se inclusive um dever do Estado tutelar os consumidores superendividado.

Palavras-chave: Superendividamento; Consumidor Superendividado; Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

ABSTRACT: This research has the primary objective to demonstrate that the indebtedness of the phenomenon, due to the excessive supply of credit in Brazil is a fait accompli which is worthy of state legal protection. In this sense should first be set to the consumer that ranks with superendividado is one who lives in a social risk since it is no longer able to meet their commitments and at the same time is unable to honor even the basic needs of home. In the present work will be shown that in

addition to affecting the consumer's dignity as a human person, is the main cause of social exclusion and even impoverishment and misery of families who can not meet its obligations with interest rates and charges often unfair and which therefore, are deserving of civil law and constitutional legal protection, becoming even a State duty superendividado protect the consumers.

Keywords: overindebtedness; Consumer superendividado; Principle of Human Dignity

1 Introdução

O que se nota nos dias atuais é que impera uma verdadeira cultura do consumo – herança do modelo americano e que nos dias atuais com a oferta de crédito maior (principalmente depois do governo Lula até pouco tempo do governo Dilma) e que atinge todas as classes sociais e também idades.

A oferta de crédito para consumo e aquisição de produtos e serviços se, realizado afrontando o Código de Defesa do Consumidor é um dos gatilhos que ensejam o endividamento.

Tal explica que não foi casual a grande crise que atingiu os Estados Unidos em 2007, no caso, a crise imobiliária, ameaçando a economia mundial e que tem entre seus principais personagens o endividamento das famílias americanas e nem se trata uma coincidência que nos últimos tempos cada vez mais se fala em “análise econômica do direito” que já passa a ser conhecida por AED.

O objetivo primordial deste artigo é verificar que o problema do superendividamento no Brasil, mesmo sendo vultoso o seu crescimento entre os consumidores com a febre de consumo que nos afligiu nos últimos tempos – excetuando algumas exceções e casos particulares, é uma questão que é encarada como (des)controle financeiro individual (e até mesmo um traço de personalidade que os especialistas no assunto denominam de “prodigalidade”. Dentre os objetivos específicos,

compreender as consequências para os fatores econômicos, sociais e jurídicos, advertindo-se que apenas os “superendividados passivos de boa-fé” merecem a tutela do Estado.

A importância do tema é por ser um fato real que aflige a sociedade brasileira, não restando a menor dúvida que se trata de um problema mais de natureza social e econômica, com base em análises que já foram realizadas inclusive, em países como a França. Trata-se de uma omissão que traz consequências diretamente à dignidade da pessoa (cidadão-consumidor) que frequentemente sem condições de suprir suas necessidades mais simples, como exemplo de saúde e alimentação e, pelo sutil nexos de causalidade da responsabilidade pela concessão do crédito, culpa-se e sofre pela situação.

2 O longo processo evolutivo do crédito até culminar no endividamento das sociedades contemporâneas

Iniciando o presente trabalho, primeiramente cuidaremos da definição de crédito que, nas palavras de Giancoli (p. 13, 2008), define-se como “operação de troca de bens, a qual concede a disposição efetiva e imediata de um bem econômico com vistas a contraprestação futura”.

Dessa forma, sustenta-se na mesma direção e pensamento Costa (p. 13, 2002) afirmando que:

Etimologicamente a palavra crédito provém do latim *credere*, que significa ter confiança. Mais precisamente, o crédito associa-se a duas noções, quais sejam, a confiança e o tempo. Define-se como a faculdade de inspirar confiança por uma duração mais ou menos longa. Desse modo, o crédito é caracterizado pela decorrência de um prazo entre a prestação do credor e aquela do devedor, o que somente é possível porque o credor acredita que o devedor cumprirá sua obrigação nos prazos conveniados.

Em um sentido etimológico, o termo “crédito”, tem suas origens no latim *credere* que, se defini por “ter confiança”. Assim, especificamente

falando, o termo crédito associa-se a duas noções, que são a confiança e o tempo.

Pode também conceituar-se com a faculdade de inspirar confiança por uma duração mais ou menos longa (COSTA, 2002).

Dessa forma, a característica principal do crédito é a decorrência de um prazo que incide entre a prestação do credor e aquela do devedor, o que somente é viável uma vez que o credor acredita, confia no devedor e no seu conseqüente cumprimento da obrigação segundo os prazos convençionados.

A oferta de crédito assim como aconteceu com a sua evolução, é um dos principais motores da economia segundo Giancoli (p. 13-47, 2008), uma vez que se constitui em indispensável instrumento de estímulo ao desenvolvimento social-econômico de todas as sociedades com o passar dos tempos.

Conforme se infere em trabalhos de historiadores, as primeiras evidências conhecidas sobre o nascimento de operações que tinham como base o crédito aconteceu ainda no período neolítico na antiguidade, sendo, portanto, anterior até mesmo a indústria e a cunhagem de moedas (COSTA, 2002).

Estudiosos acreditam que o crédito pode ter tido sua origem remota no sedentarismo agrícola do período neolítico, onde, provavelmente em razão de dogmas divinos, fato comum entre nossos antepassados que gerenciavam até mesmo comportamentos dos grupos, houve a proibição de empréstimo a juros.

No Código de Hamurabi, que é considerado um dos mais antigos e mais bem conservados códigos existentes, encontram-se inúmeras normas que regulamentavam as relações entre credores e devedores (COSTA, 2002).

Esse ordenamento jurídico trouxe uma evolução importante para o que se compreendia por direitos do consumidor e regramento das

relações jurídicas que foi o aparecimento da primeira referência a respeito de usura. Também na Grécia antiga, o crédito se mostrou fundamental para a economia sendo praticado nos templos e representando uma parte considerável dos lucros obtidos principalmente no comércio (COSTA, 2002).

Já na Roma antiga, que tinha dentre suas principais características um estímulo bastante intenso com relação às atividades comerciais principalmente com a expansão de terras, aquisição de gado, escravos e grande fluxo de dinheiro considerando-se que era até então o centro da economia global, o crédito teve atuação como grande propulsor da economia, surgindo, já naqueles períodos remotos grande desequilíbrio de ordem social levando-se em conta a exploração creditícia por parte da elite romana, que era constituída pelos patriciados em face dos plebeus, que eram a classe menos favorecida da sociedade constituída basicamente por trabalhadores pobres (GIANCOLI, 2008).

A usura figurou com um dos principais conceitos na economia romana que terminou editar a Lei das XII Tábuas que tinha em seu conteúdo normas jurídicas para regulamentar as relações de consumo e de crédito que acontecia entre as duas classes sociais anteriormente citadas.

Também entre os representantes da igreja católica condenavam severamente a prática da usura segundo seus pensadores, e a discussão envolvendo o tema não ficou apenas no campo religioso, mas nas relações civis e, principalmente como algo que dava a oportunidade de uma eventual condenação divina (GIANCOLI, 2008).

A igreja em sua posição ultraconservadora defendia regras severas condenando empréstimos a juros, permanecendo com esse posicionamento diante da questão da usura até meados do século XII.

A noção de condenação total da usura, sendo fruto da reforma que a igreja católica sofreu que terminaram com a criação dos movimentos luterano e calvinista, foi gradualmente mitigada pela defesa dos

empréstimos a juros como forma de desenvolvimento econômico (GIANCOLI, 2008).

Mesmo tendo rompido com a tradição que encarava tal situação como algo repreensível haja vista a sua gravidade aos olhos e a interpretação da igreja, a atividade econômica tendo como base o juro passou a ser vista não com tanta excessividade na cobrança dos mesmos.

Com base nessas informações, o que se conclui é que desde o início da humanidade o crédito, que, apesar de estar sendo visto como um vilão em tempos de volta da inflação e estagnação econômica no Brasil, teve um papel importante de ser o legítimo representante da mola propulsora da economia ao longo dos tempos (COSTA, 2002).

Com relação ao seu aspecto negativo, o endividamento ao longo do processo de desenvolvimento da humanidade em sua forma mais perversa é que deve ser considerado também (COSTA, 2002).

O aumento do crédito de fato só ocorreu a partir do século XIX, mesmo ele estando constantemente presente na história e no desenvolvimento econômico das sociedades e, principalmente a partir do século XX houve um aceleração vertiginosa principalmente com o advento do que hoje se conhece por vendas parceladas que teve sua origem nos Estados Unidos como instrumento de financiamento de aparelhos domésticos (COSTA, 2002).

Com isso, é importante dizer que nos Estados Unidos da América que se consagrou o crédito como grande motor de impulsionamento da economia em uma sociedade caracteriza por ser tipicamente de consumo e cultura do endividamento (COSTA, 2002).

Com isso, também é mérito dos norte-americanos a consolidação da venda a crédito como instrumento de melhoria na qualidade e no nível de vida, forma de alcançar status e inserção social que se fundem na aquisição de automóveis e outros bens eletrodomésticos e modismos.

Nesse sentido, afirma o professor Giancoli (p. 35, 2008) que:

Por se tratar do mercado mais antigo e mais desenvolvido do crédito moderno, os consumidores americanos são por excelência o espelho desse setor de atividade. Espelho para a profissão que lá vai procurar fontes de inovação; após a ideia de venda alienada, passando por técnicas de pontuação e métodos de pagamento.

Nessa mesma linha de pensamento, preleciona Magalhães apud Frade e Leitão Marques (p. 42, 2006) que:

A democratização do crédito remonta aos EUA, país que, antes dos países europeus ocidentais, deixou de interpretar o crédito como sinônimo de pobreza ou de prodigalidade para o encarar simplesmente como um meio de adquirir uma máquina de costura ou automóvel, transformando-o num mecanismo fundamental para dinamizar a economia nacional (Marques e Frade, 2003; Marques et al., 2000). De facto, a economia americana cedo compreendeu os efeitos positivos do crédito aos consumidores no plano macroeconômico, pelo que baseou grande parte do seu crescimento na expansão do crédito a particulares.

Mas o consumismo e a denominada “cultura a crédito” não é um costume consolidado apenas nos Estados Unidos. Também na Europa em sociedades mais desenvolvidas como a Inglaterra e a França, mesmo tendo bases ideológicas e passado por processos históricos diferentes do modo de vida americano, sendo que, nestes países, ao contrário do que acontecia na típica sociedade norte-americana, o começo do desenvolvimento das atividades creditícias destacou-se pelo pensamento e estigma que as classes mais abastadas criaram com relação ao crédito como sinônimo de pobreza ou prodigalidade (LEITÃO MARQUES, 2006).

É um pensamento que se transformou com o passar do tempo e também com o aprimoramento e o desenvolvimento das atividades econômicas.

Com uma peculiaridade muito interessante, o Velho Mundo viu consolidar-se a venda a crédito como uma alternativa para a aquisição de bens duráveis, principalmente móveis e automóveis, direcionando-se

dessa forma à clientela que buscava melhoria em sua qualidade de vida (LEITÃO MARQUES, 2006).

Era um tipo de crédito que os próprios comerciantes ofereciam (também os varejistas), bancos e demais instituições financeiras promovendo um desenvolvimento gigantesco, o que oportunizou, já naquele período os primeiros estudos que tratavam sobre a questão do superendividamento (LEITÃO MARQUES, 2006).

Assim, na década de 1960, mais precisamente em 1968 surgiu na Inglaterra um comitê que tinha como presidente Lord Crowther, que estimulou a necessidade de regulamentar e elaborar uma legislação melhor que cuidasse da venda a crédito na sociedade britânica.

O grande marco desse comitê é exatamente a publicação no início de 1971, denominado “Consumer Credit Act”, que trata sobre a regulamentação da situação dos empréstimos e também todo sistema de concessão de crédito da Inglaterra (COSTA, 2002).

Na França, no ano de 1954, teve seu surgimento o Conselho Nacional de Crédito com objetivo de regularizar a duração e também a quantia máxima de crédito com alimentação ao consumidor baseado em seu poder de compra e renda.

Posteriormente, as denominadas Leis Neirtz de meados de 1989 e também do último dia do ano de 1989 traçaram definições para as modalidades normativas, que até os dias atuais constituem a legislação principal que trata sobre o crédito ao consumidor na França (LEITÃO MARQUES, 2006).

De modo geral, o que se denota é que partindo de meados do século XX é o grande desenvolvimento das sociedades capitalistas movidas de forma essencial segundo a necessidade da aquisição de produtos pela massa de consumidores, como forma de melhoria de vida e ascensão social (COSTA, 2002).

Com tudo que foi exposto é possível inferir que o crédito tem um lado positivo e outro negativo. Simultaneamente enquanto ele pode ser um instrumento de desenvolvimento econômico e inclusão social, também ser um instrumento perverso de exclusão social no momento que é adquirido de forma excessiva e sem planejamento (COSTA, 2002).

Assim, o crédito traz para as pessoas felicidades na condição de consumidores, uma vez que a aquisição de bens e serviços muitos deles sonhados e que normalmente não estariam ao alcance, ao menos imediatamente dos consumidores, são indicadores de qualidade de vida, possuindo, portanto, conforme preleciona Marques (p. 15-19, 2000), “efeito hedonista, haja vista que possibilita ao mesmo adquirir, sem esperar e sem ter que dispor de imediato de parte de seus rendimentos, produtos e serviços desejados e necessários à família”.

Mas, vale lembrar que quando ele é contraído de maneira irresponsável, sem planejamento e de forma desmedida, o crédito, ao contrário do que se supõe, tem efeitos perversos e mecanismos que deveriam ser razão de inclusão social, passam a ser meio de exclusão social (LEITÃO MARQUES, 2006).

Costa (p. 89, 2002), o crédito pode transformar-se “em um flagelo que provoca pobreza e miséria”. Com isso, denota-se que o crédito tem ligação profunda com o superendividamento, sendo que a concretização da face negativa deste segundo Bertonecello (p. 9.29, 2010):

Historicamente, a concepção negativa do endividamento está ligada à concepção negativa do próprio crédito, fonte do endividamento. Afinal, o crédito surgiu ligado à noção de culpa e erro, era assimilado à usura e condenado por filósofos e doutrinas religiosas.

No Brasil o fomento do crédito teve seu início pouco antes da década de 50, com o surgimento da venda direta a crédito por lojistas aos consumidores. Desde esse momento delineou-se o cenário propício para que se desenvolvesse uma cultura de endividamento e também o fenômeno do superendividamento do consumidor brasileiro, conforme será visto na segunda parte deste trabalho.

2.1 O quadro creditício disponível ao consumidor e o estudo do fenômeno do superendividamento no Brasil

Sobre as primeiras iniciativas de inserção de crédito ao consumidor por lojistas, com dito anteriormente na década de 1950, segundo denota-se em Stumer (p. 59, 1992), a saber:

A concessão ao crédito era demorada, trabalhosa e complexa. O candidato ao crédito preenchia um longo cadastro de informações, entre elas indicando o armazém onde realizava compras, o seu alfaiate e, eventualmente, outras lojas onde comprava a crédito. A loja, por sua vez, possuía um quadro de funcionários com a função chamada de informante que (...) percorriam, diária e pessoalmente os locais indicados em busca de informações sobre o crédito da pessoa. O setor de crediário dessas lojas pioneiras possuía cadastro de grande número de pessoas, o que fazia com que ficassem, no início de cada manhã, apinhados de informantes de outras lojas em busca de dados e informações dos clientes já por ela cadastrados.

Com o advento da reforma que aconteceu no sistema financeiro no ano de 1965, iniciou-se a modernização do crédito no Brasil, onde um dos principais acontecimentos que ocorreram foi a instituição do chamado crédito direto ao consumidor (CDC).

Nesse sentido preleciona a Resolução nº 45, de 31 de dezembro de 1966 que obrigou que as instituições financeiras destinassem 40% dos seus recursos para o crédito direto ao consumidor (COSTA, 2002).

Mas a partir da implantação do Plano Real que o crédito em nosso país assumiu traços extraordinários como mecanismo de estímulo à economia de consumo e a cultura do endividamento, tendo como consequências mais graves o superendividamento.

Ocorre que em um ambiente favoravelmente estável, onde os preços que não subiam mais da forma alucinante como era anteriormente, estimulou as instituições financeiras que, em tempos anteriores via sua margem de lucro essencialmente direcionada para captação de depósitos

tendo em vista o quadro inflacionário que vigorava, dependessem, a partir do controle da inflação, do crescimento de operações de crédito (COSTA, 2002).

Nesse sentido, conforme estudo sobre o tema crédito e superendividamento dos consumidores em nosso país que foi realizado pelo IDEC (Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor), (p. 08, 2008), denota-se que:

Com o Plano Real, em julho de 1994, o novo ambiente de estabilização de preços trouxe modificações consideráveis para o sistema financeiro brasileiro, uma vez que, com a estabilização da economia, todas as instituições deixariam de ganhar com a inflação. (.....) O crédito a pessoas físicas, revelou-se importante suporte para sustentação do nível da atividade econômica, dinamizando a demanda interna via ampliação do consumo das famílias. As linhas de crédito disponíveis no mercado para aquisição dos bens são abundantes, porém, não necessariamente vantajosas para quem pretende utilizá-las.

Com isso, infere-se que a liberalização financeira e o consequente crescimento de crédito no Brasil são acontecimentos relativamente recentes e que surgiram tão somente após o advento do Plano Real em 1994, segundo ensinam Lima e Bertoncello (p. 25, 2010):

No Brasil a liberalização financeira e a expansão do crédito é bastante recente, ocorrendo somente após 1994 com a edição do Plano Real e, mais acentuadamente, nos últimos cinco anos, devido á estabilidade econômica e a descoberta de uma parcela da população que estava excluída do sistema formal de crédito.

Os efeitos surgiram tão rápido quanto o plano econômico na vida das pessoas e puderam ser sentidos a partir da irrestrita abertura de crédito que ocorreu conforme preleciona Belik (p. 03, 2001):

Os efeitos se fizeram sentir rapidamente. A venda de refrigeradores aumentou em 140% nos três anos posteriores ao início do Real. Da mesma forma, a venda de televisores cresceu 123% e o consumo de cimento

saltou 39% no mesmo período. Comparando-se estas taxas com o crescimento da economia como um todo, os sinais eram claro de um surto de consumo limitado.

Isso criou um estímulo para que as instituições financeiras segundo diretrizes da nova delineação econômica e o cenário geral do país mais favorável ao consumo, criassem as condições necessárias para que o crédito de uma forma ostensiva tendo como objetivo primordial a parcela da população que, conforme alhures, vivia antes à margem dessa oferta e de todo o sistema formal de crédito, no novo cenário que se avizinhava, constituiu-se numa das principais formas de aumentar a lucratividade (COSTA, 2002).

Ressalte-se que o crédito tem um caráter mais democrático entre famílias cujos rendimentos atinge até 10 (dez) salários mínimos e, segundo Lima e Bertoncello (p. 25, 2010), “os quais representam 77% da população brasileira e responsáveis por 71% do consumo do país. O recurso também se popularizou entre mais de cinco milhões do total de 19 milhões de aposentados e pensionistas do Regime Geral da Previdência Social desde 2003, quando foi aprovado o empréstimo com desconto em folha”.

Dessa forma, o crédito em nosso país transformou-se em algo rápido, fácil e ostensivo, direcionado, principalmente para a camada da população classificada com de baixa renda, que, com a estabilidade da economia promovida pelo Plano Real, adquiriu maior poder de consumo, transformando-se instantaneamente na fatia de mercado que objetivava para se aumentar os lucros as instituições financeiras e também o comércio varejista (COSTA, 2002).

O aspecto civil-constitucional

2.2.1 Os principais aspectos sobre a constitucionalização do direito civil

Sobre o tema proposto nesta pesquisa que é o princípio da dignidade humana e a tutela do consumidor superendividado encontra embasamento jurídico exatamente no direito civil-constitucionalizado.

O que se denomina de constitucionalização d direito civil ocorreu com o advento do denominado Estado Social e evolução da Teoria do Contrato, onde se verifica indícios de normas de direito público cuidando do direito privado.

A conhecida definição tradicional contratualista modificou-se com a evolução história do chamado Estado social e da Teoria do Contrato (COSTA, 2002).

A conceituação mais conservadora e tradicional a respeito de contrato, segundo preceitos do Estado Liberal, individualista inspirado no Iluminismo, privilegiava invariavelmente a diferenciação e divisão entre o direito privado, que tinha por função disciplinar e regulamentar relações entre particulares e o direito público, também assegurava o equilíbrio e a estabilidade das relações em que o Estado era personagem atuante (LEITÃO MARQUES, 2006).

Nesta seara, o Código Civil cuidava das relações entre particulares, também denominado de “Constituição do Homem comum”, ao passo que a Constituição, enquanto Carta Magna, cuidava de regulamentar as relações onde ocorresse a participação d poder público segundo definições de Sarmiento (p. 70, 2004):

No paradigma do Estado Liberal, a Constituição não se imiscuia no campo das relações privadas. Estas eram disciplinadas pela legislação ordinária, que gravitava em torno do Código Civil, centrado na proteção da segurança jurídica, tão vital aos interesses da burguesia.

Com o surgimento do denominado Estado Social que olhava a sociedade de um modo geral com uma concepção mais cuidadosa com relação às pessoas, levando ao surgimento da Teoria Social do Contrato, onde ocorreu a incidência de normas de direito público, direito constitucional, tanto no campo do direito privado, direito civil, o que se denota da doutrina de Negreiros (p. 50, 2002), a saber:

As relações jurídicas de natureza civil, não importando a sua natureza específica – familiar, obrigacional, real ou sucessória --, passam a

disciplinar-se não apenas pelas normas contidas ou derivadas do Código, mas, igualmente, por princípios e regras constitucionais. A hierarquia da normativa constitucional, desde há muito reconhecida sob o ponto de vista teórico, torna-se um objetivo a ser concretizado na prática.

Anteriormente a isso, as relações na esfera privada entre particulares, eram pautadas de forma exclusiva pelas lições do direito privado, sofrendo uma grande interferência de regras de origem constitucional, a partir de uma interpretação de natureza axiológica aberta que objetiva o sujeito em um formato não abstrato, atuante do todo social, e que dava valor e tutelava a dignidade da pessoa humana, segundo os ensinamentos de Sarmento (p. 98, 2004), a saber:

Deveras, a posição hierárquica superior da Constituição, a abertura de suas normas, e o fato de que estas, por uma deliberada escolha do constituinte, versam sobre relações privadas, possibilitam que se conceba a lei Maior como novo centro do Direito Privado, apto a cimentar as suas partes e informar seu conteúdo.

Importante mencionar que a evolução da Teoria Contratual, que permitiu a convergência entre o direito civil e o direito constitucional foi, também, consequência da evolução da Teoria Constitucional que promoveu a normatização dos princípios constitucionais, bem como a consequência da concretização dos sujeitos envolvidos nas relações jurídicas.

Com isso, segundo se extrai das afirmações anteriores do autor, denota-se que a normatização dos princípios constitucionais, que resultam de uma evolução da Teoria Constitucionalista, faz previsão com relação ao texto da Constituição como fonte suprema que deve pautar todo o direito, não importando se ele é de natureza pública ou privada, sendo que sobre esse assunto, Perlingieri (p. 05, 2005) autor, que teve enorme influência na doutrina jurídica europeia exercendo sua influência inclusive no pensamento civil-constitucional brasileiro preleciona:

A Constituição ocupa o lugar mais altos da hierarquia das fontes, precedendo, na ordem, as normas da Comunidade Europeia, as leis

ordinária (e portanto os Códigos, que são leis ordinárias, incluindo o Código Civil), as leis regionais, os decretos do Poder Executivo e outros tipos de normas, usos, etc.

É uma interpretação que nos dias atuais já está sedimentado e enfrentou resistências por parte da doutrina que, por outro lado, acreditava em um “papel simbólico” com relação à Constituição Federal, sem poder vinculante, uma vez que a concepção de Estado Social e as transformações propostas por esta nova condição que figurava no cenário social brasileiro representavam um risco enorme aos interesses da classe mais abastada da sociedade e que detinha um poder econômico maior e mais influente conforme descreve Sarmiento (p. 72, 2004), a saber:

Tal doutrina, que dominou o Direito Constitucional durante boa parte do século XX, e que, apesar de seu anacronismo, ainda não foi totalmente destronada, pelo seu enraizamento no imaginário dos operadores jurídicos, acabava neutralizando os avanços das constituições sociais e dos seus valores de justiça distributiva. Ela reconhecia plena eficácia jurídica à parte da Constituição que garantia a status quo, mas negava qualquer aplicabilidade às normas que impunham transformações e representavam risco para os interesses das classes hegemônicas.

Um pensamento que vigorou no continente europeu por um bom tempo foi que na situação de uma ausência de jurisdição constitucional, a ideia de que a Constituição abarcaria um rol de princípios políticos, que invariavelmente estavam sob a dependência dos preceitos de um legislador para que surtisse efeitos concretos.

Seria uma constituição direcionada totalmente para os chamados poderes constituídos especificamente ao Executivo e ao Legislativo, mas não seria de acesso de juízes, muito menos voltada para os cidadãos (no caso, ter acesso).

Com isso, segundo Sarmiento (p. 76, 2004), preleciona que:

Felizmente a evolução da Teoria Constitucional apontou para o sentido de normatização da Constituição Federal inaugurando o processo

de afirmação dos interesses sociais, posto que vincula todo o ordenamento à Lei Maior numa interpretação axiológica sempre em busca da efetividade da justiça social, o que se vislumbra perfeitamente no ordenamento brasileiro.

Diante desse cenário, o Brasil, onde o ordenamento jurídico tem suas bases sustentadas numa Constituição calcada sobre princípios e valores humanitários, como exemplo da dignidade da pessoa humana e o Estado Democrático de Direito, e que a Carta Magna dedica um vasto capítulo aos direitos fundamentais, infere-se que desencadear a força normativa da Lei Fundamental e daí propaga-la sobre todos os setores da vida na sociedade humana e de tão abrangendo também o do ordenamento jurídico, faz dela fundamental, para aqueles que preocupam-se com a promoção da chamada justiça substantiva (LEITÃO MARQUES, 2006).

Nesse sentido, coma interpretação restritiva que as normatizações dos princípios constitucionais promovem em todo o ordenamento que se encontra sob a influência de preceitos constitucionais, importante compreender as afirmações de Negreiros (p. 56, 2002) que ensinam que:

Nutrindo-se desta força normativa atribuída aos princípios constitucionais, a adoção da perspectiva civil-constitucional impõe ao interprete a tarefa de reordenar valorativamente o direito civil, preenchendo as formas conceituais e as categorias lógicas desta área do Direito com o conteúdo axiológico estampado na Constituição.

Novo contexto constitucional, em que se insere o direito privado reflete uma interpretação mais próxima da realidade social inaugurando uma nova fase no direito civilista, que se preocupa com o alcance da *justiça social*.

Ocorre que o ordenamento jurídico a parte, também conhecido como legislação específica se constitui em instrumento que recebendo o aval da Constituição Federal incorreu em profundas transformações no cenário jurídico nacional no que tange o tratamento dado a questão do superendividamento por financiamentos e oferta de crédito desmedida (LEITÃO MARQUES, 2006).

Dessa forma, o Código Civil não ficou de fora preocupando-se também em assegurar as regras do jogo (no sentido de estabilidade de normas); com relação às leis especiais, estas estabeleceram mudanças sem cerimônia, de modo também a assegurar os objetivos sociais e econômicos delineados pelo Poder Público (COSTA, 2002).

Ocorre que o Estado persegue e tem como objetivo determinadas metas e nessa direção, programas de natureza assistencial como forma de ajudar essas pessoas, intervindo também sistematicamente na economia e em seus rumos, valendo-se do dirigismo contratual acentuado (COSTA, 2002).

Nesse sentido, o legislador brasileiro trabalha incessantemente no sentido de atender a demanda setorial crescente, que, para os menos inclinados em prol dessa causa afirmarem tratar-se de uma “orgia diferente”.

Mesmo com todo aprimoramento e amadurecimento inclusive de nossas instituições democráticas, o ordenamento jurídico brasileiro em sua nova configuração do direito civil-constitucionalizado pôde ser, verdadeiramente, experimentado a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988 que, cuidou de inserir no ordenamento normas de alcance abstrato atribuindo nova roupagem ao direito civil, tendo-se, como exemplo, a inserção no ordenamento do princípio da dignidade da pessoa humana, do princípio da igualdade e também do princípio da solidariedade social (LEITÃO MARQUES, 2006).

Nesse sentido, o legislador constituinte buscou orientar sua interpretação com relação aos negócios jurídicos, principalmente com relação aos de natureza contratual, por meio da implementação de uma constituição com alta observância social, ou como muitos preferem chamar “constituição cidadã” que tem como foco principal de suas motivações as questões sociais e os interesses de toda uma sociedade buscando a “legítima justiça social”, segundo Farias (p. 24, 2005) que ainda sustenta:

Assim, proclama-se, não sem razão, que a Constituição da República de 1988 promoveu verdadeira reconstrução da dogmática jurídica a partir da afirmação da cidadania como elemento propulsor.

O advento do atual Código Civil que não pode necessariamente ser chamado de novo, uma vez que seu anteprojeto data o ano de 1972, não trouxe muitas inovações, e, acompanhando essa mesma tendência, recebeu muitas emendas em seu projeto original, e segundo Farias (p. 19, 2005), “com o propósito de promover sua adaptação à nova ordem constitucional”.

Dessa forma, é verdadeiro a afirmação de que o direito civil-constitucional tem condições de reunir em torno de sua esfera de atuação princípios e valores de natureza constitucional que cuidam de nortear as relações privadas levando-se em conta a proteção e o desenvolvimento da pessoa humana, destacando com certa supremacia, o princípio maior da dignidade da pessoa humana constante do artigo 1º, inciso III da Constituição Federal e neste sentido, reafirma Negreiros (p. 61-62, 2002) que:

O compromisso do direito civil com a tutela da dignidade da pessoa humana é, portanto, assumido pela perspectiva civil-constitucional como inapelável consequência da sujeição das relações interprivadas aos ditames constitucionais. Muito mais que autonomia e liberdade individuais, o ordenamento civil e, para efeito deste trabalho, a ordem contratual em particular são instrumentos de realização existencial da pessoa humana-pelo que, sob pena de afrontar a Constituição, o interprete e aplicador do Direito deve dar primazia á realização existencial em detrimento da realização patrimonial (...)

Ainda, com relação às palavras de Negreiros, o professor Tepedino (p. 22, 2004) faz questão de expressar no sentido de:

Trata-se, e uma palavra, de estabelecer novos parâmetros para definição da ordem pública, relendo o direito civil à luz da constituição, de maneira a privilegiar, insista-se ainda uma vez, os valores não patrimoniais e, em particular, a dignidade da pessoa humana, o desenvolvimento da

sua personalidade, os direitos sociais e a justiça distributiva, para cujo atendimento deve se voltar a iniciativa privada e as situações jurídicas patrimoniais.

Com relação ao que tange a dignidade da pessoa humana, é importante afirmar que esta concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente às personalidades humanas.

Esse fundamento afasta a ideia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual.

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente às pessoas, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos (LEITÃO MARQUES, 2006).

Com isso, infere-se que a constitucionalização representou um enorme avanço em termos jurídicos para as relações de consumo e relações jurídicas obrigacionais no que diz respeito aos contratos, sendo profundas são as transformações que incorrem nas relações de equilíbrio contratual considerando que as mesmas passaram a ser regidas segundo os princípios pautados nos ideais de justiça, solidariedade e igualdade entre as partes (LEITÃO MARQUES, 2006).

Mais ainda, com relação ao princípio maior da dignidade da pessoa humana, que trouxe contribuição significativa para essas questões consumeristas.

Por fim é possível inferir que diante de tudo que foi exposto, uma nova forma de visão a respeito do direito civil-constitucional sob o prisma de uma mudança intrínseca, interna no ordenamento jurídico, denotou ao

direito privado novos contornos passando este a ser embasado por normas de direito constitucional, atribuindo-lhe uma roupagem de natureza mais social e cidadã, respeitando as pessoas na sua intimidade, promovendo a inclusão social e o desenvolvimento socioeconômicos do país (LEITÃO MARQUES, 2006).

Com isso, as relações jurídicas tornaram-se mais justas e igualitárias e o fenômeno do superendividamento que será tratado de forma mais detalhada no próximo capítulo passou a ter regulamentação no ordenamento jurídico pátrio onde teve respaldo segundo a visão do direito civil-constitucional, buscando a efetividade da justiça social (COSTA, 2002).

Todavia, é importante deixar claro que ainda entre as instituições financeiras por algum motivo que se desconhece impera uma despreocupação de forma efetiva com relação ao consumidor diante da fenomenologia no Brasil, isso tanto na fase na fase pré-contratual, quanto na fase pós-contratual, o que, contraria expressamente tudo que foi dito anteriormente e principalmente a codificação civil-constitucional que vigora no nosso país (LEITÃO MARQUES, 2006).

Sem dúvidas tutelar o consumidor superendividado, sobretudo com vistas à manutenção de sua dignidade como pessoa, significa dar efetividade à justiça social contemplada pela nossa Carta Magna e cristalizada em princípios como o da dignidade da pessoa humana que será estudado no próximo tópico.

2.3 Os principais aspectos do superendividamento do consumidor

Para que um problema seja tratado, inicialmente é necessário realizar o seu diagnóstico. No Brasil o início do reconhecimento do superendividamento ocorre, principalmente entre outras situações, à bem sucedida experiência de pesquisa de universidades do sul do país interessadas na questão (COSTA, 2002).

Realizada uma pesquisa sobre o tema em 2004, sendo ainda bastante atual mostrou que entre outros dados:

O número de devedores “passivos” é quatro vezes maior que o de devedores “ativos” (é considerado devedor ativo aquele que “gasta mais do que ganha” e passivo, o que, pela facilidade exacerbada de concessão do crédito e/ou diante de uma situação que não estava prevista como doença, desemprego, nascimento de filho – vê-se em condições de endividamento;

Que a maioria dos entrevistados deve para mais de dois credores;

Que a grande maioria não recebeu o contrato, nem antes – como determina os artigos 46 e 52 do Código de Defesa do Consumidor - CDC – nem depois da realização do negócio;

Que apenas para 21% dos entrevistados foi exigida alguma garantia.

Foi daí que inúmeras conclusões foram produzidas e se consolidaram na denominada “Carta de Porto Alegre” que, dentre inúmeras necessidades a da criação de “concordata para o consumidor”, da aplicação do direito de arrependimento nas ofertas de crédito (conforme o CDC em seu artigo 49) assim como da provocação à aplicação do artigo 480 do Código Civil às questões de endividamento do consumidor (tendo em vista a lacuna deixada pelo artigo 7º do CDC).

Mesmo assim, as explicações sobre a responsabilidade por endividamento mesmo não tendo sido ainda avaliadas de forma mais clara pelo Superior Tribunal de Justiça, denota-se que certos tribunais estaduais (tendo como o exemplo o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro e o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul) já é possível encontrar matéria julgadas sobre decisões como verbete superendividamento.

Com isso, levando-se em consideração a uniformização da interpretação legislativa infraconstitucional, é bem provável que todos os demais tribunais tomem decisão no mesmo sentido.

Defensorias públicas estaduais como no caso do Rio de Janeiro e do Rio Grande do Sul, há pelo menos cinco anos tratam de forma sistemática sobre a questão do superendividamento. No caso da primeira defensoria

(a do Rio), inclusive, ocorreu a criação de um Núcleo especializado em Consumidor Endividado.

Assim, levando-se em consideração a atuação do sistema de justiça e a conseqüente interligação de suas funções, certamente trata-se de uma “provocação” jurisprudencial institucionalmente qualificada pela brilhante atuação institucional da Defensoria no sentido de contribuir para que se produzam novas correntes jurisprudenciais mais hábeis e ainda mais qualificadas para tratar com a realidade (triste realidade, no caso) subjetiva e objetiva de um cidadão endividado^[1]. Em outras palavras não se trata de uma coincidência o fato de que as decisões que tratam especificamente sobre superendividamento sejam de Tribunais onde há a atuação especializada da Defensoria Pública (LEITÃO MARQUES, 2006).

É importante frisar que o endividamento não é um caso particular do Brasil, mas trata-se de um fenômeno em escala global porque com a facilidade do crédito, as formas de pagamento cada vez mais dinamizada e principalmente no contexto de uma sociedade que cada vez mais compra por meios eletrônicos como sites de internet com um relacionamento totalmente impessoal e facilitado (quanto a forma de aquisição e de pagamento) e esses fatores se tornaram motivo de preocupação das associações de consumidores na América Latina, como exemplo do Chile, da Argentina, Brasil e Uruguai assim como acontece em países mais desenvolvidos como os europeus e os Estados Unidos (COSTA, 2002).

É uma questão que alimenta esse fenômeno nesses países, são causas comuns, mesmo se tratando de sociedades distintas que são: o crédito fácil (no caso brasileiro, tem diminuído nos últimos tempo em razão dos problemas econômicos atuais), a propaganda enganosa e de maneira agressiva, a desinformação (que inclusive é um dever do fornecedor segundo o CDC), e a inevitável e irresistível tentação de realização de empréstimos a juros altos para saldar outras dívidas já contraídas em tentações de compras ou mesmo na forma de agravamento de um quadro de endividamento anterior que, se desdobra em um superendividamento posterior (LEITÃO MARQUES, 2006).

Como será exaustivamente ao longo do presente trabalho, a questão do superendividamento repercute negativamente é claro, nos mais diversos aspectos da vida em sociedade, mas o principal é que necessário se mostra a transcendência da proteção do consumidor estendendo-se inclusive à proteção do equilíbrio econômico de um país (COSTA, 2002).

2.4 Conceituando o superendividamento

Sobre o tema proposto é fundamental que seja iniciado prestando-se a devida atenção ao que preleciona Marques (2004, p. 1053) onde a autora adverte que “o direito brasileiro está sendo chamado a dar uma resposta justa e eficaz a esta realidade complexa” e a autora continua a seguir:

O tema da cobrança de dívidas e da inexecução está intimamente ligado ao tema do superendividamento. O superendividamento define-se, justamente, pela impossibilidade do devedor - pessoa física, leigo e de boa – fé, pagar suas dívidas de consumo e a necessidade do Direito prever algum tipo de saída, parcelamento ou prazos de graça, fruto do dever de cooperação e lealdade para evitar a "morte civil" deste falido – leigo ou falido – civil. (...)

O problema é tão grande e tantas situações vem ocorrendo no Brasil que o direito não poderia mais ficar inerte e se viu cobrado a dar uma resposta justa e eficaz para a sociedade e principalmente, para essa grave e complexa realidade que nos rodeia e, nesse sentido mais ainda com relação à definição de superendividamento com relação à pobreza no Brasil (COSTA, 2002).

A grande massificação e a facilidade de acesso ao crédito que tomou conta do Brasil nos últimos cinco anos – nesse contexto destaca-se que pelo menos 50 milhões de novos clientes bancários entraram para o mercado! – a forte privatização dos serviços essenciais e públicos, que atualmente são acessíveis a todos praticamente não importando qual seu orçamento, mas observando duras regras de mercado, além de uma sistemática propaganda sobre o crédito popular, principalmente, aliado a força e o alcance dos meios de comunicação de massa e a tendência de se

praticar uma forma abusiva e impensada de se utilizar o crédito facilitado, ilimitado no tempo e nos valores, até mesmo descontando diretamente na folha de aposentados e funcionários públicos, são fortes candidatos a levar o consumidor e sua família a um estado de superendividamento (LEITÃO MARQUES, 2006).

Conforme preleciona Marques (2004), é importante observar e conceder uma oportunidade para aquele que de boa-fé, mesmo encontrando-se em uma situação de muitas dívidas, tenha o direito mínimo de renegociá-las com seus credores, elaborando-se e implementando-se um plano de pagamento como determina a legislação francesa, para que, posteriormente, esse consumidor tenha novamente a chance de retornar ao mercado de consumo de forma mais consciente e educado financeiramente para gerenciar; a partir desse momento de forma coerente suas finanças.

Em se tratando da realidade brasileira, o ordenamento jurídico pátrio não conta com uma lei que evite a falência individual, da mesma forma como ocorre com pessoas jurídicas que encontra amparo e respaldo na Lei de Falência (Lei nº 11.101/2005), assim, nesta situação, faz-se urgente e necessária uma aplicação efetiva e concreta do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990) de modo que se evite situações de superendividamento seja no aspecto pré (CDC, art. 29 a 44) como no pós-contratual (CDC, arts. 81 a 105), além do contratual propriamente dito (CDC, arts. 46 a 54) (LEITÃO MARQUES, 2006).

Nesse sentido, extrai-se do artigo 52 do Código de Defesa do Consumidor, entre outros (cite-se os artigos 39 e 46, por exemplo), onde, pouco se cumpre as instituições financeiras essas preleções (o valor dos juros anuais é inserido sem destaque, normalmente em letras menores, não deixando claro as consequências do pagamento mínimo, os limites de créditos – principalmente nos cartões de crédito são aumentados sem que haja pedido ou autorização expressa do consumidor, utilizando-se inclusive, termos técnicos de economia, muitas vezes incompreensíveis para leigos) (LEITÃO MARQUES, 2006).

A questão do superendividamento é muito mais complexa e não se trata objetivamente de um problema de ordem material somente. Envolve sentimentos, necessidades, anseios e expressam sentimentos de angústia que muitas vezes não se traduzem materialmente pela necessidade de se envolver em dívidas. Dessa forma, denota-se não se tratar pura e simplesmente de um descontrole de ordem individual como assinala o Núcleo de Defesa do Consumidor da Defensoria Pública de Minas Gerais em descrição abaixo mencionada:

(...) a problemática ora enfrentada não se resume a um caso isolado ou esporádico, fruto da incúria da parte autora, mas sim a fenômeno mundial que vem despertando a preocupação de legisladores e juristas de diversos países, cujas consequências não se adstringem à mera esfera patrimonial, mas atingem à saúde física e emocional dos devedores, violando sua dignidade como pessoa humana e, por vezes, desagregando seu núcleo familiar, com sequelas, portanto, para toda a sociedade[2].

Algumas atitudes – mesmo não sendo tão contundentes quanto o necessário tem sido tomado para coibir o superendividamento – todas no âmbito legislativo, como exemplo, pode-se mencionar a Lei nº 11.800, de 2008[3], também a Lei nº 12.039, de 2009[4] e a Lei nº 11.785, de 2008, que fez profundas alterações na redação do parágrafo terceiro do artigo 54 do Código de Defesa do Consumidor que passou a vigorar com a seguinte redação:

Os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, cujo tamanho da fonte não será inferior ao corpo doze, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor.

Nota-se que a situação de superendividamento do consumidor afronta o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal e o artigo 4º Código de Defesa do Consumidor), que nestes casos se vê em uma situação de total comprometimento de suas despesas pessoais e familiares como água, luz, aluguel, impostos.

Faz-se necessário estar atendo ao que “o oferecimento de crédito pelas instituições financeiras deve ser feito de forma responsável, desestimulando o superendividamento dos consumidores” [5].

2.5 Peculiaridades do consumidor superendividado

É fato que o consumidor em situação de superendividamento fica totalmente impossibilitado, por melhor que sejam suas intenções, de honrar com seus compromissos financeiros, retirar seu nome dos órgãos de proteção ao crédito, colocando-se em uma situação de total impossibilidade de acesso ao crédito e também de continuar consumindo (COSTA, 2002).

Todos esses fatores negativos comprometem até mesmo sua vida no âmbito pessoal, criando problemas de relacionamento familiar, de trabalho, e, frequentemente, afetando inclusive a saúde (em uma visão mais abrangente ainda, contribui para o aumento das possibilidades de exclusão social).

Entretanto, ressalte-se que para que o consumidor se qualifique na condição de “superendividado”, é necessário atender ao requisito de ser pessoa física e de boa fé (COSTA, 2002).

No caso, em se tratando de superendividado passivo, onde fique comprovado uma situação de inadimplência contumaz, por exemplo, (aqui considerando-se tratar de assunção de dívidas em prejuízo de necessidades vitais para o consumidor) (LEITÃO MARQUES, 2006).

Com relação ao consumidor de má fé – o denominado superendividado ativo – não consegue tal proteção uma vez que não atende às premissas necessárias à tutela.

Vale lembrar que aquele que se enquadra como “superendividado” é tão somente aquele consumidor, pessoa física que adquire produto ou serviço como destinatário final de modo a atender as necessidades pessoais.

Dessa forma, excluir-se-á os consumidores considerados equiparados segundo previsão dos artigos 17 e 29 do Código de Defesa do Consumidor.

2.6 Caracterizando a boa fé do consumidor: pessoa física

O princípio da boa-fé está inserido no Código de Defesa do Consumidor, no artigo 4º, inciso III, levando-se em consideração tratar-se de um princípio básico e bilateral, e que necessariamente tem que ser respeitado pelas duas partes da relação jurídica: consumidor e fornecedor.

Trata-se de uma forma que o legislador encontrou para assegurar tanto o equilíbrio quanto a transparência na relação.

No artigo 51, inciso IV, que faz menção às cláusulas abusivas, este relega o consumidor em desvantagem exagerada, não sendo este compatível com o princípio da boa-fé. Essa é a opinião de especialistas como Costa (p. 118, 2006,).

Sendo estes considerados pessoas de boa-fé, os consumidores que se classificam como superendividado, aprisionados em uma espiral de dívidas que crescem numa velocidade estonteante, terminam por fazer sacrifícios de modo que sua situação se torna cada vez mais delicada para conseguir saldar dívidas antigas.

Por outro lado, são classificados como de má fé os consumidores que, deliberadamente, tomaram vários empréstimos que eles conscientemente sabiam que se tratava de uma soma muito superior à sua disponibilidade para pagamento ou ainda, os que se encontravam em uma situação de insolvência notória, não resistindo a tentação tomavam novos empréstimos para efetuar novas despesas criando assim uma bola de neve em suas vidas (COSTA, 2006).

Logo não é dessa forma que se compreende (juridicamente falando) o consumidor superendividado como aquele que age de má-fé (denominado superendividado ativo).

2.6.1 O consumidor inadimplente

A denominada inadimplência (também conhecida por “falta de pagamento) acontece quando o consumidor atrasa seus compromissos. Um dos principais sinais da inadimplência é exatamente quando ocorre um crescimento dela com relação as denominadas contas fixas (água, luz, telefone, condomínio, plano de saúde) é um sinal claro de que este consumidor está tendo problemas financeiros e começando a se endividar ou já se encontra numa situação e superendividamento (COSTA, 2006).

Assim, a inadimplência deve sistematicamente ser combatida, mas nunca com ameaças, constrangimentos ou ofensas ao consumidor, segundo preleciono o próprio Código de Defesa do Consumidor em seu artigo 42 que, segundo o comentário de Benjamim (p. 329, 1999), afirma que “por não consagrar o dispositivo à cobrança judicial, isto é, àquela exercida em função de processo judicial, destina-se, portanto, a controlar as cobranças extrajudiciais, em especial aquelas efetuadas por empresas de cobrança”.

Ressalte-se que a cobrança vexatória, adquire maior gravidade e urge a necessária tutela quando se trata de consumidor superendividado passivo.

O artigo 71 do Código de Defesa do Consumidor menciona a responsabilidade criminal com o objetivo de assegurar os direitos à privacidade e à imagem do consumidor prevendo penas de detenção e multa para aquele que cometer a infração penal de utilizar, no momento de realizar cobrança de dívidas de ameaça e coação, constrangimento físico ou moral, afirmações falsas, incorretas ou enganosas ou ainda, de qualquer outro tipo de procedimento que venha a expor o consumidor, injustificadamente, a ridículo ou ainda, interfira em seu trabalho, descanso ou lazer (COSTA, 2006).

Reafirmando o que foi dito anteriormente, no que diz respeito ao cadastro, dados e demais informações sobre o consumidor devedor em serviços como o Serviço de Proteção ao Crédito (SPC e na Centralizadora dos Serviços dos Bancos S.A. (SERASA) estes “devem ser objetivos, claros,

verdadeiros e em linguagem de fácil compreensão, não podendo contar informações negativas referentes a período superior a cinco anos”, segundo preceitua o artigo 43, §1º do Código de Defesa do Consumidor, deixando bastante claro e evidente que passado o prazo de cinco anos do registro, o mesmo obrigatoriamente deverá ser cancelado (LEITÃO MARQUES, 2006).

A respeito desta questão é de suma importância esclarecer que, ainda que de forma superficial, a questão da mora do fornecedor, já tratada no ordenamento jurídico brasileiro, que cuida exatamente das situações em que se inicia o reconhecimento de que a inadimplência do consumidor decorre do comportamento abusivo do fornecedor (COSTA, 2006).

Infere-se que as decisões judiciais no sentido de formar uma jurisprudência consistente sobre o tema em comento, mais especificamente no que se trata da mora do credor/fornecedor não trata de forma direta sobre a responsabilidade deste sobre a informação prévia e adequada e também o conseqüente exercício inadequado da liberdade de escolha assim como pela responsabilidade do fornecedor na concessão abusiva de crédito (o que se pode traduzir em uma concessão de crédito em valor maior do que a capacidade de pagamento do consumidor que é, segundo definição legal, vulnerável), sendo que já existe um caminho positivo para melhorar ou coibir essa situação.

2.7 Reflexões a cerca do direito e do consumidor superendividado

Uma expressão que se tornou bastante popular nos últimos 3 anos é a denominada “análise econômica do Direito – AED” que pode ser definida como um exemplar das mais dinâmicas “vanguardas teóricas da Ciência do Direito” que de uma forma bastante direcionada “espelha aquela convergência de valores e perspectivas entre famílias jurídicas que tem sido ditada pela globalização” cuja capacidade produtiva se “contrabalança pelas dificuldades e exigências que ela coloca”, citações de (ARAÚJO, p. 170, 2008).

Assim, ressalte-se que, segundo o pensador francês Voltaire, conforme Vasconcelos, afirma que “os raios já delimitavam os círculos antes de serem chamados de raios”.

É obvio que a análise econômica do direito tem seu conteúdo inserido no Código de Defesa do Consumidor brasileiro, que cumpre determinar, como princípio basilar específico e positivado conforme o artigo 4º, inciso III, a “harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (artigo 170, da Constituição Federal), sempre com base na boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores”.

Isso tanto se legitima que o termo consumidor “é classicamente um termo econômico, o que se apresenta como um elemento a ser enfrentado pelo operador do Direito”, segundo denota-se em Adolfo Mamoru Nishiyam apud Jorge (2008):

A maior dificuldade que se verifica é o fato de o termo ‘consumidor’ ser um conceito econômico. Transpondo-se esse conceito para o direito, teremos uma definição de consumidor que poderá ser diversa daquela proposta pela ciência econômica. O conceito econômico toma como base o consumo final e o consumo intermediário. O produtor é considerado consumidor, pois no processo de bens ele também utiliza produtos (insumos) fornecidos por outros. Essa amplitude não é aceita no Direito, que utiliza limites mais restritos.

Segundo se explica pela afirmação acima, se de certo ponto não é possível inviabilizar o crescimento econômico de um país, por outro lado, denota-se como infrutífero o crescimento econômico sem o respeito da dignidade humana. O mais importante no desafio é o encontro do equilíbrio.

2.8 Principais motivos do superendividamento – o atraso do fornecedor e a oferta de crédito desmedida ao consumidor

O conceito de crédito é delimitado na troca de bens ou serviços que acontecem mediante o pagamento futuro ou parcelado em espécie (dinheiro), entre o consumidor e o fornecedor, sucedendo-se por meio dessa relação de consumo à circulação de riquezas no país (ARAÚJO, 2008).

Como resultado das necessidades pessoais das pessoas, bens ou serviços são adquiridos e contratados. Conforme Costa (p. 259-260, 2002)

Na economia do endividamento, tudo se articula com o crédito. O crescimento econômico é condicionado por ele. O endividamento dos lares, funciona como meio de financiar a atividade econômica. Segundo a cultura do endividamento, viver a crédito é um bom hábito de vida. Maneira de ascensão ao nível de vida e conforto do mundo contemporâneo, o crédito não é um favor, mas um direito fácil. Direito fácil, mas perigoso.

Com o advento da Lei nº 10.820 de 17 de dezembro de 2003, houve um surto de oferta de crédito fácil e rápido no Brasil, agravando dessa forma, o problema do superendividamento no país.

Essa lei concedeu a possibilidade do pagamento de empréstimo por meio da prestação mensal em salário, o já muito conhecido “desconto em folha”, principalmente para servidores públicos e aposentados.

Com isso, uma revolução social aconteceu onde a população de baixa renda passou a ter poder de compra e dessa forma acesso a inúmeros bens e serviços que antes a eles eram inacessíveis como eletrodomésticos, veículos, telefonia e muitos outros bens e serviços (ARAÚJO, 2008).

Entretanto, os governantes esqueceram-se de realizar uma educação financeira para que essa fartura de crédito fosse utilizada de forma consciente e responsável, prevenindo o risco do endividamento pernicioso.

Esse incentivo junto a facilidade de consumo de crédito atingiu todas as classes sociais, de ricos até pobres e conseqüentemente a condição de

endividamento se tornou algo, por assim dizer “democrático” atingindo a todos, até mesmo porque, segundo Marques (p. 198, 2004) existe uma clara distinção entre pobreza e endividamento, a saber:

(...) o direito brasileiro está sendo chamado a dar uma resposta justa e eficaz a esta realidade complexa, principalmente se devemos distinguir superendividamento de pobreza em nosso País. A massificação do acesso ao crédito, que se observa nos últimos 5 anos – basta citar os novos 50 milhões de clientes bancários! -, a forte privatização dos serviços essenciais e públicos, agora acessíveis a todos, com qualquer orçamento, mas dentro das duras regras do mercado, a nova publicidade agressiva sobre o crédito popular, a nova força dos meios de comunicação de massa e a tendência de abuso impensado do crédito facilitado e ilimitado no tempo e nos valores, inclusive com descontos em folha de aposentados, pode levar o consumidor e sua família a um estado de superendividamento.

Se considerarmos uma população que passou décadas desprovida de muitas coisas e de repente, se depara com uma facilidade de oferta de crédito e a possibilidade de melhorar de vida, ter melhores condições e mais qualidade de vida em sua casa, torna-se inevitável não estimular o interesse nos consumidores de partir para o consumo, uma vez que a sedução da oferta ignora ser, de fato, o serviço de crédito, algo extremamente nocivo e perigoso^[6]

2.9 Do empréstimo com desconto em folha (consignado)

Os empréstimos consignados tornaram-se uma verdadeira febre, principalmente entre o funcionalismo público e os aposentados haja vista sua rapidez, praticidade e supostamente “taxa mais baixa de juros”, com o advento da Lei nº 10.820 de 17 de dezembro de 2003 legitimava a autorização para desconto em folha de valores referentes ao pagamento de empréstimos, financiamentos e operações de arrendamento contraídos pelo servidor ou aposentado ou ainda, pensionistas do INSS (ARAÚJO, 2008).

Um fato curioso é que a lei faz a observação de que o pagamento (no caso o desconto em folha) não poderia exceder a 30% (trinta por cento) dos rendimentos para que não comprometesse a saúde financeira do contraente do crédito.

Cumprido esclarecer que toda e qualquer instituição financeira no Brasil tem como acessar informações a respeito de financiamentos em valores que ultrapassem os R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), sendo estes contraídos por qualquer pessoa no mercado, através do Sistema de Informações de Crédito do Banco Central, que foi regulamentado pela Resolução nº 2.724 de maio de 2000, também conhecido entre os profissionais da área como Central de Risco de Crédito.

Assim, como se sabe que a grande maioria dos empréstimos são celebrados normalmente com prazos que variam de 48 a 60 meses, a maior parcela significativa orbita em valores de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais). Assim, infere-se que os fornecedores de crédito desta forma, tem plena responsabilidade por colocar clientes em situação de endividamento grave.

2.10 A prática contumaz do anatocismo

Por fim, este último tratará sobre a prática do anatocismo que nada mais é do que prática comum entre os bancos e financeiras de cobrar juros sobre juros também denominada usura pecuniária, que é crime grave a atentar a economia popular.

O superendividamento provocado pela cobrança de juros ilegais oportuniza por parte dos consumidores muitas ações judiciais cuja natureza é justamente a revisão de contratos para conseguir reaver valores dos juros que foram considerados pagos de forma excessiva.

Mas, segundo o artigo 192, parágrafo 3º da Constituição Federal que cuida da limitação de juros e tinha sua eficácia bastante limitada levando-se em consideração a realidade da economia atual restou revogado pela Emenda Constitucional nº 40 de 29 de maio de 2003.

Assim, o Decreto-lei nº 22.626 de 1993, também conhecido como “lei da Usura” estabeleceu o limite de cobrança de taxa de juro de 12% ao ano e, também, proíbe a aplicação de juros sobre juros em seu artigo 4º também conhecido como anatocismo e que as instituições financeiras simplesmente desrespeitam livremente, mas mesmo assim ainda é fruto para muitas controvérsias a respeito da sua aplicabilidade.

ANÁLISE E DISCUSSÃO

A cultura do consumo e a oferta crescente de crédito inconsequente incitaram pessoas de classe econômica inferior a adquirir bens e serviços sem critério nem planejamento em relação a sua condição financeira.

Verifica-se que o fenômeno do superendividamento constitui um problema crônico na sociedade brasileira principalmente por conta dos juros muito elevados e o problema do desemprego em um cenário econômico desfavorável.

A justiça tem entendido essa questão como de ordem social e trabalhado em favor do consumidor em prol da reeducação financeira dos mesmos.

O Código de Defesa do Consumidor é bastante cauteloso e defende o consumidor em situação de superendividamento de modo a restabelecer sua dignidade enquanto pessoa humana.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, com base nas informações no que foi extraído dos capítulos anteriores é possível concluir que o superendividamento se constitui em problema de ordem econômica e social no Brasil.

A cultura do consumo e a oferta de crédito de forma desmedida incitaram as pessoas menos abastadas da sociedade a adquirir bens e serviços sem critério e nem planejamento de sua condição financeira.

Ressalte-se que a oferta de crédito que ao menos em tese deveria ser um instrumento de inclusão social assume a sua face mais perversa tornando-se um instrumento, na verdade, de exclusão social.

Esse é o ponto culminante que ficou demonstrado ao longo deste trabalho, ou seja, a exclusão social provocada pelo superendividamento atentando contra a dignidade da pessoa humana (princípio este assegurado constitucionalmente).

Finalmente conclui-se que esses aspectos estão assegurados pelo ordenamento jurídico, pelo amadurecimento democrático e pela consolidação de nossas instituições que se utilizam do código de defesa do consumidor da Constituição Federal e do código civil brasileiro.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Fernando. Análise Econômica do Direito – Programa e Guia de Estudo, Almedina, 2008, São Paulo, 170 páginas

BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz; LIMA, Clarissa Costa de. Superendividamento Aplicado. Aspectos Doutrinários e Experiência no Poder Judiciário. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010.

COSTA, Geraldo de Faria Martins da. Superendividamento: a proteção do consumidor de crédito em direito comparado brasileiro e francês. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

COSTA, Geraldo de Farias Martins da. **Superendividamento: a proteção do consumidor de crédito em direito comparado brasileiro e francês.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FARIAS, Cristiano Chaves de. Direito Civil: Teoria Geral. Rio de Janeiro: Editora Lumem Juris, 2005.

FRADE, Catarina; MAGALHÃES, Sara. Sobre endividamento, a outra face do crédito. In: MARQUES, Cláudia Lima; CAVALLAZZI, Rosangela Lunardelli (Coord.). Direitos do consumidor endividado:

superendividamento e crédito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 23-43. REVISTA DE DIREITO DO CONSUMIDOR VOL. 43

GIANCOLI, Brunno Pandori. O Superendividamento do Consumidor como Hipótese de Revisão dos Contratos de Crédito. São Paulo: Editora Verbo Jurídico, 2008.

JORGE, Alan de Matos. **A contribuição da economia na formulação e compreensão da conceituação dos sujeitos da relação de consumo.** In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, 57, 30/09/2008 [Internet]. Acessado em 02/02/2014.

LIMA, Clarissa Costa e BERTONCELLO, Karen Rick Danilevicz. **Superendividamento aplicado:** aspectos doutrinários e experiência do Poder Judiciário. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor:** o novo regime das relações contratuais. 4. ed. rev. Atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NEGREIROS, Tereza. Teoria do Contrato: Novos Paradigmas. São Paulo: Renovar, 2002.

STUMER, Antonio Bertram. Banco de Dados e Habeas Data no Código do Consumidor. Revista de Direito do Consumidor 01, mar 1992. São Paulo: RT.

TEPEDINO, Gustavo. Temas de Direito Civil. 3. ed., Rio de Janeiro-São Paulo-Recife: Renovar, 2004

NOTAS:

[1] Tanto isto é verdade que Boaventura de Sousa Santos, em entrevista a Associação Paulista de Defensores Públicos, ao tratar da atuação Defensoria, disse: "*Tendo em conta a evolução dos mecanismos e concepções relativas ao acesso à Justiça, a construção de uma Defensoria Pública, nos moldes como está prevista sua actuação no Brasil, acumula difere universalização do acesso através da assistência por profissionais*

formados e recrutados especialmente para este fim, assistência jurídica especializada para a defesa de interesses coletivos e difusos, diversificação do atendimento e da consulta jurídica para além da resolução judicial dos litígios, promovendo a conciliação e a resolução extrajudicial dos conflitos e ainda atuando na educação para os direitos. Antes vantagens potenciais: A concepção de justiça democrática que tenho defendido tem em especial consideração o papel da defensoria pública na construção de uma nova cultura jurídica de consulta, assistência e patrocínio judiciário.

(...)Estas particularidades distinguem a Defensoria, de entre as outras instituições do sistema de justiça, como aquela que melhores condições tem de contribuir para desvelar a procura judicial suprimida"

[2] Trecho da petição inicial questionando o endividamento de famílias pela concessão abusiva de empréstimos consignados elaborada pelos Defensores Públicos ALEXANDRE GIANNI DUTRA RIBEIRO e ANTONIO CARLOS FONTES CINTRA.

[3] Que alterou o artigo 33 do CDC incluindo o seguinte Parágrafo único. É proibida a publicidade de bens e serviços por telefone, quando a chamada for onerosa ao consumidor que a origina.

[4] Que incluiu o artigo Art. 42-A. Em todos os documentos de cobrança de débitos apresentados ao consumidor, deverão constar o nome, o endereço e o número de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas – CPF ou no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica – CNPJ do fornecedor do produto ou serviço correspondente.

[5] Trecho da decisão extraída do 2009.001.51393 – APELACAO, DES. SIDNEY HARTUNG - Julgamento: 01/10/2009 - QUARTA CAMARA CIVEL. Transcrição incompleta, ementa integral disponível em www.tj.rj.jus.br.

[6] Tanto que uma das conclusões do I Seminário Internacional Defensoria Pública e Proteção do Consumidor, realizado na cidade de Porto Alegre em outubro de 2004 foi no sentido da "*Possibilidade de proposta de disciplina do acesso ao crédito, controlando-se sua publicidade, e, assegurando o amplo acesso com amplo respeito aos*

direitos do consumidor (v.g., vedando a oferta abusiva e enganosa, da mesma forma que se limita a publicidade de cigarros, bebidas alcoólicas, etc.)

MAIORIDADE CIVIL E A MANUTENÇÃO DO ENCARGO ALIMENTAR: UM PAINEL À LUZ DO ENTENDIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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: Em sede de comentários introdutórios, ao se abordar o tema em comento, necessário se faz pontuar que a sobrevivência afigura no rol dos fundamentais direitos da pessoa humana. Nesta esteira de análise, é plenamente denotável que a prestação de crédito alimentar se revela como robusto instrumento apto a assegurar a sobrevivência do indivíduo, porquanto se apresenta como o meio adequado para atingir os recursos imprescindíveis à subsistência daqueles que, por si só, não conseguem prover sua manutenção pessoal, em decorrência da faixa etária, motivos de saúde, incapacidade, impossibilidade ou mesmo ausência de trabalho. Ao lado disso, prima anotar que o tema em debate ganha, ainda mais, proeminência em decorrência da maciça importância ostentada, eis que se expõe como elemento assegurador da dignidade do indivíduo. Nesse diapasão, há que se registrar que os alimentos, na atual sistemática albergada pela Lei N° 10.406, de 10 de Janeiro de 2002, que institui o Código Civil, dão corpo a obrigação que o indivíduo possui de fornecer alimentos a outrem. Insta arrazoar, com realce, que, no que tange à órbita jurídica, tal acepção se revela mais ampla, compreendendo, inclusive, além dos próprios alimentos, a satisfação de outras necessidades tidas como essenciais para a vida em sociedade. Assim, concatenado com as intensas modificações estruturadas, o presente se debruça sobre a

manutenção do encargo alimentar em hipóteses em que o alimentando tenha atingido a maioria civil à luz do STJ.

Palavras-chaves: Verba Alimentar. Dignidade da Pessoa Humana. Maioridade Civil. Entendimento Jurisprudencial.

Sumário: 1 O Instituto dos Alimentos no Direito Brasileiro: Ponderações Introdutórias ao Tema; 2 Aspectos Característicos da Obrigação Alimentar: 2.1 Direito Personalíssimo; 2.2 Irrenunciabilidade; 2.3 Atualidade; 2.4 Futuridade; 2.5 Imprescritibilidade; 2.6 Transmissibilidade; 3 Maioridade Civil e a manutenção do encargo alimentar: um painel à luz do entendimento do Superior Tribunal de Justiça

1 O Instituto dos Alimentos no Direito Brasileiro: Ponderações Introdutórias ao Tema

Em sede de comentários introdutórios, ao se abordar o tema em comento, necessário se faz pontuar que a sobrevivência afigura no rol dos fundamentais direitos da pessoa humana. Nesta esteira de análise, é plenamente denotável que a prestação de crédito alimentar se revela como robusto instrumento apto a assegurar a sobrevivência do indivíduo, porquanto se apresenta como o meio adequado para atingir os recursos imprescindíveis à subsistência daqueles que, por si só, não conseguem prover sua manutenção pessoal, em decorrência da faixa etária, motivos de saúde, incapacidade, impossibilidade ou mesmo ausência de trabalho. Com efeito, o festejado Sílvio de Salvo Venosa salienta que “o termo alimentos pode ser entendido, em sua conotação vulgar, como tudo aquilo necessário para sua subsistência”^[1]. Ao lado disso, prima anotar que o tema em debate ganha, ainda mais, proeminência em decorrência da maciça importância ostentada, eis que se expõe como elemento assegurador da dignidade do indivíduo.

Com clareza solar, Tartuce e Simão evidenciam, em suas lições, que “o pagamento desses alimentos visa à pacificação social, estando amparado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade, ambos de índole constitucional”^[2]. Nesse diapasão, há que se registrar que os alimentos, na atual sistemática albergada pela Lei N° 10.406, de 10 de Janeiro de 2002^[3], que institui o Código Civil, dão corpo a obrigação que o indivíduo possui de fornecer alimentos a outrem. Insta arrazoar, com realce, que, no que tange à órbita jurídica, tal acepção se revela mais ampla, compreendendo, inclusive, além dos próprios alimentos, a satisfação de outras necessidades tidas como essenciais para a vida em sociedade. “Os alimentos são destinados a satisfazer as necessidades materiais de subsistência, vestuário, habitação e assistência na enfermidade”^{[4]-[5]}, assim como atender os requisitos de esfera moral e cultural, estabelecidos como tais pela vida em sociedade.

Afora isso, com efeito, há que obtemperar que as prestações objetivam atender a condição social e o estilo de vida adotado pelo alimentando, sem olvidar, entretanto, da condição econômica do alimentante. Como se depreende do expendido até o momento, em razão da ordem jurídica inaugurada pela Constituição Federal de 1988^[6], os alimentos passaram a integrar a extensa, porém imprescindível, rubrica dos aspectos de solidariedade da célula familiar, arrimando-se, de maneira rotunda, em pilares de cooperação, isonomia e justiça social, bem como defesa da dignidade da pessoa humana. “Ou seja, a obrigação alimentar é, sem dúvida, expressão da solidariedade social e familiar (enraizada em sentimentos humanitários) constitucionalmente impostas como diretriz da nossa ordem jurídica”^[7].

A prestação de alimentos se revela, neste sedimento, como instrumento apto a promoção dos princípios insertos na concepção de solidariedade familiar, alcance mais restrito da própria solidariedade social. Neste sentido, a Ministra Nancy Andrighi, ao apreciar o Recurso Especial N° 933.355/SP, explicitou,

com bastante pertinência, o preceito principiológico constitucional de solidariedade e mútuo assistencialismo que atua como robusto axioma justificador do adimplemento de verbas alimentares entre os componentes da mesma célula familiar. Para tanto, com o escopo de ilustrar as ponderações apresentadas, mister se faz colacionar o proeminente aresto:

Ementa: Direito civil. Família. Revisional de alimentos. Reconvencção com pedido de exoneração ou, sucessivamente, de redução do encargo. Dever de mútua assistência. Divórcio. Cessação. Caráter assistencial dos alimentos. Comprovação da necessidade de quem os pleiteia. Condição social. Análise ampla do julgador. Peculiaridades do processo. - Sob a perspectiva do ordenamento jurídico brasileiro, o dever de prestar alimentos entre ex-cônjuges, reveste-se de caráter assistencial, não apresentando características indenizatórias, tampouco fundando-se em qualquer traço de dependência econômica havida na constância do casamento. - O dever de mútua assistência que perdura ao longo da união, protrai-se no tempo, mesmo após o término da sociedade conjugal, assentado o dever de alimentar dos então separandos, ainda unidos pelo vínculo matrimonial, nos elementos dispostos nos arts. 1.694 e 1.695 do CC/02, sintetizados no amplamente difundido binômio – necessidades do reclamante e recursos da pessoa obrigada. (...) - Dessa forma, em paralelo ao raciocínio de que a decretação do divórcio cortaria toda e qualquer possibilidade de se postular alimentos, admite-se a possibilidade de prestação do encargo sob as diretrizes consignadas nos arts. 1.694 e ss. do CC/02, o que implica na

decomposição do conceito de necessidade, à luz do disposto no art. 1.695 do CC/02, do qual é possível colher os seguintes requisitos caracterizadores: (i) a ausência de bens suficientes para a manutenção daquele que pretende alimentos; e (ii) a incapacidade do pretense alimentando de prover, pelo seu trabalho, à própria manutenção. - Partindo-se para uma análise sócio-econômica, cumpre circunscrever o debate relativo à necessidade a apenas um de seus aspectos: a existência de capacidade para o trabalho e a sua efetividade na manutenção daquele que reclama alimentos, porquanto a primeira possibilidade legal que afasta a necessidade – existência de patrimônio suficiente à manutenção do ex-cônjuge –, agrega alto grau de objetividade, sofrendo poucas variações conjunturais, as quais mesmo quando ocorrem, são facilmente identificadas e sopesadas. - O principal subproduto da tão propalada igualdade de gêneros estatuída na Constituição Federal, foi a materialização legal da reciprocidade no direito a alimentos, condição reafirmada pelo atual Código Civil, o que significa situar a existência de novos paradigmas nas relações intrafamiliares, com os mais inusitados arranjos entre os entes que formam a família do século XXI, que coexistem, é claro, com as tradicionais figuras do pai/marido provedor e da mãe/mulher de afazeres domésticos. (...) Recurso especial conhecido e provido. (Superior Tribunal de Justiça – Terceira Turma/ REsp N° 933.355/SP/ Relatora: Ministra Nancy Andrighi/ Julgado em 25.03.2008/ Publicado no DJe em 11.04.2008).

Deste modo, ao se considerar as nuances e particularidades que envolvem as relações estruturadas em células familiares, todas as vezes que os liames não forem suficientes para assegurar a cada um de seus integrantes as condições necessárias para uma vida digna, o Ordenamento Jurídico, ressoando os valores consagrados na Constituição Federal de 1988^[8]^[9], impõe a seus componentes a prestar os mecanismos imprescindíveis à sobrevivência digna, o qual é assegurado por meio dos alimentos.

2 Aspectos Característicos da Obrigação Alimentar

Assinalar se faz premente que o pagamento de prestação de verba alimentar apresenta aspectos caracterizadores distintos das demais obrigações de cunho civil, em razão de natureza especial, adstrita à dignidade da pessoa humana, encontrando-se entre valores tidos como fundamentais, considerados como indispensáveis e indisponíveis para a subsistência do ser humano. “*Esta sua natureza especial decorre do intrínseco propósito de assegurar a proteção do credor de alimentos, mediante um regime legal específico*”^[9]. Tal fato decorre da premissa que o crédito alimentar ambiciona cobrir necessidades impostergáveis do alimentando, cuja satisfação não comporta morosidade ou demora, motivo pelo qual aprova ao legislador enrodilhar o instituto dos alimentos de um sucedâneo de garantias especiais, com o escopo de assegurar o pagamento do *quantum* estipulado. Ao lado disso, quadra transcrever o entendimento firmado por Farias e Rosenvald, notadamente quando pontuam que “*tratando-se de uma obrigação tendente à manutenção da pessoa humana e de sua fundamental dignidade, é natural que os alimentos estejam cercados de características muito peculiares*”^[10]. No mais, há que se anotar que tais aspectos se revelam preponderantes para distinguir o instituto do pensionamento de alimentos das demais obrigações.

2.1 Caráter Personalíssimo

Em uma primeira plana, cuida anotar que a verba alimentar é descrita como direito personalíssimo, porquanto tão

somente aquele que mantém a relação de parentesco, casamento ou ainda união estável com o alimentante poderá vindicá-los. “*No que tange ao credor ou alimentando, o direito aos alimentos é personalíssimo, uma vez que somente aquele que mantém relação de parentesco, casamento ou união estável com o devedor ou alimentante pode pleiteá-los*”^[11], como bem destacam Tartuce e Simão, devendo, imperiosamente, se atentarem para os corolários irradiados pelo binômio necessidade e possibilidade, incidindo o preceito da proporcionalidade. Ao lado disso, quadra anotar que o aspecto personalíssimo do instituto em comento justifica a natureza declaratória da ação de alimentos, tal como sua correspondente imprescritibilidade. Ora, em decorrência da atual interpretação concedida pelo Supremo Tribunal Federal no que concerne às uniões homoafetivas, óbice não subsiste que companheiros pleiteiem o pagamento de verba alimentar. Como bem arrazoou o Ministro Celso de Mello, ao julgar o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário N° 477.554, hasteou como flâmula desfraldada que:

Isso significa que a qualificação da união estável entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, desde que presentes, quanto a ela, os mesmos requisitos inerentes à união estável constituída por pessoas de gêneros distintos (Código Civil, art. 1.723), representa o reconhecimento de que as conjugalidades homoafetivas, por repousarem a sua existência nos vínculos de solidariedade, de amor e de projetos de vida em comum, hão de merecer o integral amparo do Estado, que lhes deve dispensar, por tal razão, o mesmo tratamento atribuído às uniões estáveis heterossexuais. Impende considerar, neste ponto, o afeto como valor jurídico impregnado de natureza constitucional, em ordem a valorizar esse novo paradigma como núcleo conformador do próprio conceito de família^[12].

Ao lado disso, há que se obtemperar que os alimentos concedidos, diante da sua destinação e relevância social, privilegiados de maneira maciça pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988^[13], configuram direito personalíssimo que reúne particularidades que recomendam total controle e observância das formalidades legais, não admitindo renúncia, compensação, penhorabilidade, cessão, transação, restituição ou qualquer outra forma que comporte sua redução sem o devido processo legal. Como bem arrazoa Rolf Madaleno, os alimentos visam “*preservar, estritamente a vida do indivíduo, não podendo ser repassado este direito a outrem, como se fosse um negócio jurídico*”^[14]¹⁵, conquanto possa a obrigação de pensionamento ser repassada aos herdeiros do alimentante, como bem frisa o artigo 1.700 da Lei N° 10.406, de 10 de Janeiro de 2002, que institui o Código Civil: “*Art. 1.700. A obrigação de prestar alimentos transmite-se aos herdeiros do devedor, na forma do art. 1.694*”^[15]. *Ipsa facto*, é defeso no Ordenamento Pátrio vigente a renúncia sobre o direito de recebimento de alimentos, maiormente em razão da ilicitude do objeto, sendo tais avenças consideradas como nulas, porquanto dispõe de direito compreendido na rubrica personalíssimo. Nesta esteira de exposição, com efeito, cuida trazer à colação o entendimento jurisprudencial que explicita, de maneira rotunda, o aspecto característico em comento, assim como a impossibilidade da renúncia ao recebimento de verba alimentar, em decorrência do aspecto personalíssimo que emoldura o instituto dos alimentos:

Ementa: Agravo de Instrumento. Família. Acordo de Renúncia de Alimentos de Incapaz. Direito Personalíssimo e Irrenunciável. Negócio Jurídico Manifestamente Nulo. Na espécie, o acordo entabulado pelas partes visa, em verdade, à renúncia aos alimentos a que tem direito a criança (*filho comum*), o que é vedado pelo ordenamento legal, consoante arts. 841 e 1.707, ambos do Código Civil, porquanto o

direito a alimentos é personalíssimo e irrenunciável. Destarte, o negócio jurídico entabulado entre as partes é manifestamente nulo, consoante art. 166 do Código Civil. Agravo de Instrumento Desprovido. (Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – Oitava Câmara Cível/ Agravo de Instrumento Nº. 70043331966/ Relator Desembargador Ricardo Moreira Lins Pastl/ Julgado em 18.08.2011).

Ementa: Apelação Cível. Acordo de Renúncia dos Alimentos de Incapaz. Direito Indisponível. O direito a alimentos é personalíssimo, sendo defeso que os representantes do alimentado-incapaz realizem transação que acarrete sua renúncia (artigo 1.707 do Código Civil). Apelo não Provido. (Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – Oitava Câmara Cível/ Apelação Cível Nº 70036963809/ Relator Desembargador Alzir Felipe Schmitz/ Julgado em 02.12.2010).

Faz-se necessário arrimar-se, por imperioso, que o arbitramento dos valores a serem pagos, a título de verba alimentar, observarão o binômio possibilidade-necessidade, devendo o magistrado, neste ponto, valorar o princípio da proporcionalidade ao estipular o *quantum* a ser afixado. “É um direito personalíssimo por ter por escopo tutelar a integridade física do indivíduo, logo, sua titularidade não passa para outrem”^[16]17. Ao lado disso, em decorrência de seu caráter *intuitu personae* unilateral, o pensionamento de verba alimentícia não é transmissível aos herdeiros do alimentando. Ademais, o aspecto personalíssimo que caracteriza o instituto dos alimentos justifica a natureza declaratória da ação de alimentos.

2.2 Irrenunciabilidade

Em uma primeira exposição, insta trazer a lume que, quando da vigência da Lei N.º. 3.071, de 1º de Janeiro de 1916, que institui o Código Civil dos Estados Unidos do Brasil (revogado Código Civil de 1916), o Supremo Tribunal Federal, que detinha competência para apreciação de matéria infraconstitucional, buscando interpretar as disposições contidas no artigo 404[17], consagrou o entendimento que os alimentos, em quaisquer circunstâncias, eram irrenunciáveis. Doutro modo, o Superior Tribunal de Justiça, que, em decorrência de expressa disposição constitucional, passou a gozar de competência para apreciação de matéria infraconstitucional, “*sempre entendeu que a irrenunciabilidade dos alimentos dos alimentos somente alcançava os incapazes. Logo, afirmou-se que os alimentos somente seriam irrenunciáveis em favor de incapazes*”[18]. Em decorrência de tal ótica, passou-se a assentar visão jurisprudencial no que concerne à possibilidade de cônjuges ou companheiros renunciarem, quando da feitura do acordo de dissolução de casamento ou união estável, obstando, por consequência, uma posterior cobrança de pensionamento alimentar.

Com o advento da Lei N.º 10.406, de 10 de Janeiro de 2002, que institui o Código Civil, foi trazida à baila, por meio do artigo 1.707, novas polêmicas, porquanto o dispositivo ora aludido consagrou em sua redação que “**Art. 1.707.** *Pode o credor não exercer, porém lhe é vedado renunciar o direito a alimentos, sendo o respectivo crédito insuscetível de cessão, compensação ou penhora*”[19]. Entrementes, a redação do artigo suso mencionado não turbou o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, o qual manteve a visão que somente as verbas alimentares dos incapazes não seriam incapazes pelo característico da irrenunciabilidade, sendo, doutro giro, admitida a renúncia em acordos que versem acerca do casamento ou da união estável. Neste sentido, inclusive, colhem-se os seguintes arestos:

Ementa: Apelação Cível. Pedido de Alimentos. União Estável. Em se tratando de

união estável, sua dissolução equivale ao divórcio no casamento. Ou seja: o vínculo foi rompido. Logo, não importa se foi utilizado o termo “renúncia” ou “dispensa” dos alimentos, pois, em qualquer hipótese, desaparecido o vínculo, não haverá mais possibilidade de demandar alimentos posteriormente. Assim, bem andou a r. sentença, ao dar pela improcedência do pleito. Não caracterizado qualquer dos pressupostos da obrigação alimentar (vínculo, necessidade e possibilidade), inviável acolher o pleito. Negaram Provisão. Unânime. (Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – Oitava Câmara Cível/ Apelação Cível Nº 70046584819/ Relator Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos/ Julgado em 22.03.2012).

Ementa: Apelação Cível. Ação de Alimentos. Ex-Esposa. Divórcio. Renúncia aos alimentos. Descabimento. Em razão do divórcio do casal, que rompe o vínculo parental, e da renúncia aos alimentos, não prospera o pedido de alimentos entre ex-cônjuges, porquanto deixou de existir o dever de mútua assistência. Negaram Provisão ao Apelo. (Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – Oitava Câmara Cível/ Apelação Cível Nº. 70040502924/ Relator Desembargador Alzir Felipe Schmitz/ Julgado em 15.09.2011).

Ementa: Apelação Cível. Família. Ação de Alimentos à Ex-Esposa. Dispensa dos alimentos no divórcio. Impossibilidade de pleito alimentar. Sentença que julgou improcedente o pedido. Manutenção da Sentença. Ocorrida a renúncia

dos alimentos na ação de divórcio, inviável se mostra o pedido de alimentos postulado em ação de divórcio. Precedentes jurisprudenciais. Apelação Desprovida. (Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – Sétima Câmara Cível/ Apelação Cível Nº. 70037100179/ Relator Desembargador José Conrado de Souza Júnior/ Julgado em 23.08.2010).

Destarte, conquanto a redação do artigo 1.707 da Lei Substantiva Civil, é possível extrair o entendimento de que os alimentos são dotados de irrenunciabilidade tão somente quando arbitrados em favor de incapazes. Doutra banda, é admissível a renúncia entre pessoas capazes, sendo, em razão disso, vedada posterior cobrança do pagamento de verba alimentar. Com efeito, não é razoável que o cônjuge ou companheiro, que venham renunciar ao pagamento de alimentos, em acordo consensual, possa, posteriormente, vindicar verba alimentar. “*Trata-se de típica hipótese de nemo venire contra factum proprium (proibição de comportamento contraditório, caracterizando ato ilícito objetivo, também chamado de abuso do direito)*”^[20]. Em decorrência dos postulados ora desfraldados, impende realçar que a vedação obsta a ocorrência de comportamento tido como contraditório, logo, o cônjuge ou companheiro não poderá contradizer seu próprio comportamento, notadamente quando produziu, em outrem, uma determinada expectativa. A hipótese de renunciabilidade albergada pelo entendimento jurisprudencial e a impossibilidade de, posteriormente, requerer verba alimentar, colocam empecilho para uma inesperada mudança de comportamento, desdizendo uma conduta dantes adotada pela mesma pessoa, culminando, desta sorte, em frustrar a expectativa de terceiro. No que concerne aos incapazes, em razão da impossibilidade de perpetrar atos de disposição de direito, é inadmissível a renúncia dos alimentos, sendo possível ulterior vindicação de tal direito. Logo, haverá, nesta hipótese, ocasional dispensa da pensão alimentícia, não sendo

cobrada momentaneamente. Isto é, o alimentando poderá deixar de exercer o direito que possui, todavia não poderá renunciá-lo.

2.3 Atualidade

Há que se frisar, inicialmente, que o pensionamento de verba alimentar substancializa obrigação de trato sucessivo, ou seja, sua execução de protraí no tempo, sendo, em razão disso, submetida aos efeitos danosos da inflação, que poderá comprometer o *quantum* pago. Nesta senda, objetivando salvaguardar o numerário de tais efeitos, o artigo 1.710 da Lei N° 10.406, de 10 de Janeiro de 2002, que institui o Código Civil, espanca que “*Art. 1.710. As prestações alimentícias, de qualquer natureza, serão atualizadas segundo índice oficial regularmente estabelecido*”[\[21\]](#). Deste modo, resta patentemente demonstrado que é fundamental que os alimentos sejam estabelecidos com a indicação de um critério (seguro) de correção de valor, preservando, desta forma, o seu caráter atual.

Em inexistindo a possibilidade de fixar a prestação alimentícia em percentuais a serem descontados de maneira direta dos rendimentos do alimentante, o entendimento jurisprudencial caminha no sentido de estabelecimento em salários mínimos. Neste ponto, a visão consagrada pelo Supremo Tribunal Federal é que a vedação agasalhada no artigo 7º, inciso IV, da Constituição Federal[\[22\]](#), que estipula a impossibilidade do emprego do salário mínimo como fatos de indexação obrigacional, não abrangem as obrigações de cunho alimentar, motivo pelo qual não há óbice na fixação da verba alimentar fulcrado no salário mínimo, com o fito de assegurar sua atualidade. “*O ideal é que os julgados que fixam os alimentos levem em conta um fator seguro de atualização, garantindo que a prestação alimentícia mantenha, sempre o seu valor*”[\[23\]](#), com o escopo de evitar o ajuizamento, desnecessário, de ações que visem a revisão de alimentos.

2.4 Futuridade

In primo loco, mister se faz frisar que os alimentos objetivam a manutenção do alimentando, destinando-se, desta sorte, ao futuro, não sendo exigíveis para o passado. O aspecto característico em comento assenta sua lógica no ideário que o numerário objetiva a manutenção da integridade física e psíquica do alimentando, devendo, desta forma, servir-lhe no tempo presente e no futuro, mas não no passado. *Id est*, se o alimentando já se manteve até aquele momento sem o pagamento de prestação alimentícia pelo alimentante, não subsiste justificativa para a concessão dos alimentos no pretérito.

O aspecto de futuridade é tão substancial no instituto dos alimentos que, a fim de resguardar a sua manutenção, o Código de Processo Civil^[24], em seus artigos 732 *ut* 734, permite que haja o desconto diretamente na folha de pagamento, compreendendo tal locução a remuneração e outras rendas, das parcelas vincendas da verba alimentar. ^[25]“*Pontue-se, todavia, que este caráter futuro não impede que sejam executadas as parcelas alimentícias fixadas judicialmente e não pagas pelo devedor*”²⁶, atentando-se, por necessário, para o prazo prescricional de dois anos. Desta sorte, a concepção de alimentos atrasados alcança apenas as parcelas já fixadas pelo magistrado e não adimplidas pelo devedor, quando deveria tê-la feito.

2.5 Imprescritibilidade

Em razão dos alimentos serem destinados a manter aquele que deles necessita no presente e no futuro, não há prazo extintivo para o seu pensionamento. Nesta toada, o direito de obter, em Juízo, a estipulação de uma verba de natureza alimentar pode ser exercido a qualquer tempo, desde que os requisitos insertos na lei se encontrarem preenchidos, inexistindo qualquer prazo prescricional. Entrementes, uma vez assinalado o *quantum* a ser pago, proveniente de ato decisório judicial, fluirá, a partir daquele momento, o prazo prescricional para que seja aforada a competente execução dos valores correspondentes.

Desse modo, infere-se que a prescrição afeta a pretensão executória dos alimentos, substancializando-se no prazo de dois anos, conforme entalha o artigo 206, §2º, da Lei N° 10.406, de 10 de Janeiro de 2002[26], que institui o Código Civil. No mais, quando os alimentos forem estipulados em favor de absolutamente incapazes ou pelo filho menor na constância do poder familiar, até os 18 (dezoito) anos, não fluirá o prazo prescricional, uma vez que restará substancializada a causa impeditiva, como bem estatui o inciso II do artigo 197 e o inciso I do artigo 198, ambos da Lei Substantiva Civil vigente.

2.6 Transmissibilidade

O Estatuto de 1916 trazia em sua estrutura, de maneira expressa, a intransmissibilidade dos alimentos, restando tal preceito consagrado em seu artigo 402, como se infere, inclusive, da redação oportunamente colocada “**Art. 402.** *A obrigação de prestar alimentos não se transmite aos herdeiros do devedor*”[27]. O maciço axioma que sustentava tal ideário advinha do aspecto personalíssimo que o instituto em tela possui, fazendo com que a morte do alimentante ou do alimentando acarretasse a extinção de tal obrigação. Entretanto, com o advento do Código de 2002, passou a vigorar novel postulado, no qual a obrigação de prestar alimentos é transmissível aos herdeiros do alimentante. Farias e Rosenvald, ao discorrerem acerca do tema, manifestam que “*em nosso entender, tratando-se de uma obrigação personalíssima, os alimentos não deveriam admitir transmissão, impondo-se a reconhecer a sua automática extinção*”[28], em decorrência do falecimento do alimentante ou do alimentado.

A transmissão, em relação aos herdeiros do alimentante, só seria possível em relação às prestações vencidas e não adimplidas, atentando-se, por necessário, para as forças do espólio, eis que se trata de dívida do *auctor successionis*, a qual é transmitida juntamente com o patrimônio, em decorrência do princípio da *saisine*. Nesta senda, Rolf Madaleno anota que “*a transmissão da obrigação alimentar não extrapola a esfera*

hereditária, para penetrar no patrimônio de cada sucessor, sendo balizado seu limite à totalidade dos bens deixados pelo sucedido”[29]. Ao lado disso, ao se examinar o tema em comento, deve ser considerada a herança em sua totalidade, uma vez que só há herança líquida passível de inventariança, após o pagamento das obrigações deixadas pelo sucedido. No mais, cuida expor que as obrigações oriundas de verba alimentar gozam de prioridade para serem saldadas.

Igualmente, vale destacar que a obrigação alimentar é considerada como proporcional ao quinhão de cada herdeiro, alcançando os legítimos, necessários ou testamentários, mesmo porque os legados só serão pagos se a herança assim o suportar, após o atendimento das dívidas deixadas e das obrigações deixadas pelo falecido. Neste sedimento, cuida trazer à colação que *“os legitimados a responder pelos alimentos transmitidos (fixados judicialmente em favor de quem não seja herdeiro do morto) serão todos aqueles que possuírem direitos sucessórios em relação ao espólio*”[30]. Ergo, não há que se cogitar em reserva da legítima dos herdeiros necessários, uma vez que é possível que não subsista, após o adimplemento das dívidas e das obrigações do sucedido, herança líquida.

Em sendo o alimentando herdeiro do alimentante, não poderá aquele requerer verba alimentar do espólio, uma vez que dele já terá um quinhão, em decorrência de sua condição de herdeiro. Tal entendimento, destaque-se, obsta um desequilíbrio nos valores recebidos por indivíduos que se encontram, a rigor, em mesma situação jurídica. Além disso, como direito alimentar transmitido, o valor a ser pago está sujeito à revisão judicial, desde que reste demonstrada a modificação na situação patrimonial do alimentando, sendo possível a ocorrência de diminuição, majoração ou ainda exoneração. Ademais, deve-se afastar a hipótese de só serem transmitidos os alimentos porventura não pagos em vida pelo sucedido, já que o Diploma Legal, de maneira contundente, se refere à transmissão da obrigação alimentar, incluindo-se as

parcelas vincendas, observando-se, por necessário, as forças da herança, e não apenas do débito alimentar deixado pelo alimentante.

3 Maioridade Civil e a manutenção do encargo alimentar: um painel à luz do entendimento do Superior Tribunal de Justiça

Estruturada a base sobre a qual se assenta a verba alimentar, notadamente como rubrica indissociável para o desenvolvimento do alimentando, maiormente como pilar intrínseco do superprincípio da dignidade da pessoa humana, faz-se carecido discorrer sobre o entendimento jurisprudencial remansoso apresentado pelo Superior Tribunal de Justiça acerca da manutenção do adimplemento alimentar em prol de alimentando que já alcançou a maioria civil, porém que depende do *quantum* prestado para assegurar a continuidade de seus estudos. Neste sentido, é possível aludir que, consoante notícia vinculada pelo próprio sítio eletrônico do órgão judiciário acima aludido, o dever de assegurar a manutenção de a verba alimentar, mesmo após o alcance da maioria civil, para fins de instrução educacional, encontra escora no primado da solidariedade, cuja moldura axiológica reveste as disposições civilistas do instituto dos alimentos. Em complemento, é possível colacionar ilustrativos precedentes:

Ementa: Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Agravo em Recurso Especial. Ação de Exoneração de Alimentos. Maioridade. falta de comprovação da necessidade. Revisão. Incidência da súmula n. 7/STJ. Agravo improvido. 1. Nos termos da jurisprudência desta Corte, em se tratando de filho maior, a pensão alimentícia é devida pelo seu genitor em caso de comprovada necessidade ou quando houver frequência em curso universitário ou técnico, por força do entendimento de que a obrigação

parental de cuidar dos filhos inclui a outorga de adequada formação profissional. Porém, é ônus do alimentado a comprovação de que permanece tendo necessidade de receber alimentos. Precedentes. 2. Agravo regimental a que se nega provimento. (Superior Tribunal de Justiça – Terceira Turma/ AgRg nos EDcl no AREsp 791.322/SP/ Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze/ Julgado em 19.05.2016/ Publicado no DJe em 01.06.2016).

Ementa: Família. União Estável. Dissolução. Bens. Dívidas. Divisão.

Alimentos. Filho maior. 1. A obrigação alimentar do pai em relação aos filhos cessa com o advento da maioridade, mas não automaticamente. Cessando a obrigação alimentar compulsória, subsiste o dever de assistência fundado no parentesco consanguíneo. 2. "O cancelamento de pensão alimentícia de filho que atingiu a maioridade está sujeito à decisão judicial, mediante contraditório, ainda que nos próprios autos" (Súmula n. 358/STJ). 3. Visto que, com o advento da maioridade, o dever de prestar alimentos não se extingue de forma automática, deve-se dar ao alimentando oportunidade de comprovar a impossibilidade de prover a própria subsistência ou a necessidade da pensão por frequentar curso técnico ou universitário. Contudo, essa providência, na hipótese tratada nos autos, é despicienda porquanto a postulação por alimentos para filho maior, já com 25 anos, foi fundamentada apenas na obrigação alimentar, desvinculada de eventual necessidade. 4. O

instituto da meação nada mais é do que a atribuição dos bens a cada um dos cônjuges que, conjuntamente, trabalharam para construir o patrimônio. O art. 1.725 do Código Civil estabelece o regime de comunhão parcial de bens para as relações patrimoniais entre companheiros, de forma que o companheiro tem direito tanto à metade dos bens adquiridos na constância da união estável que se comunicam no regime de comunhão parcial quanto à metade dos bens adquiridos a título oneroso, ainda que só em nome de um deles.

5. A meação do companheiro, assim como a do cônjuge, responde pelas obrigações do outro quando contraídas em benefício da família, na forma estabelecida no art. 592, IV, do CPC e nos arts. 1.643 e 1.644 do CC. 6. Recurso especial conhecido parcialmente e provido em parte. (Superior Tribunal de Justiça – Terceira Turma/ REsp 1.292.537/MG/ Relator: Ministro João Otávio de Noronha/Julgado em 03.03.2016/ Publicado no DJe em 10.03.2016).

Ementa: Direito civil e processual civil. Recurso especial. Execução de alimentos. Maioridade. Exoneração automática. Impossibilidade.

- Com o advento da maioridade, é vedada a exoneração automática da obrigação de prestar alimentos fundada no dever de sustento, a qual terá continuidade com fundamento no dever de parentesco, se comprovada a necessidade pelo filho. Precedentes.

- Na execução de sentença que condenou o pai a prestar alimentos ao filho, permanece incólume o título executivo judicial ainda que atingida a maioridade, porque comprovado no curso do processo que perdura a necessidade do alimentado. Recurso especial não conhecido. (Superior Tribunal de Justiça – Terceira Turma/ REsp 510.247/SP/ Relatora: Ministra Nancy Andrichi/ Julgado em 19.05.2005/ Publicado no DJ em 08.08.2005, p. 300).

Ora, denota-se, a partir do entendimento colacionado, que a manutenção da verba alimentar apresenta escopo específico, qual seja: auxiliar ao alimentando a cursar graduação ou ensino técnico, subsistindo, em tal hipótese, o binômio necessidade-possibilidade que norteia o arbitramento e o adimplemento da pensão alimentícia. Nesta linha de dicção, a manutenção da verba alimentar se dá em sensibilidade ao processo de formação profissional do alimentando que, até concluir o curso em que se encontra, não reúne condições de ocupar um posto de trabalho no mercado, carecendo, portanto, do *quantum* para sua subsistência. Doutro turno, entretantes, o Superior Tribunal de Justiça assentou perspectiva remansosa que a verba alimentar, cujo escopo seja o motivo supramencionado, não subsiste quando se tratar de hipótese que o alimentando, já formado em curso da graduação ou técnico, pleiteia a manutenção do *quantum* para fins de especialização ou formação complementar. Denota-se, assim, que o binômio possibilidade-necessidade da verba alimentar não mais autoriza o adimplemento de pensão.

Assim, considera-se que o alimentando que cursa graduação ou ensino técnico ainda permanece na esfera de dependência de seus genitores, mesmo que esteja recebendo valor atinente a estágio desempenhado, porquanto tal numerário não é capaz, naquele momento, de propiciar o adimplemento do curso. Contudo, há que se repisar que tal necessidade não mais se verifica

quando finalizado o curso de graduação ou ensino técnico, eis que o alimentando passa, a partir de então, reunir condições para ocupar um posto no mercado de trabalho. Em tal sentido, o Superior Tribunal de Justiça externou entendimento que:

Ementa: Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial. Violação ao art. 535 do CPC. Não ocorrência. Prestação de alimentos. Exoneração. Maioridade. Estudante. Comprovação. Verificação do binômio necessidade/possibilidade. Reexame de provas. Impossibilidade. 1. A Corte de origem dirimiu, fundamentadamente, as matérias que lhe foram submetidas, motivo pelo qual o acórdão recorrido não padece de omissão, contradição ou obscuridade. Não se vislumbra, portanto, a afronta ao art. 535 do Código de Processo Civil. Não se pode confundir julgamento desfavorável com negativa de prestação jurisdicional, ou ausência de fundamentação. 2. A eg. Corte Estadual entendeu por negar a manutenção da pensão alimentícia, com esteio nos elementos de prova constantes dos autos, enfatizando a observância do binômio necessidade/possibilidade. Nesse contexto, a alteração desse entendimento, tal como pretendida, demandaria, necessariamente, novo exame do acervo fático-probatório, o que é vedado pela Súmula 7 do STJ, que dispõe: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial." 3. O entendimento do eg. Tribunal de origem está de acordo com a orientação desta Corte Superior, de que, em se tratando de filho maior, a pensão alimentícia é devida pelo seu genitor em caso de comprovada necessidade ou quando houver frequência em

curso universitário ou técnico, por força do entendimento de que a obrigação parental de cuidar dos filhos inclui a outorga de adequada formação profissional. Contudo, cabe ao alimentado a comprovação de que permanece tendo necessidade de receber alimentos, o que não foi o caso dos autos. Nesse sentido: REsp 1.198.105/RJ, Relatora a Ministra NANCY ANDRIGHI, DJe de 14.9.2011. 4. Agravo regimental não provido. (Superior Tribunal de Justiça – Quarta Turma/ AgRg no AREsp 13.460/RJ/ Relator: Ministro Raul Araújo/ Julgado em 19.02.2013/ Publicado no DJe em 14.03.2013).

A partir do entendimento pretoriano transcrito, é possível assinalar que o Superior Tribunal de Justiça, de maneira cristalina, consolidou duas teses interpretativas distintas, no que toca à manutenção de prestação de verba alimentar em prol do alimentando que atingiu a maioridade civil. A primeira, estribada no princípio da solidariedade, preconiza que a permanência se justifica no fato do alimentando estar cursando graduação ou ensino técnico, ou seja, em processo de preparação para sua inserção no mercado de trabalho, não detendo, portanto, condições de arcar com os valores oriundos de tal instrução. Em tal cenário, o binômio necessidade-possibilidade encontra escora plausível e argumentação robusta para a manutenção. Noutro prisma, o mesmo Superior Tribunal de Justiça vai entender inviável a manutenção daquela verba, quando constatar que o alimentando já finalizou a graduação ou curso técnico, eis que estaria, a partir daquele momento, preparado para se inserir no mercado formal de trabalho. Constata-se, assim, que o princípio da solidariedade alimentar não mais encontra sedimento, porquanto seus dogmas seriam indevidamente utilizados para a manutenção de um cenário que não mais se sustenta. Ora, cuida ponderar que a interpretação equivocada de tal primado perpetuaria, indevidamente, uma

situação de encargo, em relação ao alimentante, que não mais se justifica.

Referências:

BRASIL. Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: . Acesso em 16 out. 2016.

_____. **Lei Nº. 3.071, de 1º de Janeiro de 1916.** Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: . Acesso em: 16 out. 2016.

_____. **Lei Nº 5.869, de 11 de Janeiro de 1973.** Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: . Acesso em: 16 out. 2016.

_____. **Lei Nº. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: . Acesso em: 16 out. 2016.

_____. **Superior Tribunal de Justiça.** Disponível em: . Acesso em: 16 out. 2016.

_____. **Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: . Acesso em: 16 out. 2016.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões**, vol. 06. 24ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

_____. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**, v. 05. 27 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família.** Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008.

RIO DE JANEIRO (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**. Disponível em: . Acesso em: 16 out. 2016.

RIO GRANDE DO SUL (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**. Disponível em: . Acesso em: 16 out. 2016.

TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil: Direito de Família**. v. 5. 7 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Método, 2012.

VENOSA, Sílvio Salvo. **Código Civil Interpretado**. São Paulo: Atlas, 2010.

NOTAS:

[1] VENOSA, Sílvio Salvo. **Código Civil Interpretado**. São Paulo: Editora Atlas, 2010, p. 1.538.

[2] TARTUCE, Flávio; SIMÃO, José Fernando. **Direito Civil: Direito de Família**. v. 5. 7 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Método, 2012, p. 417.

[3] BRASIL. **Lei Nº. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: . Acesso em: 16 out. 2016.

[4] MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008, p.635.

[5] Neste sentido: VENOSA, 2010, p. 1.538: “*Assim, alimentos na linguagem jurídica, possuem significado bem mais amplo do que o sentido comum, compreendendo, além da limitação, também o que for necessário para moradia, vestuário, assistência médica e instrução*”.

[6] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: . Acesso em 16 out. 2016.

[7] FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, p. 586.

[8] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: . Acesso em 16 out. 2016.

[9] MADALENO, 2008, p. 642.

[10] FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 586

[11] TARTUCE; SIMÃO, 2012, p. 426.

[12] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** Acórdão proferido em Agravo Regimental no Recurso Extraordinário N° 477.554. União civil entre pessoas do mesmo sexo - Alta relevância social e jurídico-constitucional da questão pertinente às uniões homoafetivas - Legitimidade constitucional do reconhecimento e qualificação da união estável homoafetiva como entidade familiar: posição consagrada na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (ADPF 132/RJ e ADI 4.277/DF) - O afeto como valor jurídico impregnado de natureza constitucional: a valorização desse novo paradigma como núcleo conformador do conceito de família - O direito à busca da felicidade, verdadeiro postulado constitucional implícito e expressão de uma idéia-força que deriva do princípio da essencial dignidade da pessoa humana - Alguns precedentes do Supremo Tribunal Federal e da Suprema Corte Americana sobre o direito fundamental à busca da felicidade - Princípios de Yogyakarta (2006): direito de qualquer pessoa de constituir família, independentemente de sua orientação sexual ou identidade de gênero - Direito do companheiro, na união estável homoafetiva, à percepção do benefício da pensão por morte de seu parceiro, desde que observados os requisitos do art. 1.723 do Código Civil - O art. 226, § 3º, da Lei Fundamental constitui típica norma de inclusão - A função contramajoritária do Supremo Tribunal Federal no Estado Democrático de Direito - A proteção das minorias analisada na perspectiva de uma concepção material de democracia constitucional - O dever constitucional do Estado de impedir (e, até mesmo, de punir) “qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais” (CF, art. 5º, XLI) - A força normativa dos princípios constitucionais e o fortalecimento da jurisdição constitucional: elementos que compõem o marco doutrinário que confere suporte teórico ao neoconstitucionalismo - recurso de agravo improvido. Ninguém pode ser privado de seus direitos em razão de sua orientação sexual. Precedentes. Doutrina. Órgão

Julgador: Segunda Turma. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 16.08.2011. Publicado no DJ em 26.08.2011. Disponível em: . Acesso em: 16 out. 2016.

[13] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: . Acesso em 16 out. 2016.

[14] MADALENO, 2008, p. 643.

[15] BRASIL. **Lei Nº. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: . Acesso em: 16 out. 2016.

[16] DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**, vol. 05. 27ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 634

[17] BRASIL. **Lei Nº. 3.071, de 1º de Janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: . Acesso em: 16 out. 2016: “**Art. 404.** *Pode-se deixar de exercer, mas não se pode renunciar o direito a alimentos*”.

[18] FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 590.

[19] BRASIL. **Lei Nº. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: . Acesso em: 16 out. 2016.

[20] FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 591.

[21] BRASIL. **Lei Nº. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: . Acesso em: 16 out. 2016.

[22] Ibid. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: . Acesso em 16 out. 2016.

[23] FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 593.

[24] BRASIL. **Lei Nº 5.869, de 11 de Janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: . Acesso em: 16 out. 2016.

[25] FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 593.

[26] BRASIL. **Lei Nº. 10.406, de 10 de Janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: . Acesso em: 16 out. 2016.

[27] BRASIL. **Lei Nº. 3.071, de 1º de Janeiro de 1916.** Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: . Acesso em: 16 out. 2016.

[28] FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 594.

[29] MADALENO, 2008, p. 647.

[30] FARIAS; ROSENVALD, 2008, p. 595.

O PRECEDENTE E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL COTEJADOS EM FACE DO CONTROLE DO PODER JUDICIÁRIO E DO TRIBUNAL DE CONTAS SOBRE O PODER EXECUTIVO

ARTUR LEANDRO VELOSO DE SOUZA: Procurador do Estado de Rondônia. Assessor Jurídico Chefe da Secretaria do Estado de Planejamento, Orçamento e Gestão. Especialista em Advocacia Pública pela AVM Faculdade Integrada. Especialista em Direito Civil pela Universidade Federal da Bahia - UFBA. Graduado em Direito pela Universidade Católica do Salvador (2005). Professor de Direito Constitucional, Direito Administrativo e Direito Processual Civil. Atua como Advogado nas áreas Cível, Tributário, Comercial e Trabalhista.

RESUMO: O Novo Código de Processo Civil vem, dentre outros objetivos, concretizar a sistemática dos precedentes judiciais. A colar do debate a respeito da mitigação do sistema o civil law para o common law é imperioso perceber a necessidade dos atores processuais no respeito e uniformização da jurisprudência. Ainda, cotejar esse debate dentro do controle exercido pelo Poder Judiciário e pelo Tribunal de Contas nas ações do Poder Executivo.

ABSTRACT: The New Code of Civil Procedure comes, among other objectives, to materialize the systematics of judicial precedents. The strain of the debate over the mitigation of the civil law system for the common law is imperative to realize the need of procedural actors in the respect and standardization of jurisprudence. Also, to compare this debate within the control exercised by the Judiciary and by the Court of Auditors in the actions of the Executive Power.

Introdução

O novo Código de Processo Civil - a Lei Federal nº 13.015/2015 - entrou em vigor em 18.03.2016, após pouco menos de 43 (quarenta e três) anos da vigência do revogado Código de 1973.

Tramitando por 05 (cinco) anos no Congresso Nacional, o novo CPC trouxe significativas mudanças na base teórica e prática da ritualística processual. Nas palavras do Prof. Fredie Didier Jr, “deve se ter um olhar de

um novo código de processo civil e não de uma reforma do código anterior”.

Dentro dos diversos temas que sofreram radicais e polêmicas mudanças (vide que o Código já foi objeto de reforma - Lei Federal nº 13.256/2016), tem despertado o interesse do interprete a nova sistemática de precedentes obrigatórios.

Dentro de uma discussão em torno da mitigação do sistema processual (alguns doutrinadores defendem a mitigação do sistema processual do *civil law* para o *commum law*) surge aos atores processuais a necessidade do respeito e uniformização da jurisprudência. Uma nova sistemática que é denominada de precedente obrigatório ou também chamado de precedente vinculante. Ou ainda, existem doutrinadores que classifica essa nova metodologia como precedentes vinculantes fortes ou muito fortes.

A Prof. Teresa Arruda Alvim traz expressão ímpar para tratar sobre a sistemática de precedentes: "o precedente se liga a idéia de autopoiese". Um sistema que se auto nutre. Nesse sentido, o novo CPC obriga uma nova dinâmica no julgamento das Cortes, trazendo o aplicador do direito e o julgador a uma nova postura.

Em sendo assim, o presente artigo pretende estabelecer um estudo, sintético, sobre a evolução do instituto, traçando um resumo histórico das reformas que antecederam o Novo Código de Processo Civil. Apurando se, de fato, existe mutação do direito processual civil Brasileiro, aproximando-o ao *commumlaw*. Ao final, busca avaliar a mudança desse parâmetro, essa nova maneira de julgar, dentro do controle de políticas públicas efetuado pelo Tribunal de Justiça e pelo Tribunal de Contas.

Das Reformas Processuais que antecederam o Novo Código de Processo Civil.

O Código de Processo Civil de 1973 nasceu com uma resposta às severas críticas que a Doutrina fazia ao Código de Processo Civil de 1939. A evolução dos estudos dos institutos processuais, somados à experiência prática, demandavam uma reforma legislativa. O Prof. Alfredo Buzaid, na preleção ao seu curso universitário, afirmará que o Código de 1939:

Foi obra de vergonhosa improvisação, ao faltar uma preparação científica indispensável não só em relação aos princípios fundamentais que o informam na sua primeira parte, mas, sobretudo, por não evitar a desarmonia com as outras partes, especialmente aquelas que regulam os recursos e a disciplina da execução.

Coube, portanto, ao então Ministro da Justiça, o próprio Prof. Alfredo Buzaid, a elaboração do ante projeto, em 1964, do então Novo Código de Processo Civil.

Não se pode esquecer que, exatamente neste período, o Brasil passava pelo golpe militar. Os famosos “anos de chumbo”, que quedaram, em 1968, com a edição do AI-5, com o fechamento do Congresso, a autorização do Executivo para legislar, a suspensão de garantias constitucionais e legais como vitaliciedade, inamovibilidade ou estabilidade dos juízes, a permissão para o presidente demitir, remover, aposentar, transferir juízes, empregados e militares, e a suspensão das imunidades parlamentares. A linha adotada neste período foi tão dura que o AI-13 criou a pena de banimento do território nacional, a todo cidadão “inconveniente, nocivo ou perigoso à segurança nacional”. Em nome da “Segurança Nacional” toda e qualquer arbitrariedade era permitida e “legalizada”. Os poderes outorgados ao “executivo” foram de tamanha excepcionalidade que permitiram ao governo legislar sobre assuntos relevantes através de Decretos-Leis. A Constituição de 1967 foi a materialização desses poderes (BUENO, 2010, p. 392)

Alfredo Buzaid apresentou o projeto em Janeiro de 1964. Apresentado, coube a revisão aos Professores José Federico Marques, Luis Machado Guimarães e Luis Antônio de Andrade, sendo, por meio da mensagem nº 210 de 1972, levado à apreciação do Congresso Nacional que o transformou em Projeto de Lei sob n.º 810/1972. Referido projeto foi posteriormente admitido e promulgado por meio da Lei n.º 5.869 de janeiro de 1973, que fez surgir o Código de Processo Civil de 1973.

Mesmo ante esse contexto político, o Código de Processo Civil de 1973 teve importantes avanços. Além de unificar a legislação processual que se encontrava esparsa, representava o

melhor entendimento da Doutrina da época, apresentando uma evolução na sistemática técnica, bem como limitações e ponderações novas as figuras processuais, em especial, aos poderes do Juiz.

Dessa maneira o CPC/73 continuou extremamente vinculado ao sistema do *civil law* que existia na Codificação de 1939. Manteve a mesma influência do sistema Romano, mantendo-se afastado do “direito comum” – do *communlaw*. O Codex revogado apontava como fonte principal e primordial do julgador a “lei”. Teria esta o condão de dispor, prever e propor soluções as questões a serem julgadas. Os entendimentos firmados não tinham o relevo de limitar ou condicionar as decisões judiciais.

Após a sua publicação, um movimento social começou a questionar a capacidade de advogados e juízes. Os já recorrentes problemas de formalismo exacerbado, o alto custo do processo e a lentidão passaram a movimentar correntes por modificação da nova legislação publicada.

Diante de tal demanda, diversas alterações ocorreram desde a publicação do Código de 1973, buscando sempre à simplificação dos atos em geral e procedimentos para uma maior agilidade do serviço jurisdicional. Apenas para exemplificação, cita-se: I - Lei 7.347/85 (Ação Civil Pública); II - Lei 8.009/90 (Impenhorabilidade do imóvel residencial do executado – bem de família); III - Lei 8.078/90 (Código de defesa do Consumidor); IV - Lei 8.952/94 (disciplina a tutela antecipada e a tutela específica das obrigações de fazer e não fazer); V - Lei 9.079/95 (Processo monitório); VI - Lei 9.099/95 (derroga a antiga Lei de Pequenas Causas e disciplina os Juizados Especiais); VII - Lei 9.245/95 (altera significativamente o procedimento sumário); VIII - Lei 9.307/96 (Lei da arbitragem); IX - Lei 9.868/99 (disciplinou o processo de ação direta de constitucionalidade ou de constitucionalidade); X - Lei 10.444/02 (alterações relativas à tutela antecipada, ao procedimento sumário, à execução forçada).

Densificando ainda mais a necessidade de implementação de instrumentos de celeridade e efetividade processual, o Legislador Constituinte Reformador editou a EC 45/04 (denominado como a “Reforma do Judiciário”), instituindo, entre diversos instrumentos de reforma processual, a razoável duração do

processo. Mas, em especial, a EC nº 45/04 criou o instrumento da Súmula Vinculante. Acrescendo o Artigo 103-A, esse novo instrumento causou divisão na Doutrina. Parte entendendo que causaria “engessamento” (Dalmo Dallari, Lênio Streck, Djanira Maria Sá e outros) e a outra parcela elogiando a tendência a pacificação de entendimentos jurisdicionais (André Ramos Tavares, Alfredo Buzaid, Cândido Rangel Dinamarco, Carreira Alvim, Caio Mario da Silva Pereira, Ives Gandra da Silva Martins, Miguel Reale, Sepúlveda Pertence, Teresa Arruda Alvim Wambier, dentre outros).

Tal medida foi uma tentativa de resposta ao alto grau de judicialização e a alta taxa judiciária.

Em pesquisa realizada pelo CNJ em diversos países se constatou que taxa de congestionamento no Brasil é muito alta. Segundo o texto do documento: “O Brasil é o país que apresenta maior taxa de congestionamento, 70% seguido de Bósnia e Herzegovina e Portugal, com 68 e 67%, respectivamente. Observa-se elevada diferença entre a taxa mais alta, de 70%, e a mais baixa de 3%, referente à Federação Russa. Assim como a maior taxa de congestionamento, O Brasil também apresenta o maior número de advogados por magistrado, seguido por Itália e Malta, com 25 e 33 advogados, respectivamente, conforme apresentado na tabela. Com a elevada proporção de advogados em relação a magistrados pode indicar que existe elevada propensão ao litígio e relativa incapacidade de fazer frente a essa tendência, analisou-se o coeficiente de correlação entre a proporção de advogados por magistrados e a taxa de congestionamento. Obteve-se como resultado um valor de 61,8%. Isso significa que há relação alta de significativa entre essas duas variáveis. Ou seja, quanto maior o número de advogados por magistrado, maior tende a ser a taxa de congestionamento desses países. [...]. O Brasil possui a terceira maior produtividade quando comparado aos países da Europa. Não obstante, contrariamente à Dinamarca, essa produtividade é ainda inferior à carga de trabalho, e isso se reflete em uma taxa de congestionamento alta. Pode-se dizer que o Brasil está em posição intermediária entre a Bósnia e Herzegovina e a Dinamarca.

Além da segurança jurídica e a tentativa de evitar decisões contraditórias a casos semelhantes.

Iniciou-se aí, de maneira mais clara, a aplicação do neoconstitucionalismo, como movimento que visa a concretizar os direitos fundamentais, irradiando os seus efeitos e diretrizes em todo o ordenamento jurídico, em específico, sobre os institutos processuais.

Nas palavras do Prof. Luís Roberto Barroso:

“Nesse ambiente, a Constituição passa a ser não apenas um sistema em si – com a sua ordem, unidade e harmonia-, mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito. A constitucionalização identifica um efeito expansivo das normas constitucionais que se irradiam por todo o sistema jurídico. Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Lei Maior passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional. À luz de tais premissas, toda interpretação jurídica é também interpretação constitucional. Qualquer operação de realização do Direito envolve a aplicação direta ou indireta da Constituição. Direta, quando uma pretensão se fundar em uma norma constitucional; e indireta quando se fundar em uma norma infraconstitucional, por duas razões: a) antes de aplicar a norma, o intérprete deverá verificar se ela é compatível com a Constituição, porque, se não for, não poderá fazê-la incidir; e b) ao aplicar a norma, deverá orientar seu sentido de alcance à realização dos fins constitucionais.”.

Em termos que a doutrina denominou de “neoprocessualismo”.

Dentro desse contexto, a presidência do Senado Federal instituiu, em 2010, comissão de juristas para elaboração de anteprojeto de novo Código de Processo Civil, que se converteu no PLS n.º 166/2010. Discutido e aprovado no Senado Federal, o projeto seguiu para casa Revisora, onde tramitou sob a

denominação de PL n.º 046/2010. Convertido na Lei n.º 13.015/2015.

O Novo Código de Processo Civil possui uma lógica distinta do Código revogado. Com mudanças que passam pela própria estrutura (que contempla uma parte geral com seis livros, uma parte especial com três livros e uma parte complementar), passando por prever uma parte principiológica, em clara aceitação do neoconstitucionalismo, trazendo ainda, novos institutos, como a mediação, a conciliação, a cooperação nacional e internacional, o negócio jurídico processual, a calendarização do processo e, em especial, no que atine a nossa abordagem, o precedente judicial.

Ressaltam os olhos a série de dispositivos legais que buscam a estabilização da jurisprudência e o respeito ao precedente judicial. Destaque-se que, como bem lembra o Prof. Humberto Theodoro Júnior, durante a tramitação do Projeto de Lei no Congresso Nacional, a Casa Revisora (Câmara dos Deputados), chegou a criar um Capítulo específico intitulado “Do Precedente Judicial”, que fora depois alterado pelo Senado Federal, mantendo-se ainda uma série de dispositivos regulando-o. (Art. 476, inciso II; Art. 477, § único; Art. 500; Art. 882, inciso V; Art. 847, etc).

Dos Precedentes Judiciais

Como visto, o processo de uniformização e consolidação do entendimento jurisprudencial é anterior ao novo CPC. A EC n.º 45/04 ao trazer ao texto constitucional a Súmula Vinculante, caminhou decisivamente no estabelecimento de um sistema de precedentes judiciais que vinculem as demais decisões.

A opção do legislador a utilização dos precedentes como técnica de decisão mostra-se como uma tendência do legislador a uniformidade e estabilidade das decisões judiciais:

A despeito de serem valores implícitos da própria sistemática recursal, a uniformidade e estabilidade das decisões judiciais foram elevadas a patamar de destaque no Projeto de NCPC, a ponto de o novel Codex declarar expressamente, no art. 520, que os “tribunais

devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável.

É que, muito embora o próprio texto constitucional, ao escalonar os órgãos jurisdicionais e reservar-lhe funções como a de uniformizar a interpretação de dispositivo constitucional (STF) ou de lei federal (STJ), espere que tais entendimentos sejam adotados não apenas pelos Tribunais hierarquicamente inferiores como também pela comunidade jurídica, a prática indica variadas situações em que se insiste na adoção de tese jurídica manifestamente contrária.

E mais, reforçando a tendência de aplicação da técnica dos precedentes:

Este movimento de transição foi fortalecido pela EC 45/2004 que permitiu os julgamentos dos Recursos Extraordinários pelo STF em repercussão geral (regulamentado pelos art.s 543^a e B, CPC) e das técnicas de julgamento repetitivos absorvidas por reformas legais na legislação processual.

Estas modificações vêm promovendo paulatinamente um novo olhar sobre o modo de aplicação do direito e impõem a necessidade de que tematizemos o modo como os Tribunais vêm promovendo seus julgamentos.

O “velho” modo de julgamento promovidos pelos Ministros (e Desembargadores) que, de modo unipessoal, com suas assessorias, proferem seus votos partindo de premissas próprias e construindo fundamentações completamente díspares, não atende a este novo momento que o Brasil passa a vivenciar.

Portanto, o novo Código de Processo Civil consolida a superação de determinados dogmas irrestritos do *civil Law*,

passando a adotar institutos e técnicas típicas *common Law*. O “império da lei” passa a dar espaço às técnicas de julgamento do sistema inglês. Nesse sentido a Prof. Darilê Marques da Matta:

Assim, com a estreia do precedente vinculante na legislação, conforme previsão do novo CPC, faz-se necessário estudar os conceitos trazidos por esta novidade processual. O Brasil que desenvolveu sua tradição jurídica com base no direito legislado de origem *civil Law*, agora precisa se adaptar à utilização de decisões judiciais também como fonte do direito para resolução de casos futuros.

O sistema de precedentes previsto no novo CPC é um reflexo da aproximação entre dois grandes sistemas: *civil Law* e *common Law*, tendo em vista que a doutrina dos precedentes vinculantes teve sua origem no direito inglês. Essa influência do direito estrangeiro é nítida no atual texto do novo CPC e é válida, pois busca trazer elementos para resolver o problema de insegurança jurídica no direito brasileiro.

Importante que se destaque desde já que o principal marco distintivo dos sistemas é a fonte do direito. *“A ideia clássica estabelecida é a de que, na primeira, a solução do caso concreto é alcançada pela norma extraída do julgamento de caso anterior semelhante. Ao passo que, nos países tradição de civil Law, o julgamento pauta-se, prioritariamente, no direito legislado (statute Law), por meio da aplicação de norma jurídica reconstruída a partir do texto legal previamente existente”*

O *civil Law* tem sua base fundamental no direito comercial. Além de inspirações composta pelo direito civil romano e direito canônico. O primeiro associado à autoridade do imperador, o segundo ligado ao domínio espiritual, diretamente ligada à autoridade da igreja.

O *civil Law*, portanto, tem clara fundamentação na codificação, materializadas em cinco códigos: código civil, código comercial, código de processo civil, código penal e o código de

processo penal. Mesmo que evoluindo para tipificação de cláusulas gerais, dando maior atuação do juiz sobre a avaliação da lei, ainda compõe-se de alta carga de valoração e subsunção da lei ao caso concreto. Alta valoração ao livre convencimento motivado e a ocorrência de decisões contraditórias a casos semelhantes.

De outro lado, a *common Law*, nas palavras do Prof. Tadeu Cincurá de A S. Sampaio:

É caracterizada pelo pragmatismo, valorização do caso concreto e desapego por abstrações numa construção histórica de fortalecimento do precedente. O método de raciocínio se dá pela apreciação do “caso a caso” com sistema discursivo do direito, marcado profundamente pela ideia de sistematicidade. Tem os princípios superiores do direito com um produto da razão que, ao elaborá-los, revela uma ordem universal num processo de simplificação. Enfim, valoriza a argumentação e o discurso.

E é assim que o sistema do *common Law* sustenta-se na técnica dos precedentes, no qual dois casos iguais estão sujeitos à mesma solução.

Afasta-se, de outra mão, da certeza lógica do dogma legislativo, convivendo com uma maior flexibilidade. Exatamente nesse sentido, o *common Law* pauta-se nos costumes de um país no qual as decisões judiciais são declaração de direito que podem ou não ser precisas.

E ainda, o *common Law*, na concepção da teoria positivista, existia por ser estabelecido por juízes que possuíam *Law-Marking Authority*, sendo o direito, então, produto da vontade dos magistrados: não algo meramente descoberto, porém, criado.

O *common Law*, portanto, pautado na técnica dos precedentes, firma ao julgador premissas a serem adotados no julgamento do caso concreto posto.

Importante que não se confunda precedentes, com jurisprudência ou ainda com jurisprudência dominante.

Ante a confusão sistêmica que o nosso ordenamento pátrio concede ao termo jurisprudência, verdadeira confusão é causada entre os três institutos.

Quando utilizamos o termo jurisprudência, quer-se referir ao conjunto de decisões não díspares e harmônicas sobre um mesmo tema. Esse conjunto de decisões não impede o conjunto de decisões distintas, inclusive, em sentido oposto. Daí, surge o termo jurisprudência dominante, o que quer dizer que existe um conjunto dessas decisões que permeia de maneira mais consolidada e aplicada do que o outro.

Diferente, é o precedente. Primeiro, o precedente não significa conjunto de decisões, mas uma decisão que consolida um posicionamento. Nesse sentido:

“Em resumo, quando falamos de precedente judicial, devemos considerar que estamos fazendo referência apenas a uma decisão. Nada obstante, devemos reconhecer que esse traço característico nos leva apenas à conclusão de que um precedente é uma decisão judicial. Precisamos saber quando uma decisão judicial é um precedente.

No caso *Allegheny Country General Hospital v. NLRB*, julgado em 1979, a Corte de Apelações da Terceira Região dos Estados Unidos, explicou que “um precedente judicial atribui uma consequência jurídica específica para um conjunto detalhado de fatos em um caso julgado ou decisão judicial, passando, então, a ser considerado como algo que fornece a regra para a determinação de um caso subsequente envolvendo fatos materiais idênticos ou semelhantes que surgem no mesmo tribunal ou em um juízo inferior na hierarquia judicial”

Em sendo assim, o precedente se consubstancia em uma decisão judicial que termina por ter potencial para solucionar outras situações, pautadas em questões jurídicas ou fáticas

similares. Especificando pelo Tribunal e pela matéria a distinção, o Prof. Marinoni:

“A jurisprudência é produto do trabalho das Cortes de Justiça – isto é, dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais. A função dessas Cortes não é formar precedentes – é prolatar decisões justas e, em sendo o caso, efetivá-las adequada e tempestivamente. As Cortes de Justiça são Cortes de controle e de jurisprudência: interpretam e aplicam o Direito, controlando o trabalho realizado pelos juízes de primeiro grau, e produzem jurisprudência. Ao julgar os casos, porém, essas Cortes evidenciam possíveis soluções para os problemas interpretativos nesses encerrados. Os precedentes não se confundem com a jurisprudência, assim como as Cortes Supremas não se confundem com as Cortes de Justiça. Os precedentes constituem razões generalizáveis que podem ser extraídas dos julgamentos dos casos pelas Cortes Supremas – razões necessárias e suficientes para a solução de determinados problemas interpretativos. As Cortes Supremas existem não para efetuar controle de cada decisão prolatada pelas Cortes de Justiça – existem, pelo contrário, para interpretar o direito constitucional (STF) e o direito federal (STJ), outorgando adequado sentido aos textos, e para orientar a interpretação dos demais órgãos do Poder Judiciário e da sociedade civil. São Cortes de interpretação e de precedentes”.

Objetiva o precedente, a um só tempo, decisões mais previsíveis, estáveis, adicionando respeito e confiança aos jurisdicionados, concretizando a isonomia, a economia processual, a duração razoável do processo e, finalmente, o desestímulo à litigância

Nesse sentido, imperioso destacar as premissas essenciais para o uso dos precedentes, em lições muito claras do Prof. DierleNunes, veja-se:

Nesse aspecto, o processualismo constitucional democrático por nós defendido tenta discutir a aplicação de uma igualdade efetiva e valoriza, de modo policêntrico e participativo, uma renovada defesa de convergência entre o *civil law e common law*, ao buscar uma aplicação legítima e eficiente (efetiva) do Direito para todas as litigiosidades (sem se aplicar padrões decisórios que pauperizam a análise e a reconstrução interpretativa do direito), e defendendo o delineamento de uma teoria dos precedentes para o Brasil que suplante a utilização mecânica dos julgados e súmulas em nosso país. Nesses termos, seria essencial para a aplicação de precedentes seguir algumas premissas essenciais: 1º - Esgotamento prévio da temática antes de sua utilização como um padrão decisório (precedente): ao se proceder à análise de aplicação dos precedentes no *common law* se percebe ser muito difícil a formação de um precedente (padrão decisório a ser repetido) a partir de um único julgado, salvo se em sua análise for procedido um esgotamento discursivo de todos os aspectos relevantes suscitados pelos interessados. Nestes termos, mostra-se estranha a formação de um "precedente" a partir de um julgamento superficial de um (ou poucos) recursos (especiais e/ou extraordinários) pinçados pelos Tribunais (de Justiça/regionais ou Superiores). Ou seja, precedente (padrão decisório) dificilmente se forma a partir de um único julgado. 2º - Integridade de reconstrução da história institucional de aplicação da tese ou instituto pelo Tribunal: ao formar o precedente o

Tribunal Superior deverá levar em consideração todo o histórico de aplicação da tese, sendo inviável que o magistrado decida desconsiderando o passado de decisões acerca da temática. E mesmo que seja uma hipótese de superação do precedente (*overruling*) o magistrado deverá indiciar a reconstrução e razões (fundamentação idônea) para a quebra do posicionamento acerca da temática. 3º - Estabilidade decisória dentro do Tribunal (*staredecisis* horizontal): o Tribunal é vinculado às suas próprias decisões: como o precedente deve se formar com uma discussão próxima da exaustão, o padrão passa a ser vinculante para os Ministros do Tribunal que o formou. E impensável naquelas tradições que a qualquer momento um ministro tente promover um entendimento particular (subjetivo) acerca de uma temática, salvo quando se tratar de um caso diferente (*distinguishing*) ou de superação (*overruling*). Mas nestas hipóteses sua fundamentação deve ser idônea ao convencimento da situação de aplicação. 4º - Aplicação discursiva do padrão (precedente) pelos Tribunais Inferiores (*staredecisis* vertical): as decisões dos tribunais superiores são consideradas obrigatórias para os tribunais inferiores ("comparação de casos"): o precedente não pode ser aplicado de modo mecânico para os Tribunais e juízes (como v.g. as súmulas são aplicadas entre nós). Na tradição do *commomlaw*, para suscitar um precedente como fundamento, o juiz deve mostrar que o caso, inclusive, em alguns casos, no plano fático, é idêntico aos precedentes do Tribunal Superior, ou seja, não há uma repetição mecânica, mas uma demonstração discursiva da identidade de casos. 5º - Estabelecimento de fixação e separação das *ratione decidendi* dos *obter dicta* da decisão:

a *ratio decidendi* (elemento vinculante) justifica e pode servir de padrão para a solução do caso futuro; já o *obiter dictum* constituem-se pelos discursos não autorizativos que se manifestam nos procedimentos judiciais "de sorte que apenas as considerações que representam indispensavelmente o nexó estrito de causalidade jurídica entre o fato e a decisão integram a *ratio decidendi*, onde qualquer outro aspecto relevante, qualquer outra observação, qualquer outra advertência que não tem aquela relação de causalidade é *obiter*: um *obiter dictum*, ou, nas palavras de *Vaughan*, um *gratis dictum*". 6º - Delineamento de técnicas processuais idôneas de distinção (*distinguishing*) e superação (*overruling*) do padrão decisório: A ideia de se padronizar entendimentos não presta tão só ao fim de promover um modo eficiente e rápido de julgar os casos, para se gerar uma profusão numérica de julgamentos. Nestes termos, a cada precedente formado (padrão decisório) devem ser criados modos idôneos de se demonstrar que o caso em que se aplicaria um precedente é diferente daquele padrão, mesmo que aparentemente semelhante, e de proceder à superação de seu conteúdo pela inexorável mudança social - como ordinariamente ocorrem em países de *common law*.

Exatamente dentro desse contexto, o Novo Código de Processo Civil passa a adotar dentro de sua técnica de julgamento a sistemática dos precedentes, *verbis*:

O projeto do novo Código de Processo Civil procurou enfrentar dois dos maiores males que afligem atualmente a sociedade brasileira na seara jurídica: a fragmentação e a instabilidade da jurisprudência. Em diversos pontos, o projeto revela verdadeira mitigação do rígido modelo de

civil Law que tradicionalmente conhecemos, aproximando-nos em razoável medida da família da *common Law*.

A sistemática dos precedentes judiciais encontra-se espalhada em diversos momentos da nova codificação. Em especial, como dever dos Juízes e dos Tribunais de respeito aos precedentes firmados.

Aos Magistrados, indiscriminadamente, outorga a obrigação de respeito aos precedentes firmados (Art. 489, §1º, inciso V e VI). Residindo a sua falta, inclusive, em causa de nulidade do comando sentencial.

De outro lado, aos Tribunais outorga a obrigação de uniformização e publicidade dos precedentes firmados (Art. 926, §2º e Art. 927, §5º).

Ainda expedientes como o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – IRDR (Art. 976) e o Incidente de Assunção de Competência - IAC (Art. 947) são também claras demonstrações do legislador da aceitação e aplicação da sistemática de precedentes na novel codificação.

Nas sábias palavras do Prof. ElpídioDonizetti:

A fim de que não paire dúvidas, é bom que se repita a expressão contida no caput do dispositivo (Art. 927): “os juízes e tribunais observarão”. Não se trata de faculdade, e sim de imperatividade. De início, pode-se pensar que o CPC/2015 está afastando a independência dos juízes e o princípio da persuasão racional, que habilita o magistrado a valer-se do seu convencimento para julgar a causa. Entretanto, ontologicamente, não há diferença entre a aplicação da lei ou do precedente, a não ser pelo fato de que, de regra, este contém mais elementos de concretude do que aquela. Tal como no sistema positivado, também no *staredecisis* o livre convencimento do juiz incide sobre a definição da norma a ser aplicada

– aqui por meio do confronto da *ratio decidendi* extraída do paradigma com os fundamentos do caso sob julgamento -, sobre a valoração das provas e finalmente sobre a valoração dos fatos pelo paradigma escolhido, levando-se em conta as circunstâncias peculiares da hipótese sobre julgamento.

Assim, havendo precedente sobre a questão posta em julgamento, ao juiz não se dá opção para escolher outro parâmetro de apreciação do Direito. Somente lhe será lícito recorrer à lei ou ao arcabouço principiológico para valorar os fatos na ausência de precedentes. Pode-se até utilizar de tais espécies normativas para construir a fundamentação do ato decisório, mas jamais se poderá renegar o precedente que contemple julgamento de caso idêntico ou similar. Essa força normativa cogencial encontra a sua racionalidade no fato de que cabe ao STJ interpretar a legislação infraconstitucional e ao STF dar a última palavra sobre as controvérsias constitucionais. Assim, por mais que o julgador tenha outra compreensão da matéria *sub judice*, a contrariedade só terá o condão de protelar o processo por meio de sucessivos recursos, e conseqüentemente, de adiar a resolução da controvérsia.

Ainda no mesmo sentido:

Acreditamos, porém, que o projeto de Novo Código de Processo Civil supracitado constitui um avanço importante nessa direção.

Diferente da legislação sobre súmulas, que atribui efeito vinculante a um verbete geral e abstrato enunciado pelos tribunais superiores com mesmo nível de generalidade da lei e enunciando, já de antemão e de forma definitiva, a suposta interpretação da *ratio decidendi*, a nova proposta busca, também, “regular os casos

em que a eficácia vinculante não incide, de modo a permitir a correta distinção entre o caso que deu origem ao precedente vinculante e um caso concreto posterior que, por ser diferente daquele não deva ser julgado da mesma maneira.

Esse ânimo de permitir a ampla discussão sobre a aplicabilidade do precedente faz a nova proposta se aproximar do modelo argumentativo e discursivo do common Law inflex, o que para nós é um grande avanço tendo em vista a ilegitimidade que a súmula jurisprudencial adquire no sistema jurídico brasileiro, já que ela pretende ser uma enunciação de normas tão gerais e abstratas quanto a lei, abarcando ex ante não apenas o caso específico dos autos, mas também uma série casos hipotéticos que nunca foram discutidos com informações completas observando-se o denominado *Mootness Principle* (princípio da vinculação ao debate).

O modelo de precedentes vinculantes adotado pelo Novo CPC exige expressamente, sob pena de nulidade da sentença por ausência de fundamentação, um discurso de aplicação dos precedentes judiciais, por meio de analogias e contra- analogias (*distinguish*) informadas por princípios jurídicos e pelo princípio da universalizabilidade, que é uma exigência do princípio da “equidade” ou “justiça formal”.

Imperioso destacar ainda que a sistemática de utilização dos precedentes não é infalível, tampouco traduz um sistema perfeito e livre de equívocos:

O sistema de precedentes judiciais jamais eliminará a contradição e a divergência. Ele apenas reduz sua ocorrência, conferindo-lhe maior integridade sistêmica.

[...]

A regra do staredecisis, embora sirva para consistência e uniformidade das decisões, não é inflexível.

Não resta dúvida quanto às severas críticas que se fazem a esse sistema. O engessamento, a limitação ao livre convencimento motivado do julgador, o perigo de aplicação equivocada da técnica de precedentes, gerando tanto ou mais injustiças que o sistema de aplicação da norma ao caso concreto (*Civil Law*).

A necessidade de aplicação correta das técnicas do *distinguishing* e/ou *overruling* são prementes ao interprete do direito na sistemática do precedente:

“Muito se questiona sobre a introdução de um sistema de precedentes no Poder Judiciário brasileiro, sob o argumento de que tal medida provocaria “engessamento do sistema”, pois não haveria espaço para o debate tendo em vista que o que foi decidido deve ser mantido. No entanto, todo sistema de precedentes é dotado de técnicas de flexibilização, tais quais, o *distinguishing* e o *overruling*, que objetivam a possibilidade de desenvolvimento do direito, assim como impedem a incidência de injustiças em casos peculiares que demandem solução distintas da prevista no precedente. O direito jurisprudencial “nada tem de estático ou insuscetível de alteração ou adaptação às novas realidades e diferentes situações”. A técnica de distinção, além de rompimento do sistema ou revogação do precedente, que continuará regulando a situação vislumbrada em sua origem; impede a estagnação do direito, atualizando-se de acordo com a nova realidade e situações que, ainda que antigas, não haviam sido observadas. Da mesma forma, a técnica de superação de precedente, pelo *overruling* possibilita a evolução do direito, adequando-o ao novo contexto social”.

Não existem vicissitudes irrestritas em qualquer das propostas; em qualquer dos sistemas.

Outrossim, destaque-se que há abalizada Doutrina que entende que as modificações introduzidas pelo Novo CPC foram incapazes de modificar a sistemática processual brasileira (*civil Law*), tampouco introduzir, de fato, a técnica dos precedentes do *common Law*:

“Por fim, não vejo como, aplicando o que já escrevi, querer enxergar, no CPC de 2015 e nas pouquíssimas vezes que a palavra “precedente” é empregada, algo próximo ao sistema de precedentes do common law. A palavra é empregada, nos dispositivos que indiquei, como sinônimo de decisão proferida (por Tribunal) que o CPC de 2015 quer que seja vinculante (paradigmática, afirmo eu). Nada além disso. É o que basta, penso, para evitar a importação de termos e técnicas daqueles sistemas para compreender o que aparece de forma tão clara e tão evidente no próprio CPC de 2015”

Ainda, o Prof. Pedro Miranda defende que “*ainda que haja aproximação dos sistemas do civil law e do common Law, não se confunde a força dos precedentes em cada um dos sistemas: há pesos absolutamente diferentes*”.

Outros, como o Prof. Alexandre Freitas Câmara, entendem que as modificações introduzidas simbolizam o maior respeito à jurisprudência e ao princípio da segurança jurídica do que qualquer mitigação do sistema do *civil Law*:

A técnica de decidir a partir de precedentes, empregando-os como princípios argumentativos, é uma das bases dos sistemas jurídicos anglosaxônicos, ligados à tradição jurídica do common law. Isto não significa, porém, que o ordenamento jurídico brasileiro, historicamente vinculado à tradição jurídica romano-germânica (conhecida como *civil law*), tenha “migrado” para o common law. Muito ao

contrário, o que se tem no Brasil é a construção de um sistema de formação de decisões judiciais com base em precedentes adaptado às características de um ordenamento de civil law.

A colar do entendimento de renomados autores quanto a inexistência de mitigação do sistema do *civil law* no direito processual brasileiro, é notável que as mudanças buscam a estabilização da jurisprudência. A conscientização dos aplicadores do direito de que a mutação constante e desarrazoada do posicionamento judicial sobre determinado tema apenas prejudica o entendimento pela sociedade da interpretação das normas vigentes.

Outrossim, como visto, é esta multiplicidade de decisões divergentes razão e justificativa do aumento da litigância, do acúmulo de processos nas Cortes Brasileiras, desaguando na morosidade na prestação jurisdicional. É esse círculo vicioso que os precedentes obrigatórios buscam combater e evitar nessa nova fase do processo civil.

A necessidade de releitura do sistema de precedentes no controle do Poder Executivo.

A releitura da aplicação do efeito das decisões judiciais deve ser compreendido e observado no controle efetuado pelo Tribunal de Contas e pelo Poder Judiciário sob as ações do Poder Executivo.

O Tribunal de Contas, nas palavras do Prof. UadiLammêgoBulos, “*são órgãos públicos e especializados de auxílio. Visam orientar o Poder Legislativo no exercício do controle externo, sem, contudo, subordinarem-se a ele. Por isso, possuem total independência, cumprindo-lhes, primordialmente, praticar atos administrativos de fiscalização.*”.

No exercício do seu papel deve obedecer e aplicar os precedentes obrigatórios estabelecidos pelo sistema judiciário. Deve obediência aos posicionamentos firmados, sob pena de subversão da sistemática adotada pelo Novo CPC.

Nesse desiderato, *ad exemplum*, debate-se a linha de precedentes firmados pelo Supremo Tribunal Federal – STF quanto

à inexistência do poder de controle de constitucionalidade dos Tribunais de Contas, incluía-se o TCE, ante o advento da Constituição Federal de 1988. Não se pode deixar de cotejar que os diversos Tribunais de Contas do Estado, o próprio TCU, continuam a entender que persisti em pleno vigor a competência de controle de constitucionalidade.

Veja-se que tais decisões são adotadas, a despeito do STF, em reiteradas decisões quanto a revogação da Súmula 347 (cite-se: MS 27.796/MC, DJe 09.02.2009 e MS 29.123/MC, DJe 08.09.2010? Min. Ricardo Lewandowski, MS 26.410/MC, DJe 02.03.2007? Min. Cármen Lúcia, MS 27.743, DJe 12.12.2008? Min. Eros Grau, MS 27.232, DJe 19.05.2008 e MS 27.337, DJe 27.05.2008? Min. Ellen Gracie, MS 28.745, DJe 12.5.2010).

O Min. Gilmar Mendes, nos autos do MS 25.888, em decisão singular e esclarecedora, sentenciou que “a própria evolução do sistema de controle de constitucionalidade no Brasil, verificada desde então, esta a demonstrar a necessidade de se reavaliar a subsistência da Súmula 347 em face da ordem constitucional instaurada com a Constituição de 1988”. *In verbis*:

Não me impressiona o teor da Súmula nº 347 desta Corte, segundo o qual “o *Tribunal de Contas, o exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público*”. A referida regra sumular foi aprovada na Sessão Plenária de 13.12.1963, num contexto constitucional totalmente diferente do atual. Até o advento da Emenda Constitucional nº 16, de 1965, que introduziu em nosso sistema o controle abstrato de normas, admitia-se como legítima a recusa, por parte de órgãos não-jurisdicionais, à aplicação da lei considerada inconstitucional.

No entanto, é preciso levar em conta que o texto constitucional de 1988 introduziu uma mudança radical no nosso sistema de controle de constitucionalidade. Em escritos doutrinários, tenho enfatizado que a ampla legitimação

conferida ao controle abstrato, com a inevitável possibilidade de se submeter qualquer questão constitucional ao Supremo Tribunal Federal, operou uma mudança substancial no modelo de controle de constitucionalidade até então vigente no Brasil. Parece quase intuitivo que, ao ampliar, de forma significativa, o círculo de entes e órgãos legitimados a provocar o Supremo Tribunal Federal, no processo de controle abstrato de normas, acabou o constituinte por restringir, de maneira radical, a amplitude do controle difuso de constitucionalidade. A amplitude do direito de propositura faz com que até mesmo pleitos tipicamente individuais sejam submetidos ao Supremo Tribunal Federal mediante ação direta de inconstitucionalidade. Assim, o processo de controle abstrato de normas cumpre entre nós uma dupla função: atua tanto como instrumento de defesa da ordem objetiva, quanto como instrumento de defesa de posições subjetivas.

Assim, a própria evolução do sistema de controle de constitucionalidade no Brasil, verificada desde então, está a demonstrar a necessidade de se reavaliar a subsistência da Súmula 347 em face da ordem constitucional instaurada com a Constituição de 1988.

Nesse contexto, o próprio Pretório Excelso tem se posicionado de forma crescente e contínua no sentido de que não cabe a outros órgãos que não exercem função jurisdicional apreciarem ou não a constitucionalidade de lei para sua aplicação. E, como sabido, o Tribunal de Contas possui natureza jurídica de órgão administrativo, técnico, de controle e auxiliar do Poder Legislativo. Ou seja, não é investido de caráter jurisdicional.

Algumas Constituições Estaduais tem deixado expresso que o papel de controle e guardião das normas estaduais compete exclusivamente ao Poder Judiciário, afastando, por via direta, o exercício de tal desiderato pelo TCE.

Ainda, nesse mesmo sentido diversos Tribunais de Justiça pelo País tem se posicionado pela impossibilidade de controle de constitucionalidade pelo Tribunal de Contas, ante a superação da Súmula 347 do STF, vide, ad exemplum, decisão dentro do julgamento do Mandado de Segurança nº 0005228.16.2013.8.22.0000, o Pleno do TJ RO reconheceu a impossibilidade do TCE realizar controle de constitucionalidade, *in verbis*:

O Mandado de Segurança foi impetrado por Humberto da Silva Guedes objetivando o restabelecimento definitivo do pagamento da pensão destinada a ex-governador, por haver o Tribunal de Contas do Estado de Rondônia, com base na Súmula 347 do STF, negado executoriedade à Lei Estadual n. 276/90.

A segurança foi concedida, à unanimidade, com base no voto por mim proferido, ocasião em que argumentei que, apesar da existência da Súmula 347 do STF, no caso em exame o Tribunal de Contas não se acha investido de atribuições institucionais que lhe permitam proceder ao controle de constitucionalidade, a não ser nos limites de suas atribuições. Explico:

A Súmula 347 do STF assim dispõe: O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do poder público. Referida Súmula foi editada em 1963, tendo como base o art. 77 da Constituição Federal de 1946, há muito revogado, e num contexto constitucional completamente diferente do atual. O referido art. 77 não compreendia todas as competências que hoje contém o art. 71 bem como não continha disposição expressa, como a do inc. IX, o qual demonstra ser a atuação do Tribunal de Contas de mera observância da ordem legal. O contexto constitucional em que foi aprovado o

verbete da Súmula 347 do STF, era indubitável o fato de que órgãos não-jurisdicionais, mormente o Tribunal de Contas da União, poderiam afastar a incidência de normas consideradas inconstitucionais, ao fundamento de que a recusa à aplicação de lei inconstitucional não se confundia com a declaração de sua inconstitucionalidade. Atualmente, não se vislumbra distinção entre uma coisa e outra, isso porque exerce o controle incidental de constitucionalidade o juiz ou tribunal que afasta a aplicação da norma, em face da inconstitucionalidade, mesmo sem a declaração ou reconhecimento expresso na decisão. A Constituição Federal de 1988 em seu art. 71, lista as competências da Corte de Contas, donde se extrai que não foi outorgado ao Tribunal de Contas o poder de apreciar a constitucionalidade de leis ou atos normativos do Poder Público. Inclusive, o inciso IX demonstra que a atuação do referido órgão é no plano, apenas, da legalidade, jamais da constitucionalidade. De acordo com o referido inciso, o Tribunal de Contas deve velar pelo correto cumprimento da lei, não cabendo, portanto, questionar lei válida e vigente, e que é usada pelo administrado no exercício de suas atividades, sob pena de perverter a ordem constitucional. Ainda, em conformidade com o artigo 5º, LIII, da Constituição Federal, ninguém será julgado senão pela autoridade competente, e o §1º do dispositivo referido deixa claro que tal garantia tem aplicação imediata, não podendo o Tribunal de Contas, por não ter competência, declarar a inconstitucionalidade de leis ou atos normativos. Doutrina o Ministro Carlos Ayres Brito que as Cortes de Contas não são órgãos exercentes da função jurisdicional do Estado:

[...] os Tribunais de Contas não exercem a chamada função jurisdicional do Estado. A função jurisdicional do Estado é exclusiva do Poder Judiciário e é por isso que as Cortes de Contas: a) não fazem parte da relação dos órgãos componenciais desse Poder (o Judiciário), como se vê da simples leitura do art. 92 da Lex Legum; b) também não se integram no rol das instituições que foram categorizadas como instituições essenciais a tal função (a jurisdicional), a partir do art. 127 do mesmo Código Político de 1988. (O Regime Constitucional dos Tribunais de Contas. O Novo Tribunal de Contas: Órgão Protetor dos Direitos Fundamentais. 3ª ed. São Paulo.) Ora, diante de um sistema de controle de constitucionalidade, não se mostra razoável que órgãos desprovidos de natureza jurisdicional possam avocar competência tipicamente judiciária para emitir juízo de adequabilidade entre atos normativos primários e a Lei Maior, em manifesta subversão da unidade racional que o sistema busca emprestar à fiscalização de constitucionalidade das leis. Assim, o controle de constitucionalidade que recai sobre normas já integradas ao sistema de direito positivo é de competência privativa do Poder Judiciário, e os órgãos estatais diversos só poderão realizar atipicamente tal controle se o texto constitucional assim expressamente autorizar, o que não ocorre em relação ao Tribunal de Contas. O princípio de constitucionalidade das leis, que confere segurança e estabilidade às relações jurídicas, somente pode ser elidido por órgãos que detenham competência constitucional expressa para dizer se o ato normativo ou lei questionado se coaduna ou não com a Constituição. Ressalte-se que admitir que órgãos constitucionais despojados de funções jurisdicionais se neguem a

aplicação de lei formal válida, ao fundamento de sua inconstitucionalidade, estar-se-ia compactuando com verdadeira instabilidade do sistema normativo vigente.

No entanto, tanto o TCU, quanto diversos Autores, cite-se, por exemplo, em homenagem ao belo trabalho, o Prof. Luiz Henrique Lima, pautados em jurisprudência ultrapassada, anterior, inclusive, a edição da Carta Constitucional de 1988, continuam a defender e sustentar o controle de constitucionalidade pelos Tribunais de Contas.

Ou seja, desrespeitam os precedentes firmados sobre o tema para entender obtusamente que permaneceria em vigor entendimento jurisprudencial revogado que os beneficia.

De outro lado, em linha semelhante, os Tribunais de Justiça, pautados na premissa do livre convencimento motivado, da liberdade de “dizer o direito no caso concreto”, a efeito de realizar o controle das ações do Poder Executivo, caso a caso, aplica ou deixa de aplicar o entendimento firmado pelos Tribunais Superiores (STF/STJ).

Ad exemplum, cite-se decisão do TJ RO que, em desalinho ao entendimento firmado pelo STF/STJ, quanto à inviabilidade de concessão liminar em Mandado de Segurança para concessão de vantagem ou implantação de adicional remuneratório, terminou por sedimentar decisão contrária.

Não se pode, de fato, esquecer que mesmo no sistema do *commowlaw*, onde se aplica a séculos a metodologia dos precedentes judiciais, existem expedientes destinados a superação do entendimento firmado (*distinguishing* e *overruling*). No entanto, estes expedientes não podem ser utilizados aleatoriamente, sob pena de vulneração integral da sistemática de estabilização de decisões judiciais que vem sendo implantada desde a edição da EC nº 45/04, culminando com o Novo CPC.

Conclusão

A multiplicidade de trabalhos sobre a nova sistemática de precedentes judiciais implantada pelo Novo Código de Processo

Civil deixa claro a importância que esse tema irá tomar nas próximas décadas.

A estabilização e uniformização da jurisprudência são ferramentas imprescindíveis para implantação efetiva da celeridade do julgamentos, na medida que tende a reduzir a litigiosidade e a multiplicidade de processos que abarrotam atualmente o Poder Judiciário.

Não há dúvida que essa nova metodologia de respeito e vinculação dos aplicadores do direito ao sistema de precedentes demandará um novo comportamento e uma nova dinâmica processual.

A par de respeitáveis doutrinadores sustentarem que essa medida não representa uma mitigação do sistema do *civil law*, esse Autor defende que, tal como ocorreu com a criação das súmulas vinculantes (Artigo 103-A da CF), o novo CPC representa mais uma medida de aproximação do sistema processual brasileiro ao sistema do *commowlaw*. Pode, de fato, não haver, ainda, inteira mitigação dos sistemas processuais, mas representam uma aproximação decisiva entre o *civil law* e o *commowlaw*. Medida pela qual, os sistemas de controle das ações do Poder Executivo – Poder Judiciário e o Tribunal de Contas – devem observar essa nova dinâmica de julgamento no exercício de sua competência, sob pena de vulneração de toda sistemática iniciada com a edição da EC nº 45/04 até a vigência do Novo CPC.

REFERÊNCIAS

Curso de atualização do novo CPC ministrado pelo Curso Luis Flávio Gomes – LFG - <http://www.lfg.com.br/atualizacao-curso-novo-cpc>

Prof. Fredie Didier Jr. no curso de atualização do novo CPC ministrado pelo Curso Luis

Flávio Gomes – LFG - <http://www.lfg.com.br/atualizacao-curso-novo-cpc>.

Enunciado nº 170 do Fórum Permanente de Processualistas Civis.

Prof. Teresa Arruda Alvim:
<https://www.youtube.com/watch?v=QDdWD8c5Vhg>

Pedro Miranda. Novíssimo Sistema Recursal Conforme o CPC/2015 - Vol. 10. Editora Conceito.

Senado Federal -
<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242945/000939985.pdf?sequence=3>

BUENO, Eduardo. Brasil: uma história: cinco séculos de um país em construção. São Paulo: Leya, 2010.

Apud COSTA, Hélio Rubens Batista Ribeiro. A "súmula vinculante" e o processo civil brasileiro. In: _____; RIBEIRO, José Horácio Halfeld Rezende; DINAMARCO, Pedro da Silva (Coord.). **Linhas mestras do processo civil**. São Paulo: Atlas, 2004. p. 307

Novas Tendências do Processo Civil. Estudos Sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil. Pág. 471. CNJ. Estudo Comparado Sobre Recursos, Litigiosidade e Produtividade: a prestação jurisdicional no contexto Internacional. Brasília: CNJ, 2011.

Barroso, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. Editora Saraiva, p. 520.

Cambi, Eduardo. Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo, Panóptica, nº 6, fev. 2007.

Medina, José Miguel Garcia; Freire, Alexandre e Freire, Alonso Reis. Para uma compreensão adequada do sistema de precedentes no projeto do novo código de processo civil brasileiro. Novas Tendências do Processo Civil. Estudos Sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil. Pág. 678.

J.J. Gomes Canotilho. São Paulo: Revista dos Tribunais/Coimbra: Coimbra, 2009, p. 11., o conceito de "neoconstitucionalismo" foi formulado na Espanha e na Itália

Theodoro Júnior, Humberto. Dierle Nunes. Alexandre Melo Franco Bahia. Flávio Quinaud Pedron. Novo CPC. Fundamentos e Sistematização. Editora Forense. P. 308.

Eduardo de Albuquerque Parente (Cf. Jurisprudência: da divergência à uniformização. São Paulo: Atlas, 2006, p. 57)

Lima, Tiago Aspor Rocha. Breves considerações sobre os precedentes judiciais no projeto de novo Código de Processo Civil. Novas Tendências do Processo Civil. Estudos Sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil Vol. III, p. 738.

Nunes, Dierle e Rafael DillyPatrus. Uma breve notícia sobre o procedimento – modelo alemão e sobre as tendências brasileiras de padronização decisória: Um contributo para o estudo do incidente de resolução de demandas repetitivas brasileiro. Novas Tendências do Processo Civil. Estudos Sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil p. 469.

Matta, Darilê Marques. A distinção e a superação de precedentes a partir do novo CPC. Impacto do Novo CPC na Advocacia. Coordenação: Oliveira, Pedro Miranda. Editora Conceito2015. P. 243.

Costa, Marília Siqueira. As consequências da incidência do princípio da proteção da confiança na decisão de *overruling*: uma análise à luz do Art. 521 do Novo CPC”. Novas Tendências do Processo Civil. Estudos Sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil VOL III. p. 391.

Sampaio, Tadeu Cincurá de A. S., O novo CPC e a Obrigatoriedade dos Precedentes Judiciais: uma transformação da cultura jurídica brasileira por lei. Novas Tendências do Processo Civil. Estudos Sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil VOL III. p. 711

Merryman, Jonh Henry. Perez-Perdomo, Rogério. A tradição da civil Law. Uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da America Latina. Trad. Cássio CasaGrande. Porto Alegre. Sérgio Fabris, 2009, p. 25.

Merryman, Jonh Henry. Perez-Perdomo, Rogério. Ob cit. 2009, p.26

Medina, José Miguel Garcia; Freire, Alexandre e Freire, Alonso Reis. Para uma compreensão adequada do sistema de precedentes no projeto do novo código de processo civil brasileiro. Novas

Tendências do Processo Civil. Estudos Sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil. p 685

Marinoni, Luiz Guilherme. Sérgio Cruz Arenhart. Daniel Mitidiero. Curso de Processo Civil. Volume 1. P. 142.

NUNES, Dierle. Processualismo constitucional democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva. A litigância de interesse público e as tendências "não compreendidas" de padronização decisória. Revista de Processo, vol. 189, p. 38, São Paulo: Ed. RT, set. 2011.

Dantas, Bruno. Concretizar o princípio da Segurança Jurídica: Uniformização e estabilidade da jurisprudência como alicerces do CPC projetado. Novas Tendências do Processo Civil. Estudos Sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil VOL I. p. 123

Donizetti, Elpídio. Curso Didático de Direito Processual Civil. Ed. Atlas. Pag. 52.

Derzi, Misabel de Abreu Machado e Thomas da Rosa de Bustamente. O efeito vinculante e o princípio da motivação das decisões judiciais: em que sentido pode haver precedentes vinculantes no direito brasileiro? Novas Tendências do Processo Civil. Estudos Sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil. p 681

Medina, José Miguel Garcia; Freire, Alexandre e Freire, Alonso Reis. Para uma compreensão adequada do sistema de precedentes no projeto do novo código de processo civil brasileiro. Novas Tendências do Processo Civil. Estudos Sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil. p 681

Matta, Darilê Marques. Ob cit. 2015, p.248.

Bueno, Cassio Scarpinella. Manual de Direito Processual Civil. Editora Saraiva. P. 889.

Oliveira, Pedro Miranda. Novíssimo Sistema Recursal. Editora Conceito. 2015. P. 151.

Câmara, Alexandre Freitas. O Novo Processo Civil Brasileiro. Editora Atlas. P. 603.

Bulos, UadiLammêgo. Curso de Direito Constitucional. Editora Saraiva. P. 1237

Min. Gilmar Mendes, MS nº 25.888, DJe 29.03.2006

NOVA TIPIFICAÇÃO DO ARTIGO 243 DO ECA

HELOISA MARIA FERREIRA DURÃES: Analista em Direito do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Graduada pela Milton Campos - pós-graduada pela Newton de Paiva - Direito Público e Direito Social -. Pós-graduada pela Cândido Mendes - Direito Penal- Processual Penal e Direito do Consumidor.

RESUMO: Sancionada publicada no Diário Oficial da União em 18 de março, a Lei 13.106/2015 altera o artigo 243 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA – Lei 8.069/90). A lei condiz com o princípio da proteção integral do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), todavia a criminalização de condutas por si só não é um meio hábil para a resolução de problemas sociais. Apesar da criminalização do artigo 243 a responsabilidade pelo bem-estar da criança e do adolescente é de toda a sociedade. Por se tratar de um crime, qualquer pessoa pode denunciar às autoridades policiais, Ministério Público e o Conselho Tutelar. Essa conduta foi elevada a crime e, conseqüentemente, há um agravamento da reprimenda legal, de modo que a pena contravencional de “prisão simples de 2 meses a 1 ano, ou multa” é suplantada pela pena criminal de “detenção, de 2 a 4 anos e multa”. É preciso saber que o crime previsto no artigo 243 do ECA não se confunde com o crime equiparado a hediondo do Tráfico de Drogas, previsto no artigo 33 da Lei 11.343/06. O crime do artigo 243 do ECA é e sempre foi subsidiário, sendo essa subsidiariedade expressa, vez que em seu preceito secundário sempre constou a expressão “se o fato não constitui crime mais grave”.

Palavras-chave: Estatuto da criança e do adolescente; art.243 - Bebidas Alcoólicas

Introdução

O Estatuto da Criança e do adolescente, que completou 25 anos em 2015, foi um marco no ordenamento jurídico, pois modificou a forma de se enxergar a infância e a juventude no país, uma vez que os reconheceu como sujeitos de direito e proporcionou o funcionamento de diversos tipos de órgãos de proteção da infância e juventude espalhados por todo o país.

A Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, foi aprovada pouco tempo depois da promulgação da Constituição Federal de 1988 e veio regulamentar o artigo 227 que estabelece:

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

O Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA - reconhece direitos de crianças e adolescentes e define procedimentos em diversas áreas, tendo em vista a sua proteção e a promoção do seu desenvolvimento.

O objeto de estudo deste trabalho será um artigo específico que sofreu modificação recentemente.

Um dos artigos mais polêmicos do ECA é o art.243 que, por tal motivo, fora modificado no dia 17 de março de 2015, quando entrou em vigor a [Lei Federal 13.106](#), que alterou o [Estatuto da Criança e do Adolescente](#).

Antes da modificação, o texto do artigo trazia o seguinte:

Art. 243. Vender, fornecer ainda que gratuitamente, ministrar ou entregar, de qualquer forma, a criança ou adolescente, sem justa causa, produtos cujos componentes possam causar dependência física ou psíquica, ainda que por utilização indevida:

Pena – detenção de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa, se o fato não constitui crime mais grave.

Atualmente a redação é:

Art. 243. Vender, fornecer, servir, ministrar ou entregar, ainda que gratuitamente, de qualquer forma, a criança ou a adolescente, bebida alcoólica ou, sem justa causa, outros produtos cujos componentes possam causar dependência física ou psíquica:

Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa, se o fato não constitui crime mais grave. (grifo nosso)

A medida coativa fez-se necessária para combater uma realidade existente no país: menores de 18 anos têm conseguido, seja em festas, bares ou estabelecimentos comerciais diversos, acesso às mais variadas bebidas alcoólicas disponíveis para o consumidor permitido apenas para maiores de idade.

Um grande debate doutrinário e jurisprudencial surgiu com teses que apontavam principalmente para dois sentidos:

a) a venda de bebidas alcoólicas a menores de 18 anos era regulada pela Lei de Contravenções Penais, havendo perfeita subsunção à norma especial, que prevalecia e deveria ser aplicada em relação à vedação genérica trazida pelo ECA;

b) a expressão dependência física ou psíquica englobava a bebida alcoólica e, portanto, o ECA absorvia a contravenção prevista no artigo 63, inciso I da LCP.

[LCP - Decreto Lei nº 3.688 de 03 de Outubro de 1941](#)

Art. 63. Servir bebidas alcoólicas:
I - a menor de dezoito anos;

(Revogado pela Lei nº 13.106, de 2015)

Pena – prisão simples, de dois meses a um ano, ou multa, de quinhentos mil réis a cinco contos de réis.

Com a nova redação se finda qualquer dúvida interpretativa, pois a norma é explícita ao vedar a venda de bebidas alcoólicas e revogar o artigo 63, I, da LCP. Logo, o ECA é a norma a ser considerada a partir de agora, tendo eficácia *ex nunc*, por se tratar de norma penal prejudicial ao réu.

Desenvolvimento

A Lei Federal nº 13.106/2015 tipificou como crime a conduta de fornecimento de bebida alcoólica a criança ou adolescente.

A alteração legal teve por objetivo tutelar a integridade física e moral da criança ou adolescente. Assim, existirá o crime mesmo se uma bebida alcoólica possua um baixo teor alcoólico e o adolescente esteja acostumado a bebê-la. E quem se torna o sujeito ativo desse crime? Sujeito ativo é qualquer pessoa que venda, forneça gratuitamente, ministre ou que entregue à criança ou adolescente, bebida alcoólica ou ainda que, sem justa causa, pratique as mesmas condutas, com produtos que possam causar dependência física ou psíquica. Obviamente o sujeito passivo é a criança ou o adolescente objeto da entrega de produto que cause dependência física ou psíquica.

Em que consiste o delito:

- Vender (comércio formal ou informal),
- fornecer (expressão ampla que significar dar),
- servir (por na mesa, no copo etc.),
- ministrar (aplicar em alguém) ou
- entregar (deixar à disposição de alguém),
- ainda que gratuitamente,
- de qualquer forma,
- a criança (pessoa que tem até 12 anos de idade incompletos);

- ou a adolescente (pessoa que tem entre 12 e 18 anos de idade),
- bebida alcoólica (líquido que contenha álcool etílico em sua composição),
- ou outros produtos cujos componentes possam causar dependência física ou psíquica (ex.1: remédio de venda controlada; ex.2: cola de sapateiro).

Para que seja bem entendida vale a pena uma explicação mais técnica sobre o assunto. A expressão “produtos cujos componentes possam causar dependência física ou psíquica” deve ser confrontada com a Lei nº 11.343/06, (Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências).

O conceito de droga é fornecido pelo art. 1º, parágrafo único da Lei nº 11.343/06:

consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União.

Diante disso, se o ECA quisesse que o art. 243 trouxesse a palavra drogas explicitamente e não outros produtos cujos componentes possam causar dependência física ou psíquica teria explicitamente incluído. Contudo, não havendo menção ao termo e à lei 11.343/06 (Lei de Drogas), foge do alcance do ECA qualquer conduta que envolva a entrega de drogas, uma vez que, se a lei não distingue, não cabe ao intérprete fazê-lo.

Objetivamente, infere-se a seguinte distinção: uma pessoa que entrega droga, sob qualquer pretexto, a menor de 18 anos, responderá pelo artigo 33, da lei 11.343/06 – crime de tráfico de drogas.

Contrariamente, uma pessoa que entregue (ou pratique as condutas constantes no novo artigo 243, ECA) qualquer substância que não seja considerada droga (não está, portanto, relacionada na portaria 344/98 da ANVISA) será acusada pelo crime do ECA (cola de sapateiro e outras substâncias congêneres).

Um outro fato relevante é verificar o preceito secundário do tipo penal (cominação de penas) do artigo 243, ECA, que é expresso ao afirmar que as penas desse artigo são aplicáveis quando o fato não constituir crime mais grave. Portanto, uma vez verificada que a conduta se enquadra perfeitamente em outro tipo penal, mais gravoso, o artigo 243 do ECA é afastado; é o caso da configuração do artigo 33 da Lei de Drogas.

Finalizando, o crime em comento é formal, ou seja, basta a prática de quaisquer das condutas ali elencadas que o crime já se consuma, não se exigindo que a criança ou adolescente de fato ingiram a bebida alcoólica. Vislumbra-se como admissível, apesar de ser de difícil configuração, a tentativa.

Resumo da classificação doutrinária do delito: crime comum, de forma livre, comissivo, doloso, anormal, de perigo, unissubjetivo, plurissubistente, instantâneo e que admite tentativa.

Diante do exposto, tem-se a necessidade da intervenção estatal para a orientação e conscientização das pessoas maiores e menores de idade. Finalmente, é bom ter em mente que a lei, por si só, apesar de seu comando coercitivo, não carrega o poder para solucionar uma prática que insiste em existir.

Conclusão

As modificações trazidas pela Lei n. 13.106, de 17 de março de 2015 vieram para melhorar o Estatuto que protege a criança e o adolescente. Quanto à infração administrativa, criou um tipo administrador específico para a venda de bebida alcoólica a menor de dezoito anos, destruindo qualquer dúvida acerca da existência de infração administrativa sobre essa hipótese. Na esfera penal, também findou com a discussão anterior sobre a inaplicabilidade do art. 243 do ECA no que concerne ao fornecimento de bebida alcoólica ao menor de dezoito anos.

Lei N.º 13.106/2015 trouxe, em síntese:

- Previu, expressamente, que é crime vender, fornecer, servir, ministrar ou entregar bebida alcoólica a criança ou a adolescente,
 - Revogou a contravenção penal prevista no art. 63, I, do Decreto-lei 3.688/41, considerando que esta conduta agora é punida no art. 243 do ECA;
 - Fixou multa administrativa de R\$ 3 mil a R\$ 10 mil para quem vender bebidas alcoólicas para crianças ou adolescentes (essa multa é independente da sanção criminal).

Referências

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 11^a ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros Editores, 2001. p. 386.

RIEZO, Fernão Barbosa. Prática do Estatuto da Criança e do Adolescente. 18^a. Ed. São Paulo: Tradebook, 2011, p. 1060 -1064.

GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. Volume I. 17^a. Ed. Niterói: Impetus, 2015, p. 90.

Disponível em:

<http://www2.camara.leg.br/documentos-e-pesquisa/fiquePorDentro/temas/25-anos-do-estatuto-da-crianca-e-do-adolescente>

Disponível em:

<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI217588,91041-Bebidas+alcoolicas+e+a+nova+tipificacao+do+artigo+243+do+ECA>

Disponível

em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm#art1048ii

GUARDA COMPARTILHADA

FERNANDA IATAROLA BARBOSA DIAS:
Graduada em Direito pela Universidade
Presidente Antônio Carlos -
UNIPAC/BARBACENA. Oficiala de Justiça - TJMG
2003/2010. Analista do Ministério Público de Minas
Gerais 2010.

RESUMO: O presente estudo volta-se à análise da guarda compartilhada disciplinada inicialmente pela lei 11.698/2008 e pela recente lei 13.058/2014, que alteraram os artigos 1583, 1584, 1585 e 1634 do Código Civil. A família conforme estabelecido pela Constituição Federal é a base da sociedade e tem especial proteção do Estado. Na esteira constitucional o Código Civil ao disciplinar a dissolução do vínculo conjugal preleciona regras de proteção à pessoa dos filhos, assim como para o exercício do poder familiar, que tem a guarda como um de seus desdobramentos. A guarda compartilhada muito embora tenha passado a ter disciplina normativa somente a partir de 2008, já vinha sendo aplicada pelo Poder Judiciário em casos de ausência de litígio entre os genitores e com amparo em estudo multidisciplinar. Com o advento da lei 11.698/2008 a guarda compartilhada passou a ter assento no Código Civil, e atualmente com a lei 13.058/2014 abriu-se a possibilidade de seu estabelecimento, mesmo em situações em que não haja consenso entre os genitores, desde que esses estejam aptos ao exercício do poder parental. Dessa forma busca-se no presente estudo a análise da guarda compartilhada em consonância com a disciplina legal vigente e com os ditames constitucionais, sem perder de vista o princípio da proteção integral trazido pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

PALAVRAS-CHAVE: Família. Poder Familiar. Guarda Compartilhada.

SUMÁRIO: 1.Introdução. 2.O Direito de Família no Ordenamento Jurídico Pátrio. 2.1 A Guarda no Direito de Família. 3.A Guarda Compartilhada. 4.Considerações Finais. 5.Referências.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal ao tratar da Ordem Social dedica um capítulo à família, à criança, ao adolescente, ao jovem e ao idoso, estabelecendo a família como a base da sociedade e detentora de especial proteção do Estado.

Nesse diapasão o Estatuto da Criança e do Adolescente (lei 8.069/90), preleciona inúmeras garantias às crianças e aos adolescentes, além do princípio da proteção integral, que serve como diretriz para a solução dos conflitos de guarda decorrentes do rompimento do vínculo conjugal.

O Código Civil ao disciplinar a dissolução da sociedade e do vínculo conjugal trata da proteção da pessoa dos filhos, disciplinando também o poder familiar, entendido como dever-poder dos pais desenvolverem todas as aptidões dos filhos, com vistas a seu desenvolvimento integral.

A disciplina do poder familiar insculpida pelo Código Civil tem natureza solidária, conferindo a ambos os pais sua titularidade durante o casamento e a união estável, bem como a possibilidade do acionamento do Poder Judiciário em caso de divergência em seu exercício.

Contudo diante do rompimento da sociedade conjugal, normalmente permeado por fortes conflitos de convivência entre os genitores, inicia-se a discussão da guarda dos filhos menores, que se constitui como um dos desdobramentos do poder familiar e se caracteriza como um conjunto de direitos e obrigações de assistência material e moral em face da criança ou adolescente.

A legislação pátria elenca embora de forma não taxativa a existência da guarda unilateral ou compartilhada, que trazem como traço diferenciador a exclusividade ou não de seu exercício.

Por longos anos a guarda unilateral foi a mais prestigiada em nosso país, certamente por influência da já superada busca da culpa pelo rompimento da sociedade conjugal, que conforme os ditames da lei 6.515/77 atribuía a guarda dos filhos ao cônjuge não culpado pelo rompimento do vínculo conjugal.

Já a guarda compartilhada disciplinada inicialmente pela lei 11.698/08, com modificação trazida pela lei 13.058/14, que alterou os artigos 1583, 1584, 1585 e 1634 do Código Civil, já estava sendo aplicada mesmo antes de sua normatização, e funda-se na coparticipação parental na vida e educação dos filhos, trazendo um marcante escopo social em seu fundamento.

Da atenta análise da disciplina legal da guarda vislumbra-se que a guarda compartilhada foi o modelo prioritário adotado pelo legislador notadamente nas hipóteses em que ambos os genitores se apresentarem em iguais condições de seu exercício, ainda que diante de discordância entre esses.

Dessa forma ainda que considerado que o poder familiar não se altera em razão da modificação conjugalidade dos genitores, tem-se que a guarda unilateral se apresenta como uma fragmentação dos direitos dos pais em relação aos filhos, razão pela qual a guarda compartilhada passou a ser a opção adotada pelo ordenamento jurídico com vistas ao exercício conjunto da autoridade decorrente do poder parental.

Contudo, muito embora a existência de previsão legal prioritária da guarda compartilhada, mostra-se necessária a análise de cada caso concreto com vistas à garantia do melhor interesse do filho, em atendimento ao princípio da proteção integral previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Destarte merece destaque que a guarda compartilhada não implica uma divisão do tempo do filho com os pais e sim a efetiva participação de ambos os genitores na vida e formação dos filhos, cooperando mutuamente no cuidado e crescimento desses.

Dessa feita o presente estudo volta-se à análise sistemática da disciplina legal da guarda compartilhada inserida no ordenamento jurídico pátrio pela lei 11.698/08, posteriormente alterada pela lei 13.058/2014, de forma conjunta com os ditames trazidos pela Constituição Federal e pelo Estatuto da Criança e a do Adolescente.

Pontofinalizando observa-se que na maioria dos casos de guarda submetidos ao Poder Judiciário muito ressentimento se encontra entre os genitores o que demanda uma cautelosa atuação do Magistrado e demais profissionais envolvidos com vistas a manter o foco da relação processual na preservação dos interesses da criança ou adolescente envolvido.

1 – O DIREITO DE FAMÍLIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

No ordenamento jurídico pátrio a família tem disciplina legal fixada na Constituição Federal em capítulo específico inserido dentro do título referente à ordem social, assim como no livro IV da parte especial do Código Civil.

Da análise da disciplina legal reservada à família denota-se a existência de duas categorias de família, a constitucional e a não constitucional. Segundo esse entendimento a família constitucional abarca o elenco trazido pelo artigo 226 da Carta Magna, consistente na instituída pelo casamento, pela união estável do homem e da mulher e pela família monoparental, formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Já as famílias não constitucionais incluem as constituídas pela parceria entre pessoas do mesmo sexo e as não monogâmicas. Porém em termos legais o traço legal diferencial entre as famílias constitucionais e não constitucionais consiste apenas na possibilidade de a lei ordinária estabelecer restrições quanto aos direitos decorrentes de sua constituição, sem que se possa aventar eventual inconstitucionalidade, haja vista que não têm assento no texto constitucional.

Considerando que a família é a primeira comunidade em que o homem se integra, tem-se que o Direito de Família volta-se ao estudo e a disciplina das relações humanas decorrentes da constituição das famílias, que na atualidade se fundam em sua maioria em vínculos afetivos. O Direito de Família como ramo do direito público interno se apresenta como de primordial importância para o Estado na medida em que se bem regulamentadas as famílias a sociedade se mostrará mais organizada, eficiente e apta a seu pleno desenvolvimento.

Ao tratar das famílias na atualidade vislumbra-se que não há meios para classificar um modelo de uniforme de família dada a evolução pela qual essa tem passado ao longo da história, merecendo destacar que a família deixou de ser a base do núcleo econômico e reprodutivo do cidadão, passando a ter seu foco nas relações de amor e afeto.

Muito embora sem precisão técnica pode-se afirmar que a família inicialmente se originou pela necessidade de regulação das relações sexuais entre os membros das comunidades, com vistas ao aprimoramento genético mediante a vedação do incesto.

Na Antiguidade o estudo das famílias romanas mostra que essas possuíam diversas funções hoje totalmente desvinculadas das famílias modernas, a exemplo da função biológica, educacional, econômica, assistencial, espiritual e afetiva. Dessa forma observa-se que a família voltava-se a propiciar a seus membros, além da regulação das relações sexuais, trabalho, educação, cuidados especiais de saúde e reprodução, assistência espiritual e religiosa, podendo-se afirmar que o indivíduo desenvolvia todas as suas relações dentro do seio da própria família.

Contudo ao longo dos anos e certamente diante da organização da Igreja e do Estado a família foi perdendo diversas dessas funções notadamente a econômica e a religiosa, ao passo que cada vez mais se aprofunda na função afetiva com vistas a garantir o desenvolvimento psicológico sadio de seus membros através do crescimento das relações de afeto e incentivo ao fortalecimento da autoestima e identidade.

O Direito de Família ou Direito das Famílias se apresenta como o ramo mais aberto a mudanças constante do Direito Civil pátrio haja vista a dinâmica das relações sociais em que se encontra envolto, sendo objeto de constantes atualizações ou inovações legislativas, notadamente fundadas no acervo principiológico que o acompanha aliado à evolução social.

Em que pese a ausência de consenso doutrinário pode-se afirmar que os pilares do Direito de Família se encontram enraizados em três princípios básicos, quais sejam: dignidade da pessoa humana, igualdade e vedação ao retrocesso.

O princípio da dignidade da pessoa humana é um dos pilares do Estado Democrático de Direito, tratado na Constituição Federal como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, e visa ao respeito à plena existência do indivíduo e sob enfoque do Direito de Família pode-se afirmar que garante a existência de outros núcleos familiares independente de prévia normatização legal, a exemplo da união homoafetiva.

Já o princípio da igualdade, também com assento constitucional como direito fundamental do cidadão, se traduz no âmbito do Direito de Família na igualdade ou isonomia entre homens e mulheres, além de assegurar a inexistência de distinção entre filiação legítima ou ilegítima e assegurar o reconhecimento da união homoafetiva, assim como do estabelecimento como modelo prioritário da guarda compartilhada.

O princípio da vedação ao retrocesso também umbilicalmente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana volta-se no Direito de Família à não supressão de direitos garantidos por normas anteriores, constituindo em pressuposto negativo para a revogação ou alteração de direitos fundamentais por normas posteriores.

Além dos três princípios gerais acima apresentados o Direito de Família também apresenta outras regras basilares mais específicas podendo-se relacionar, de forma não taxativa, o princípio da afetividade, princípio da solidariedade familiar, princípio da proteção ao idoso, princípio da função social família, princípio da proteção da criança e do adolescente, princípio da convivência familiar e princípio da intervenção mínima do Estado no Direito de Família, porém, dada a brevidade deste trabalho, limita-se apenas à essa breve menção, sem contudo desprezar sua importância para o tema em estudo, que sofrerá ainda a intervenção de outros princípios que se mostrarem alinhados ao estudo das famílias, notadamente com fundamento no princípio maior da dignidade da pessoa humana.

Pontofinalizando tem-se que o Direito de Família ou Direito das Famílias mostra-se com um sistema jurídico aberto e sujeito a modificações em decorrência da dinâmica das relações sociais que envolvem a constituição e o reconhecimento das famílias. Enfatizando-se que

atualmente as relações familiares fundam-se prioritariamente na afetividade, diante do esvaziamento das demais funções anteriormente exercidas pela família.

Ademais com foco no tripé da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da vedação ao retrocesso muito ainda há de ser conquistado pelas novas famílias que outrora não eram sequer reconhecidas, atentando-se sempre para a importância do Direito de Família no desenvolvimento sadio da sociedade.

1.1 A Guarda no Direito de Família

O rompimento ou dissolução da relação conjugal é um período espinhoso da vida de muitas famílias e repleto de desavenças, dentre elas a que envolve a guarda dos filhos menores.

Como é sabido a Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente estabelecem o princípio da proteção integral ou do melhor interesse da criança e do adolescente, assim como o Código Civil disciplina a proteção dos filhos em caso de dissolução da sociedade conjugal e regulamenta o poder familiar.

Anteriormente ao fortalecimento do modelo de guarda compartilhada o estabelecimento da guarda da pessoa dos filhos volta-se apenas ao atendimento dos interesses dos cônjuges quando da dissolução do vínculo e, em caso discordância entre esses, a guarda era atribuída exclusivamente a um dos genitores, normalmente o não culpado pela separação.

Para o doutor em Direito Civil Jorge Shiguemitsu Fujita a guarda apresenta o seguinte conceito:

A guarda é o direito-dever que cabe aos pais, ou a quem de direito, de prover as necessidades vitais de alimentação, vestuário, higiene, moradia, assistência médica e odontológica, de educação e de lazer de seus filhos, ou daqueles que se encontrem sob sua proteção. (COLTRO & DELGADO, 2015, p. 192).

A guarda não se confunde com o poder familiar uma vez que o integra, se constituindo em um elemento constitutivo deste. Assim mesmo que dissolvido o vínculo conjugal os genitores permanecem titulares do poder da familiar, muito embora a guarda possa ser deferida a somente um deles ou até mesmo a terceira pessoa.

Dentre as espécies de guarda pode-se apontar a guarda individual e a guarda conjunta. Na guarda individual atribui-se a uma única pessoa o poder-dever de guardião, estando abrigada nesta espécie a guarda unilateral ou exclusiva e a guarda alternada.

A guarda conjunta se caracteriza pela atribuição do exercício da guarda a duas pessoas, normalmente aos genitores. Nesta espécie encontram-se a guarda simultânea ou compartilhada. Destaca-se que a guarda simultânea é desempenhada por duas pessoas de forma conjunta e concomitante, a exemplo dos genitores na constância da sociedade conjugal. Já a guarda compartilhada pressupõe a dissolução do matrimônio ou união estável e garante a ambos os genitores a titularidade e o exercício da guarda dos filhos de forma corresponsável e flexível.

É inegável que mesmo diante da intervenção mínima do Estado na esfera familiar o instituto da guarda sofreu expressiva evolução notadamente com o advento da Constituição Federal e do Estatuto da Criança e do Adolescente, que se voltaram à proteção do ente mais fragilizado da família de modo a afastar da relação de filiação os reflexos do conflito conjugal.

Assim de acordo com o aprimoramento legislativo a guarda compartilhada, muito embora regularmente normatizada a partir do ano de 2008, já estava sendo aplicada pela Justiça pátria, e atualmente se apresenta como modelo prioritário, com vistas ao exercício conjunto pelos genitores da autoridade parental.

O abandono da busca da culpa pelo rompimento da conjugalidade e, via de consequência, da guarda unilateral tem como ponto de partida a manutenção da relação afetiva entre pais e filhos, objetivando amenizar os danos causados ao desenvolvimento psíquico da criança ou adolescente em

formação nos casos de rompimento do vínculo conjugal e afastamento dos genitores.

Como bem apontado pela doutrina o modelo da guarda compartilhada é uma conquista dos filhos por não romper ou impedir o vínculo afetivo com um dos pais, sendo certo que muitas vezes dentro da sociedade atual há situações em que os genitores sequer chegaram a formar vínculo conjugal. Assim a guarda compartilhada em muito atende aos anseios do pleno desenvolvimento da personalidade e do caráter da criança, que poderá desfrutar da convivência com ambos os genitores.

2 – A GUARDA COMPARTILHADA

Historicamente a família do direito romano era organizada segundo o princípio da autoridade, com destaque para a total subordinação da mulher à autoridade marital.

No período da Idade Média o direito canônico disciplinava as relações de família e reconhecia somente o casamento religioso como válido, ainda sob influência do direito romano e também do direito germânico.

Do conceito da família brasileira se observam fortes traços do direito canônico, notadamente em decorrência da colonização portuguesa, ainda que presentes diversas normas originadas da família germânica e romana. Contudo diante das transformações sociais, culturais e históricas atualmente o ordenamento jurídico brasileiro contempla a família mais adaptada à realidade, com enfoque na natureza contratualista do casamento.

O Código Civil de 1916 ateve-se à regulamentação da família constituída unicamente pelo casamento, com adoção do modelo hierarquizado e patriarcal. Contudo durante sua vigência a doutrina e jurisprudência já vinham caminhando no sentido de reconhecer novos elementos para composição das relações familiares, com nítida priorização da família socioafetiva.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, calçada no princípio da dignidade da pessoa humana, houve grandes inovações no Direito de

Família, que passou a reconhecer diversas formas de constituição da entidade familiar, abandonando o modelo único de casamento trazido pelo Código Civil revogado, bem como proibiu designações discriminatórias decorrentes da filiação fora do casamento, abolindo a conhecida designação de filho ilegítimo, e consagrou em definitivo o princípio da igualdade de gêneros, garantido os mesmos direitos aos homens e mulheres.

Diante das inovações constitucionais que derrogaram centenas de artigo do Código Civil de 1916 restou promulgado, em 2002, o *códex* vigente que traz a ideia da paternidade responsável e o reconhecimento da entidade familiar também a partir de vínculos socioafetivos e nenhuma discriminação da filiação, fundando-se na corresponsabilidade no exercício do poder familiar e reconhecimento da família monoparental.

As inovações trazidas pelo Código Civil de 2002 têm origem no reconhecimento da função social da família pelo direito pátrio e na igualdade entre cônjuges e filhos, se alinhando às disposições constitucionais. No que tange especificamente à guarda ressalta-se a concessão ao juiz do poder de decidir de acordo com os interesses da criança e adolescente, que também tiveram garantidos seus direitos através do Estatuto da Criança e do Adolescente (lei 8.069/90) que, dentre outras disposições, institui o princípio da proteção integral.

A guarda desde a promulgação do Código Civil de 2002 e das lei 11.698/2008 e 13.058/14 passou por grandes transformações tendo o direito brasileiro atualmente passado a adotar a guarda compartilhada como modelo prioritário.

Anteriormente à promulgação da lei 11.698/2008 a aplicação da guarda compartilhada era objeto de controvérsia entre julgadores, sendo conferida em percentual inferior a 3% dos casos em 2002, ano em que entrou em vigência o Código Civil.

Contudo diante das mudanças conferidas à sociedade notadamente pelo avanço das mulheres no mercado de trabalho seguida pela maior

presença nos homens nos cuidados domésticos e com os filhos, a guarda unilateral foi cedendo espaço paulatinamente à guarda compartilhada.

Dessa forma antes da promulgação da lei 11.698/08 a guarda compartilhada tinha por fundamento somente as disposições constitucionais que prelecionam a igualdade entre o homem e a mulher, notadamente dentro das relações familiares, assim como o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, da efetividade e da convivência familiar.

A partir da promulgação da lei 11.698/08 restou portanto positivada de forma infraconstitucional a guarda compartilhada, alterando de maneira substancial os artigos 1583 e 1584 do Código Civil. Destaca-se que a principal inovação trazida pela norma em comento foi encerrar legalmente o monopólio da guarda unilateral no ordenamento jurídico, prelecionando expressamente sobre a guarda compartilhada e ainda delineando seu conceito.

Depreende-se que diante do novo quadro apresentado pela lei 11.698/08 passou-se a adotar um sistema dual no qual a guarda compartilhada passou a existir paralelamente à guarda unilateral, passando à análise do caso concreto, com supedâneo no princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, a escolha de um ou outro modelo.

Ainda a lei 11.698/08 extirpou de vez a idéia de concessão da guarda unilateral ao cônjuge não culpado pela dissolução da sociedade conjugal assim como ao que apresentasse melhores econômicas ou financeiras, estabelecendo a preferência, em caso de guarda unilateral, ao pai e ou à mãe detentor maior relação de afetividade com a criança e com o adolescente de forma a garantir melhores condições de saúde e segurança ao filho e fomentar seu desenvolvimento moral, social e psicológico.

Fruto da constante evolução legislativa envolvendo a guarda compartilhada, em 2014, foi promulgado a lei 13.058, que alterou os artigos 1583, 1584, 1585 e 1634 do Código Civil. Insta ressaltar que o novel legislador não contrariou o espírito das normas anteriores trazidas pela lei 11.698/98, mas sim estabeleceu algumas mudanças voltadas ao

fortalecimento da guarda compartilhada, em atendimento à evolução social e ao princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

Dessa forma o ponto de destaque da lei 13.058/14, sem sombra de dúvida, é a positivação da guarda compartilhada como modelo prioritário de guarda do sistema de direito civil brasileiro, passando atualmente a guarda unilateral a ser adotada somente como exceção, conforme se vislumbra do parágrafo segundo do artigo 1583 do diploma civil.

Conforme se observa nestes quatorze anos de vigência do Código Civil a guarda sofreu mudanças substanciais com o objetivo de se alinhar aos ditames constitucionais regentes do Direito de Família, que consagram o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente e a igualdade de direitos entre o homem e a mulher, e também a todo o arcabouço de garantias estabelecidas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

Assim dentro da disciplina legal vigente a guarda compartilhada será estabelecida de forma preferencial, sempre que possível dentro das peculiaridades do caso concreto, ressaltando que o local ou cidade de moradia dos filhos será aquele melhor a atender a seus interesses. Infere-se, portanto, a inexistência de regime de visitação dentro da guarda compartilhada e sim uma divisão de modo equilibrado do tempo de convívio e comunicação dos filhos com ambos os pais, devendo sempre ser observada a prevalência dos interesses da criança ou do adolescente em relação aos dos genitores.

Ainda dentro da disciplina legal do artigo 1583 do Código Civil o novel legislador trouxe apenas a readequação do dever-poder de supervisão garantido ao genitor não guardião, em caso de guarda unilateral, podendo para seu exercício proceder à solicitação de informações e/ou prestação de contas em situações que envolvam a saúde física e psicológica e a educação dos filhos.

Na disciplina do artigo 1584 observa-se que a lei 13.058/14 alterou a redação de alguns parágrafos, assim como acrescentou o parágrafo sexto ao seu elenco. Assim merece destaque o parágrafo segundo, que dentro da nova roupagem legal, trouxe a principal inovação introduzida pela norma

legal em comento, consistente na priorização da aplicação da guarda compartilhada quando ausente acordo entre os genitores e estando ambos em pleno exercício do poder familiar, ressalvada a possibilidade de um dos genitores declarar expressamente que não deseja exercer a guarda de seu filho.

Assim vislumbra-se que a lei 13.058/14 trata a guarda unilateral como exceção assim como reduz a discricionariedade judicial na aplicação de outro modelo de guarda que não a compartilhada. Porém no parágrafo terceiro do artigo em comento restou estabelecido que cabe ao magistrado fixar as atribuições dos genitores e os períodos de convivência sob a guarda compartilhada, podendo para tanto contar com o auxílio de profissionais especializados para a equilibrada divisão do tempo, a exemplo de assistentes sociais e psicólogos.

No que tange ao parágrafo quarto do artigo 1584 a lei 13.058/14 suprimiu a expressão referentes à redução do número de horas de convivência outrora estabelecida pela norma anterior, no caso a lei 11.698/08, com vistas a assegurar a não ocorrência de prejuízo aos interesses da criança ou do adolescente, mantendo a previsão de redução de prerrogativas atribuídas ao guardião que alterar ou descumprir, sem autorização ou desmotivadamente, as cláusulas da guarda unilateral ou compartilhada.

Quanto ao parágrafo quinto do artigo em ilustração a lei 13.058/14 preservou a sua essência abrindo a possibilidade de deferimento da guarda a terceira pessoa que revele compatibilidade com a natureza da medida, com preferência para o grau de parentesco e relações de afinidade ou afetividade, em caso em que não se recomendem a manutenção com qualquer um dos genitores.

Outra novidade do artigo em estudo trazida pela lei 13.058/2014 é a inserção do parágrafo sexto que prevê a possibilidade de multa a estabelecimento público ou privado em caso de recusa ao fornecimento de informações aos genitores sobre seus filhos.

Quanto ao artigo 1585 a lei 13.058/14 não trouxe modificações em relação à sua antecessora, a lei 11.698/08, mas apenas uma atualização no tocante à possibilidade de requerimento de tutela de urgência envolvendo a guarda provisória em ação de conhecimento e ação cautelar de guarda.

Contudo, em que pese a ausência de modificação no artigo em comento, nota-se que a lei 13.058/2014 estabeleceu a necessidade de prévia oitiva das partes para a prolação da decisão referente à guarda, ressalvada a hipótese de situação de urgência em que o interesse da criança ou do adolescente não comporte tal medida, aplicando sempre as disposições do artigo 1584.

Por fim no que se refere ao artigo 1684 também com nova disciplina trazida pela lei 13.058/14 foram acrescentadas mais duas atribuições ao poder familiar inseridas nos incisos IV e V, consistentes na competência para concessão de autorização para viagem ao exterior e para mudança da residência permanente para outro município.

Neste particular o Estado Brasileiro passou a adotar o mesmo posicionamento de outros países estrangeiros, também signatários da Convenção de Haia (1980), que prevê como prática ilícita a transferência da criança de um país para o outro sem o consentimento do outro genitor. Dessa forma, ainda em caso de guarda unilateral, ambos os pais deverão consentir com mudança de residência permanente da criança ou adolescente e sobre viagens ao exterior.

A lei 13.058/14 também introduziu duas modificações no artigo 1684 sendo uma delas no inciso II, que apenas atualizou o dispositivo para fazer menção à guarda compartilhada e seu alinhamento aos novos ditames do artigo 1584.

A outra modificação reside no *caput* do artigo com a inclusão das expressões *situação conjugal e pleno exercício do poder familiar*. Tal referência vem de encontro à consolidada orientação doutrinária e jurisprudencial voltada ao reconhecimento de que as atribuições envolvendo o poder familiar independem da situação conjugal ou existência de vínculo conjugal entre os pais, não havendo necessidade de

casamento ou união estável para que ambos os genitores assumam as atribuições do poder familiar elencadas no dispositivo legal em exame.

Dessa forma ambos os genitores têm, independente de sua situação conjugal ou vínculo afetivo, o pleno exercício do poder familiar, ressalvada as hipóteses de suspensão ou destituição, previstas no parágrafo quarto do artigo 1584, que serão objeto de apreciação e decisão judicial.

Ultrapassada a análise do arcabouço legislativo recentemente introduzido no ordenamento jurídico brasileiro observa-se que muito embora tenha havido um louvável aprimoramento da disciplina legal a realidade forense ainda se mostra muito distante da simples aplicação do modelo da guarda compartilhada de forma prioritária, principalmente diante da ausência de consenso entre os genitores.

Dessa forma é forçoso admitir que a aplicação da guarda compartilhada pressupõe a existência de um ambiente de total compreensão, colaboração e coesão dos genitores, exigindo um juízo de ponderação e objetivo comum de priorizar apenas os interesses dos filhos.

Assim ainda que a lei 13.058/14 busque a adoção preferencial da guarda compartilhada em razão de esta ser o modelo que mais atenda aos interesses da criança e do adolescente é imperioso o reconhecimento de que genitores que não mantêm diálogo e uma relação espontânea de entendimento serão incapazes de exercê-la, o que acarretará sua revisão e transformação em guarda unilateral ou até a atribuição da guarda a terceiro que se mostre mais apto a atender aos interesses do menor.

Destarte merece destaque que a implementação da guarda compartilhada em nada interfere na obrigação alimentar uma vez que são institutos distintos, sendo certo que a guarda compartilhada tem por objetivo a custódia afetiva, emocional, pedagógica e psicológica dos filhos, que têm direito de serem educados por ambos os pais, enquanto a obrigação alimentar volta-se à manutenção material da prole.

Pontofinalizando reconhece-se a extrema importância da evolução legislativa trazidas para o Direito de Família com o advento da lei

11.698/08 e da lei 13.058/14, que em muito avançaram na proteção dos direitos da criança e do adolescente, notadamente pela abertura da possibilidade da convivência e educação do infante por ambos os genitores, contudo infelizmente é notório que a realidade fática em envolve o rompimento conjugal muitas vezes torna inviável sua aplicação.

Dessa forma cabe ao magistrado na análise do caso concreto atuar com muita cautela, valendo-se do auxílio de profissionais especializados, conforme também apontado pela lei, e decidir ou não pela guarda compartilhada, mesmo sendo essa o modelo legalmente adotado pela legislação, haja vista a flagrante possibilidade de que sua aplicação indevida em decisão restritamente legalista possa acarretar mais transtornos e prejuízos ao desenvolvimento da criança ou do adolescente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo da parentalidade e da filiação assim como suas inter-relações jurídicas e psíquicas são institutos fundamentais do Direito de Família, e implicam o direito da criança e do adolescente a ter uma família, muito embora haja separação e ruptura de vínculos entre seus genitores.

A guarda conforme já apontado se apresenta como um dos desdobramentos do poder familiar e em muitos casos tem se mostrado um modo privilegiado de seu exercício diante do constante conflito travado entre os genitores. Dessa forma é forçoso admitir que muitas situações que envolvem a guarda dos filhos pressupõe-se o exercício disfuncional e desequilibrado do poder familiar.

No sistema jurídico civil brasileiro o primeiro registro de posituação da guarda compartilhada ocorreu com a lei 11.698/2008, seguida pela lei 13.058/2014, que mudaram os paradigmas das relações familiares, notadamente em seus aspectos complementares.

Da análise do arcabouço legal disciplinador da guarda compartilhada observa-se que essa é o modelo primordial de guarda adotado pela legislação brasileira restando clara suas vantagens em relação à guarda unilateral em razão da possibilidade flexibilização de seu exercício,

notadamente diante da capacidade de comunicação entre os genitores e do julgamento prudente das necessidades dos filhos e da família com um todo.

Contudo situação espinhosa reside na aplicação guarda compartilhada quando existente litígio entre os genitores, hipótese não rara na prática forense. Na verdade, em pese a firmeza da lei, cabe ao juiz avaliar cada caso concreto, valendo-se da ajuda de profissionais especializados para averiguar com cautela a possibilidade e as vantagens da guarda compartilhada para a prole.

Dessa forma entende-se que para a solidificação da guarda compartilhada mais do que uma conduta estritamente legalista do Poder Judiciário exige-se a conscientização dos genitores quanto aos seus deveres e obrigações e quanto a necessidade atendimento do melhor interesse da criança e do adolescente.

Sem sombra de dúvida o espírito das leis 11.698/08 e 13.058/2014 volta-se à positivação a guarda compartilhada alinhando-a aos dispositivos da Constituição Federal e do Estatuto da Criança e do Adolescente, sendo certo que mesmo anteriormente ao advento das normas em exame a guarda compartilhada já vinha sendo aplicada pelos tribunais pátrios.

Ademais em que pese as dificuldades a serem enfrentadas para a aplicação da guarda compartilhada é notório que essa em muito vem coibir a lastimável prática da alienação parental que há muito vem ceifando o relacionamento entre pais e filhos e fomentando a existência de um sociedade cada vez mais doente emocionalmente.

Ao longo do presente estudo buscou-se analisar o conceito da instituição família e sua evolução histórica, assim como a proteção garantida pela Constituição Federal à entidade familiar e à criança e ao adolescente.

Destarte paralelamente às normas constitucionais foram analisadas as modificações ocorridas no Direito de Família com a positivação da guarda compartilhada que, conforme já apontado, se efetivou através das leis 11.698/08 e 13.058/14.

No curso do trabalho foram analisadas as alterações implementadas no Código Civil pelas normas legais supra apontadas, que diante do pouco tempo de vigência ainda se mostram de escassa análise judicial.

Contudo, em que pese as dificuldades a serem enfrentadas é inegável que a guarda compartilhada representa um decisivo avanço no cenário jurídico e social do Brasil, notadamente pelo fato de se voltar prioritariamente aos interesses e direitos dos filhos, que vinham sendo olvidados ainda que dispostos constitucionalmente.

Segundo a análise doutrinária a guarda compartilhada apresenta como principal ponto negativo a constante troca de residência da criança ou adolescente acarretando a falta de um ponto referencial para sua conscientização como pessoa em desenvolvimento, porém pode-se afirmar que tal inconveniente é superado quando comparado à oportunidade do filho em desfrutar da companhia de ambos os genitores, podendo se sentir abrigado e protegido nos dois lares.

Outrossim estando presente o diálogo entre os genitores e prevalecendo os interesses do filho a flexibilização decorrente da guarda compartilhada não será obstáculo para a plenitude do bem estar e desenvolvimento dos infantes, merecendo destacar que compartilhar a guarda não significa dividir milimetricamente o tempo do filho entre os pais.

Pontofinalizando como bem apontado pelo Código Civil o auxílio de profissionais especializados em muito contribuirá para a correta aplicação da guarda compartilhada em razão de que uma equipe multidisciplinar em muito tem a favorecer a coesão e o entendimento familiar, notadamente através do auxílio dos profissionais de psicologia e assistência social.

Assim entende-se que a guarda compartilhada objetiva o resgate do poder familiar e o exercício complementar das responsabilidades dele decorrentes, afastando a incidência da alienação parental e aproximando a ciência do Direito à realidade das relações sócio-familiares.

Dessa forma ainda que não possa ser aplicada de imediato a todos os casos submetidos ao crivo judicial é certo que com o estabelecimento do entendimento entre os genitores a guarda compartilhada muitos benefícios trará aos filhos, assim como aos pais e reflexamente a toda a comunidade social, que abrigará indivíduos mais equilibrados e bem desenvolvidos emocionalmente.

REFERÊNCIAS

BUENO, Cássio Scarpinella. **Manual de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 2015.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal Anotada**. 10ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: . Acesso em: 10 de agosto de 2016.

BRASIL. **Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: . Acesso em: 10 de agosto de 2016.

BRASIL. **Lei 11.698 de 13 de janeiro de 2008**. Disponível em: . Acesso em: 10 de agosto de 2016.

BRASIL. **Lei 13.058 de 22 de dezembro de 2014**. Disponível em: . Acesso em: 10 de agosto de 2016.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil – Família e Sucessões**. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

GAGLIANO, Pablo Stolze & PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil – Direito de Família (volume 6)**. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro – Direito de Família (volume 6)**. 11ª edição. São Paulo: Saraiva, 2014.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 17ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013.

PUCINELLI JÚNIOR, André. **Curso de Direito Constitucional**. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2013.

REGIS, Mário Luiz Delgado & COLTRO, Antônio Carlos Mathias. **Guarda Compartilhada**. 2ª edição. São Paulo: Método, 2016.

PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS E SUA APLICAÇÃO NO DIREITO PROCESSUAL

GLADSTON ALMEIDA CAJÁ: Bacharel em Administração de Empresas pelo CENTRO UNIVERSITÁRIO NEWTON PAIVA - BH, pós graduado em Direito Administrativo, Direito do Consumidor, Direito Constitucional e Gestão de Pessoas. Servidor do Ministério Público do Estado de Minas Gerais há 23 anos e ocupa a função de Agente Fiscal do PROCON-MG há 17 anos.

RESUMO: O conjunto dos princípios constitucionais inseridos no contexto do Código de Processo Civil também que são repetidamente encontrados na Constituição Federal contribui para se formar um novo ramo do direito processual denominado pelos doutrinadores de Direito Constitucional Processual, ou ainda, assegurador das garantias processuais gerais. Não se trata aqui de uma nova matéria de direito, mas princípios provenientes da produção legislativa constitucional que tem por objetivo nortear os rumos do direito processual brasileiro assegurando-lhe a efetividade da justiça e legitimando suas ações. Importante dizer que dentre esses princípios a Constituição Federal consagra o devido processo legal, o direito de ação, a isonomia, o juiz natural, o contraditório, a vedação de prova ilícita, a publicidade e a motivação das decisões judiciais como princípios constitucionais norteadores do processo civil pátrio. Esses princípios citados cuidam de coibir abusos e desmandos por parte do Poder Público assim como se configuram na condição de pilar do Estado Democrático de Direito. Também as chamadas justiças especializadas, que cuidam de matérias específicas, e, que estão, previstas na legislação constitucional também são baseadas em princípios, a saber, o da simplicidade, a economia e a celeridade, são formas de facilitar o acesso do cidadão ao Poder Judiciário.

Palavras-chaves: Constituição. Princípios. Direito Constitucional.

ABSTRACT: The set of constitutional principles inserted in the context of the Code of Civil Procedure also that are repeatedly found in the Federal Constitution contributes to form a new branch of procedural law called by the doctrinators of Constitutional Constitutional Law, or also, insurer of general procedural guarantees. This is not a new matter of law, but

principles derived from the constitutional legislative production whose purpose is to guide the directions of Brazilian procedural law, assuring it the effectiveness of justice and legitimizing its actions. It is important to say that among these principles, the Federal Constitution enshrines the due process of law, the right to action, isonomy, the natural judge, the adversary, the prohibition of illegal evidence, publicity and motivation of judicial decisions as constitutional principles guiding the process Civil patria. These abovementioned principles seek to curb abuses and irregularities on the part of the Public Power, as they are configured as pillar of the Democratic State of Law. The so-called specialized justices who take care of specific matters and who are provided for in constitutional legislation are also based on principles, namely simplicity, economy and speed, are ways to facilitate citizens' access to power Judiciary.

Keywords: Constitution. Principles. Constitutional right.

Introdução

Inicia-se este trabalho afirmando a existência de princípios constitucionais ligados ao Processo Civil assim sendo em sua função de orientação legislativa e aplicação do direito processual. Ao se tratar sobre a questão pertinente a autonomia do direito processual em relação ao direito material, verifica-se que essa independência está caracterizada, entre outros fatores, pela existência de princípios que são próprios ao direito processual civil.

Entretanto, o presente trabalho ao longo dos capítulos que se seguem indaga a questão de que se tratam esses princípios? Para que eles servem? Qual a importância de seu estudo e também para a aplicação do direito processual no cotidiano de nossa sociedade? Responder-se-á de forma mais detalhada ao longo do trabalho que se trata de normas que fornecem coerência e ordem a um conjunto de elementos, sistematizando-o. São os princípios que fazem com que exista um sistema.

Os princípios jurídicos são também normas jurídicas. Mesmo quando implícitos, não expressos, os princípios jurídicos são obrigatórios vinculam, impõem deveres, tanto quanto qualquer regra jurídica.

A diferença entre as normas jurídicas que são princípios e as demais normas jurídicas que são conforme preleciona a doutrina, apenas “regras” e não princípios reside em que os princípios têm um âmbito de incidência limitado, ao passo que as regras contêm em si mesmas (em um único dispositivo ou na conjugação de diferentes dispositivos) as hipóteses específicas em que vão incidir. Além disso, a aplicação do princípio sempre envolve um prévio juízo de valor.

O objetivo principal desse trabalho é fazer uma abordagem sobre as garantias constitucionais de uma forma geral ligadas ao processo civil, ou seja, os princípios constitucionais que regem o Direito Processual Civil. Dentre os objetivos específicos, falar sobre o teor desses princípios? Descrever sua utilidade; e mencionar qual a importância de seu estudo e também para a aplicação do direito processual no cotidiano de nossa sociedade; finalmente, responder-se-á de forma mais detalhada ao longo do trabalho que se trata de normas que fornecem coerência e ordem a um conjunto de elementos, sistematizando-o. São os princípios que fazem com que exista um sistema.

Os princípios sempre exerceram muita importância na vida do homem como instrumento de compreensão dos mais variados fenômenos que acontecem na sua vida. Estes exercem papel de muito destaque nos estudos científicos que convergem sempre para desvendamento de determinado objeto de estudo no sentido de revelar o que este tem de mais importante que é a sua essência, ou ainda, a sua raiz CRETELLA NETO (2006, p. 05).

Com base nisto muito se estudou sobre os princípios nas mais diversas áreas do conhecimento humano onde se realizaram pesquisas chegando-se à conclusão da existência de diversos, de milhares de formas e classificações de princípios, destacando-se entre estas a que faz uso do “critério da abrangência”, que considera os limites de aplicabilidade dos princípios. Faz referência mencionando-se segundo Ávila (2005, p. 64) ao

critério no sentido de classificar os princípios em quatro espécies quais sejam: a) onivalentes; b) plurivalentes; c) monovalentes, que estão sendo aqui retratadas para efeito ilustrativo não cabendo um aprofundamento por não ser pertinente à questão.

A importância de sua apresentação neste trabalho incide em duas questões principais, ou seja, a primeira que cuida de mostrar que esse princípio assim como seu estudo não está restrito à seara jurídica e segundo que este direciona-se para instrumentos de classificação que podem ser extremamente úteis no estudo e na compreensão do que se chama de fenômeno principiológico no campo da ciência jurídica.

Metodologicamente falando, o trabalho foi elaborado através da pesquisa bibliográfica que pode ser definida como uma problematização de um projeto de pesquisa a partir de referências publicadas, verificando e debatendo as contribuições culturais e científicas. Esse método constitui-se de uma técnica que fornece ao pesquisador uma experiência teórica, de conhecimento, e o ensaio científico que preparam a produção de trabalhos originais e adequados.

O presente trabalho abordará um modelo de pesquisa de caráter didático sobre o tema proposto levando em consideração a opinião dos mais conceituados autores, extraíndo o conteúdo desta metodologia bibliográfica que caracteriza a presente pesquisa com publicações, artigos científicos, consultado material escrito em sites de internet, assim como na literatura especializada sobre o tema proposto.

A pesquisa nessa situação é qualitativa, tendo o ambiente natural como sua fonte direta de dados já previamente pesquisado por renomados autores e o pesquisador como seu principal instrumento. Todavia, cumpre esclarecer que este trabalho constitui uma pesquisa essencialmente bibliográfica e os dados a que faz menção a pesquisa qualitativa serão colhidos em obras e publicações exclusivamente.

2 Considerações iniciais sobre os princípios jurídicos constitucionais

2.1 Noções preliminares dos princípios jurídicos e constitucionais

Os princípios sempre exerceram muita importância na vida do homem como instrumento de compreensão dos mais variados fenômenos que acontecem na sua vida. Estes exercem papel de muito destaque nos estudos científicos que convergem sempre para desvendamento de determinado objeto de estudo no sentido de revelar o que este tem de mais importante que é a sua essência, ou ainda, a sua raiz (CRETELLA NETO, 2006).

Com base nisto muito se estudou sobre os princípios nas mais diversas áreas do conhecimento humano onde se realizaram pesquisas chegando-se à conclusão da existência de diversos, de milhares de formas e classificações de princípios, destacando-se entre estas a que faz uso do “critério da abrangência”, que considera os limites de aplicabilidade dos princípios. Faz referência mencionando-se segundo Ávila (2005, p. 64) ao critério no sentido de classificar os princípios em quatro espécies quais sejam: a) onivalentes; b) plurivalentes; c) monovalentes, *que* estão sendo aqui retratadas para efeito ilustrativo não cabendo um aprofundamento por não ser pertinente à questão (CRETELLA NETO, 2006).

Encerrando-se essas noções iniciais a respeito dos princípios, cumpre dar a devida importância à questão de que a classificação por meio do critério de abrangência não é fato exclusivo da ciência do Direito, mas, contrariamente ao que se imagina é uma técnica científica que tem aplicação nas mais variadas áreas do conhecimento humano, sendo classificada portanto como principiológica e de caráter universal.

A importância de sua apresentação neste trabalho incide em duas questões principais, ou seja, a primeira que cuida de mostrar que esse princípio assim como seu estudo não está restrito à seara jurídica e segundo que este direciona-se para instrumentos de classificação que podem ser extremamente úteis no estudo e na compreensão do que se chama de fenômeno principiológico no campo da ciência jurídica (CRETELLA NETO, 2006).

Assim, constituem-se os princípios como o alicerce para que qualquer ramo da ciência jurídica, exercendo forte influência desde a sua formação até a sua aplicação na vida prática, no cotidiano das pessoas.

Com relação a matéria aqui proposta, ou seja, o Direito Processual Civil não poderia de forma alguma ser diferente, uma vez que tais princípios se mostram presentes dois momentos anteriormente falados, ou seja, tanto e sua formação quanto na aplicabilidade normativa em que se baseiam.

Segundo Reale (1999, p. 290) cumpre destacar que toda e qualquer forma de conhecimento filosófico ou científico incide invariavelmente nos princípios. Eis a importância dos princípios e suas peculiaridades que estão ligadas a cada ramo do direito e da importância de sua influência, é que se mostra a grande importância do estudo destes princípios e sua necessidade para se compreender todos os aspectos constitucionais no contexto da processualística.

Dessa forma, com o fito de elaborar um estudo mais completo, com maior abrangência sobre a questão, verifica-se a necessidade de se constatar qual o significado mais preciso para a palavra princípio dentre respeitáveis doutrinadores que atuam no ordenamento jurídico (CRETELLA NETO, 2006).

Nesse sentido, preleciona Miguel Reale (1991, p. 65), que *“os princípios são certos enunciados lógicos admitidos como condição ou base de validade das demais asserções que compõem dado campo do saber”*.

De outro lado, percebe-se em De Plácido e Silva (1991, p. 45), que é um doutrinador muito interessado pelos vocábulos jurídicos tendo escrito diversas obras sobre o assunto, nesse tema demonstra em suas reflexões que *“os princípios são o conjunto de regras ou preceitos que se fixam para servir de norma a toda espécie de ação jurídica, traçando a conduta a ser tida em uma operação jurídica”*.

Com base no pensamento desses dois ilustres doutrinadores, confirma-se a hipótese de serem os princípios fundamentais elementos inseridos na cultura jurídica da humanidade desenvolvida desde a civilização romana até os dias atuais e trata-se de pressupostos lógicos e necessários das normas legislativas que permeiam a atividade jurídica e a estrutura normativa de todas as sociedades civilizadas mundo afora (PLÁCIDO e SILVA, 1991).

Os princípios podem se mostrar não apenas sob aspectos jurídicos, como forma de influenciar a forma de comportamento e os procedimentos aceitos dentro de uma sociedade, mas também sob a forma de costumes, valores que são passados mediante uma educação muitas vezes rígida de pai para filho, por meio do direito costumeiro expressando-se de forma mais perfeita nas sociedades mais desenvolvidas (PLÁCIDO e SILVA, 1991).

Fica assim esclarecido a enormidade da importância que o princípio exerce no contexto do sistema jurídico como um todo, de forma que, conclui-se no momento em que se infringe uma norma, de forma direta estar-se-á em verdade, um princípio ligado àquele sistema jurídico, que em sua essência se encontrava inserido (RODRIGUES, 1998).

Assim, conforme as instruções que foram acima mencionadas verificam-se serem os princípios pontos primários que servem de direcionamento e de base para que se elabore e aplique-se o direito de forma o mais coerente possível (PLÁCIDO E SILVA, 1991).

Posteriormente à verificação da importância dos princípios no contexto do ordenamento jurídico, passa-se agora a uma análise dos princípios constitucionais dentro do Direito Processual Civil que residem no texto da Constituição Federal de 1988.

2.2 Os princípios constitucionais no contexto da Constituição Federal

A realização de um estudo mais aprimorado sobre a incidência do direito processual no contexto da Constituição Federal brasileira não pode ser rotulado como um comportamento passivo, com objetivo delimitador da identificação de assuntos específicos ao direito processual civil regulamentados pela Constituição (PLÁCIDO e SILVA, 1991).

Trata-se algo mais abrangente no sentido de cuidar de uma proposta metodológica plenamente ativa na missão de aplicar as diretrizes constitucionais na construção do direito processual civil, por meio de um instrumento fundamental que é o processo, ou seja, no exercício da função jurisdicional as necessidades constitucionais reservadas para o

Estado brasileiro, em consonância com o modelo político por ele adotado, e para a sociedade como um todo. A esta questão fica demonstrada o que se denomina de “modelo constitucional do direito processual civil”, não importando as diversas denominações que se dão ao tema uma vez que todos estão perfeitamente em condições de fazer um estudo e uma descrição bastante completa sobre a questão metodológica dos princípios, constituindo-se em um verdadeiro método de pensamento do direito processual civil (CRETELLA NETO, 2006).

Importante também dizer que esse método de pensamento não se faz-se necessariamente sob a elaboração de uma nova disciplina, ou ainda, mais que isso, um novo ramo do direito processual civil. Sendo que não se mostra conveniente sob um ponto de vista dogmático no contexto do processo civil que isso se suceda até mesmo porque os elementos componentes de tal disciplina ou ramo são idênticos – e nenhum outro – que faça parte do direito processual civil se evidencie como necessário ser um “ponto de partida” para tal questão (CRETELLA NETO, 2006).

Um fato interessante a se mencionar é que analisando o modelo constitucional descobre-se que todos os temas fundamentais relacionados ao direito processual civil só podem ter origem iniciando-se a partir da Constituição Federal^[1] e, relacionando ainda ao tema pode-se dizer que devem sem dúvida alguma serem construídos sim a partir da Carta Magna (CRETELLA NETO, 2006).

Notadamente, ao se utilizar o Código de Processo Civil, o jurista se dá conta de que seu contato precípuo é sem dúvida alguma com a Constituição Federal uma vez que as perspectivas da efetividade do processo ocorrem e se adequam necessariamente às diretrizes constitucionais (PLÁCIDO e SILVA, 1991)

A explicação para tal assertiva reside no fato de que o modelo constitucional referente ao direito processual brasileiro encontra-se, para fins de estudo, quatro grupos em destaque, quais sejam:

Princípios constitucionais do direito processual civil;

Organização judiciária;

Funções essenciais à Justiça; e,

Procedimentos jurisdicionais constitucionalmente identificados.

Nesse sentido, mais que elucidar os conceitos propostos nos princípios constitucionais enumerando-se “os princípios constitucionais do direito processual civil” incide na cobrança de uma análise mais profunda da doutrina que trata do direito constitucional para se obter as informações que darão embasamento para a compreensão do papel de cada um deles (PLÁCIDO e SILVA, 1991).

Assim, a compreensão destes princípios se volta para a chamada “nova hermenêutica” – sua forma mais apropriada de utilização como instrumento da efetividade processual, a verificar-se o conteúdo do § 1º do art. 5º da Constituição Federal.

Essa nova hermenêutica tem por objetivo precípuo a adequação da normatividade jurídica aos anseios da sociedade por um sistema processual eficaz e que assegure de fato os direitos e garantias descritos na Constituição. Por meio de um processo mais eficaz é possível a promoção da justiça, o respeito às instituições e ainda a promoção do bem-estar social por meio da justiça para todos ensejando oportunidades iguais e um processo justo e célere (CRETELLA NETO, 2006).

2.3 As garantias constitucionais e o processo

De suma importância o assunto, tanto que é necessário fazer a justa distinção entre tais garantias e os princípios sendo que muitos fazem confusão a respeito desses dois temas cumprindo aqui trazer os esclarecimentos necessários antes de adentrarmos ao segundo capítulo onde será tratado sobre os princípios constitucionais no contexto do direito processual civil conforme proposta deste trabalho (CRETELLA NETO, 2006).

A expressão garantias constitucionais é costumeiramente confundida com direitos e princípios devida principalmente à semelhança

que eventualmente em relação à semântica que ocorre, tanto que essas frequentemente são colocadas em pé de igualdade com as garantias (BONAVIDES, 2000)

Em se tratando de um conceito mais abrangente, ressalte-se que as garantias constitucionais são relegadas a uma condição conforme dizeres de Bonavides (2000, p. 493) de “pressupostos e bases do exercício e tutela dos direitos fundamentais, ao mesmo passo que rege, com proteção adequada, nos limites da constituição, o funcionamento de todas as instituições existentes no Estado”.

Explique-se tal assertiva no sentido de estes servem para validar os atos estatais, tendo como objetivo essencial a proteção tanto dos ditos direitos individuais como a estrutura do Estado.

Considerando a garantia como um conceito mais específico de garantia constitucional, no âmbito individual ou como preferem alguns doutrinadores garantia individual que tem utilidade segundo Silva (2002, p. 418) para “expressar os meios, instrumentos procedimentos e instituições de destinados a assegurar o respeito, a efetividade do gozo e a exigibilidade dos direitos individuais” que se encontram descritos expressamente no texto inserido no artigo 5º da Constituição Federal de 1988.

Com essas informações em mãos, torna-se possível compreender por meio do estudo de tais garantias constitucionais como estas estão inseridas e atuam no contexto do direito processual civil além de seus procedimentos, vistos sob a ótica de uma instrumentação pública de realização dos desejos da sociedade, do Estado e também da justiça enquanto instituição (BONAVIDES, 2000)

Considerando-se que o processo é uma das formas mais importantes e essenciais de realização da justiça, fica a ser cumprido o preceito de que os atos estatais conforme doutrina tanto judiciais quanto administrativos deverão encontrar-se em perfeita harmonia com as garantias constitucionais positivadas. Nesse contexto, segundo os dizeres de Grinover (1997, p. 80) vai no sentido de que “a análise da Constituição

brasileira em vigor aponta vários dispositivos a caracterizar a tutela constitucional da ação e o processo.

2.4 Os princípios constitucionais inerentes ao Direito Processual Civil

2.4.1 O Princípio Constitucional do Devido Processo Legal

Sem a menor sombra de dúvida pode-se conceder ao princípio constitucional fundamental inerente ao processo civil, o do devido processo legal com tradução para o inglês de “due process of law” que se encontra descrito precisamente no artigo 5º, inciso LIV da Constituição Federal a saber “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, como o mais importantes dos princípios inseridos no atual texto constitucional (CRETELLA NETO, 2006).

Tamanho sua importância que a simples menção na Constituição Federal de 1988, sem que maiores explicações fossem dadas, para que o ordenamento jurídico brasileiro tivesse legalmente previsto a missão do processo civil no texto da Constituição Federal. Verifica-se que todos os outros princípios que são descritos logo a seguir nos incisos seguintes do texto constitucional são em verdade modalidades do devido processo legal. A título de informação, registre-se que as mais célebres doutrinas processualistas brasileiras, frequentemente, destaca que a publicidade dos atos processuais, a vedação da prova ilícita, o juiz natural, o contraditório e a ampla defesa encontram-se dentre muitos outros princípios, na condição de manifestações do devido processo legal (BONAVIDES, 2000).

Partindo-se de um contexto histórico, nota-se que o conceito essencial do devido processo legal tem suas origens na Carta Constitucional do rei João Sem Terra, datada de 1215. Verifica-se que o termo *ipsis literis* a dizer – due process law – surgiu inicialmente pelo que se tem notícia em um ordenamento inglês do ano de 1354. Assim, é de grande importância a influência cultural anglo-saxã na elaboração do princípio constitucional maior do processo civil.

Ressalte-se que as constituições das colônias americanas sob o domínio espanhol ao longo do século XVIII, em um movimento revolucionário que acabaria por incentivar a própria revolução constitucional ocorrida nas 13 colônias, que até então era uma colônia sob o domínio britânico, consagraram o princípio do devido processo legal, relevando-se o fato de tê-la elaborado com tímidas modificações em relação

Sustentando as afirmações dos autores acima descritos, direciona-se para as reflexões feitas por Nery Júnior (1996, p 22) no seu livro Princípios de processo civil na constituição federal, já que este compreende que com a simples adoção do devido processo legal, já ensejarão todos os demais que oportunizam a prerrogativa de um processo que, por consequência, culminará em uma sentença feita com justiça efetiva.

Nesse sentido, é possível constatar, que de um modo geral, o princípio do devido processo legal, tem como característica essencial a proteção que lhe assegura a formação do trinômio vida-liberdade-propriedade, ou melhor, explicando-se que a guarda dos bens que são mais valorados pela humanidade. Com isso, tudo que disser respeito à tutela da vida e também à defesa da liberdade e da propriedade estará seguramente tutelado pelo princípio constitucional do devido processo legal (BONAVIDES, 2000).

Por outro lado, é de muita infelicidade o fato da Constituição Americana ter feito uso deste mesmo escudo protetivo do devido processo legal para que se desenvolve-se uma sociedade livre, a formação de um estado verdadeiramente liberal, moderno e eficiente voltado para o desenvolvimento de sua sociedade e a produção de riquezas com justiça social para a sua sociedade, a nossa, ou seja, a sociedade brasileira por outro lado e em sentido contrário, atravessou quase cinco séculos perseverando na ideologia de um estado arraigado em preceitos absolutamente patrimonialistas, de forma que os detentores do mandato, via de regra, possuíam a missão de usufruir sempre e exclusivamente em proveito próprio das benesses de titularizar o poder público (BONAVIDES, 2000).

A partir do ano de 1985 o Brasil passou por transformações importantes culminando com sua redemocratização e nesse sentido a Constituição Federal de 1988 significou à expressão maior desse retorno as bases democráticas não se restringindo apenas ao campo da política, mas de forma efetiva e principalmente no campo jurídico, onde a consagração do princípio do devido processo legal e sua detalhada disposição de demais princípios provenientes deste significaram uma proposta de verdadeiramente proporcionar um Poder Judiciário mais confiável e devidamente imparcial aos cidadãos, à toda sociedade brasileira igualmente (BONAVIDES, 2000).

Verifica-se que o princípio constitucional do devido processo legal tem manifestações tanto em aspecto formal, como em uma acepção substantiva, ou ainda no que tange ao direito material. Assim, nessa mesma acepção material, dá como orientação a elaboração coerente da lei, assim como sua razoabilidade, senso de justiça e a perfeita adequação nos preceitos constitucionais (BONAVIDES, 2000).

Verifica-se que no aspecto formal, desdobra-se em uma aplicação dos procedimentos aptos e legalmente previstos e constituídos para a efetiva aplicação da lei.

O devido processo legal, em pensamento abstrativo, possui aspectos meramente processuais alcançando em consequência disso, o direito substancial.

Essa situação concede ao doutrinador inclusive, condição para que outros ramos do Direito possam ser considerados sob a manifestação do aspecto material, como acontece a exemplo no Direito Administrativo, sob a forma do princípio da legalidade (CRETELLA NETO, 2006).

É possível nesse aspecto afirmar-se que as garantias contra abusos decorrentes do poder de polícia, a citar como exemplo as escandalosas taxas de fiscalização, são pura e simplesmente manifestações do devido processo legal.

Nesse sentido, direcionam-se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reafirmações sobre a essencialidade de tal princípio, nele legitimando-se uma garantia insuprimível, que, uma vez instituída para favorecer qualquer pessoa ou mesmo entidade esta segue os preceitos e condiciona o efetivo exercício sob a égide do Poder Público, de sua atividade, tanto no campo judiciário quanto administrativo, sob pena de anulação de qualquer ato que se encerre em medidas de caráter punitivo ou mesmo medida que venha a restringir direitos (CRETELLA NETO, 2006).

Vale lembrar conforme os ensinamentos de Portanova (1997, p. 134) que “o princípio do devido processo legal tem outras formas e definições a mencionar duas que são princípio do processo justo ou ainda, princípio da inviolabilidade da defesa em juízo”.

Reforçando tais conceitos, verifica-se não ser suficiente que um cidadão tenha assegurado seu direito ao processo, tornando-se, contrariamente, inafastável também a absoluta regularidade deste, por meio da constatação de todos os preceitos ligados a ele, para se atingir o objetivo que se deseja.

Diante de tais expressões verifica-se o princípio constitucional do devido processo legal como uma prerrogativa do cidadão, que, constitucionalmente tem previsão em prol do benefício de toda a sociedade, com o objetivo de garantir tanto o exercício do direito de acesso ao Poder Judiciário, mas, simultaneamente, promover o desenvolvimento eo aprimoramento processual em consonância com normas que se encontram previamente estabelecidas em nosso ordenamento jurídico nos dizeres de PORTANOVA (1997).

Ainda, na seara do direito administrativo, verifica-se que o devido processo legal procedimental faz referência à forma como a lei, o regulamento e ainda o direito administrativo simultaneamente à ordem judicial são efetivamente executados. Como forma de se dar um melhor embasamento as palavras acima mencionadas, verifique-se o que preceituam Cintra, Grinover e Dinamarco (1998, p. 56), no que diz respeito ao princípio do devido processo legal:

O devido processo legal, como princípio constitucional, significa o conjunto de garantias de ordem constitucional, que de um lado asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes de natureza processual e, de outro, legitimam a própria função jurisdicional.

Para tanto, faz-se apenas verificação no sentido de o procedimento correto ser empregado por aqueles indivíduos que estão sob a missão da aplicação da lei ou ainda sob o regulamento sem que se faça questionamentos a respeito da substância do ato por eles praticado (PORTANOVA, 1997).

2.4.2 O Princípio do Direito de Ação

Conforme os dizeres do artigo 5º inciso XXXV da Constituição Federal, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, o que tem significação que todos sem nenhuma distinção podem ter seu acesso à justiça quando necessário para pleitear direitos postulando pela tutela jurisdicional de forma preventiva ou mesmo reparatória com o objetivo de ver o posicionamento do Judiciário em relação à questão.

Abordando-se esse princípio não se trata apenas de fazer-se uma contemplação de um direito individualmente falando, mas que possui cunho difuso e principalmente coletivo. Trata-se o direito de ação de um direito de caráter público e subjetivo que pode ser exercido inclusive contra o próprio Estado, que não tem efetividade para recursar-se no que diz respeito à prestação da tão almejada tutela jurisdicional. Entretanto, não confere obrigação ao Estado-juiz a decisão necessariamente em favor do autor da ação, devendo, isto sim, promover a aplicação do direito ao caso que lhe foi explicitado pelo cidadão. Reforçando esse pensamento vale lembrar que tamanha é a importância do magistrado no sentido de as atuação jurisdicional que é tão rigorosa que, uma simples omissão de sua parte é suficiente para ensejar uma causa de responsabilidade judicial contra este.

Cumprido esclarecer que a prática de qualquer atitude com o cunho de promover o impedimento ou mesmo tentar dificultar que a parte

contrária exerça seu direito de defesa no campo do processo civil afronta o princípio da ação e, por essa razão, deve ser impreterivelmente combatido.

Nesse sentido, a afirmativa de que a ocorrência das limitações ao acesso à justiça, não devem ser necessariamente atribuídos a uma exigência do preenchimento das condições necessárias a ação e também ao atendimento dos pressupostos processuais que se encontram descritos respectivamente os incisos VI e IV do art. 267 do Código de Processo Civil. Ocorre que essas “limitações” acima mencionada em momento algum estão afrontando o princípio constitucional referido uma vez que se constituem em verdadeiras formas de se barrar naturalmente o exercício do direito de ação, promovendo cooperação, até mesmo com relação a tão desejada segurança jurídica (PORTANOVA, 1997). A exemplo dessa questão cite-se o artigo 8º da Lei nº 9.507/97, determinando em seus artigos que a petição inicial onde está descrito o pedido de habeas data deve ser instruída com a prova da recusa ou da demora na prestação ou retificação de informações. Se tal questão não ocorresse dessa forma, o que se veria é que muitos dos pedidos as vezes até mesmo milhares que poderiam ter uma solução imediata já na esfera administrativa, ao contrário estariam sobrecarregando ainda mais o aparato judiciário, simplesmente por conveniência daquele que requereu em fazer uso diretamente dos meios e recursos jurisdicionais.

Por outro lado, pode-se mencionar o que dispõe o artigo 38 da Lei de Execuções Fiscais, com previsão legislativa no sentido de se fazer uma espécie de depósito preparatório à ação anulatória de lançamento tributário. Assim, fica comprovado que toda espécie de afronta ao princípio do direito de ação como o caso explicitado releva-se a condição de um entendimento jurisprudencial que está pacificado, tendo, ainda, constituindo-se em objeto da Súmula 247 do extinto Tribunal Federal de Recursos (CRETELLA NETO, 2006).

Outro fato importante a ser tratado é que não há mais no sistema judiciário brasileiro, mais precisamente no ordenamento jurídico nacional a chamada “jurisdição condicionada”, contrariamente aos ditames da Constituição Federal anterior a de 1988, que tinha por objetivo conferir

autorização à lei infraconstitucional que exigia que se esgotasse por completo a via administrativa. Com relação à Constituição Federal de 1988, promoveu-se a extinção da chamada “instância administrativa de curso forçado (CRETELLA NETO, 2006).

Interessante notar-se que o esgotamento das instâncias administrativa, se limitam as ações de natureza desportiva, de competições e de campeonatos regulares no sentido que de que a Constituição Federal em seu texto faz exigência desse esgotamento das instâncias judiciais desportivas, segundo predispõe no § 1º do art. 217. Nesse aspecto o legislador constitucional em seus trabalhos de elaboração normativa cometeu alguns impropérios ao fazer uso dos §§ 1º e 2º no referido artigo sobre o termo “justiça desportiva”, pois claramente se trata de procedimento de cunho meramente administrativo e não se trata de uma justiça especializada (PORTANOVA, 1997)

Assim a inafastabilidade da jurisdição propicia que o juiz não se evite de sentenciar, alegando obscuridade ou lacuna na lei, conforme se confirma pelo conteúdo do artigo 126 do Código de Processo Civil, devendo proceder no caso de acontecer isso novamente utilizando-se dos usos e costumes e também dos princípios gerais de direito e acrescidos ainda da analogia. Assim, a decisão do magistrado vai ser livre porque o juiz é imbuído da chamada independência jurídica. Todavia essa não será de forma arbitrária, uma vez que no ordenamento jurídico pátrio faz uso da regra do livre convencimento motivado (BONAVIDES, 2000).

Ainda nessa linha de raciocínio, é importante lembrar que o artigo 93 inciso IX da Constituição Federal, inclusive, determina pena de nulidade a toda decisão judicial que não tiver motivação, assunto este mais conveniente ao princípio das motivações nas decisões judiciais (CRETELLA NETO, 2006). Assim, no que diz respeito à equidade, que é em verdade o simples fato do juiz decidir for ados rigores da lei devido à particularidade do caso concreto o mesmo artigo 127 do Código de Processo Civil cria impedimento para que o juiz decida por meio desse método, salvo nas situações que estejam previstas em lei, dentre aquelas que se pode dar destaque às decisões referentes a matéria de jurisdição voluntária, onde o juiz não tem necessidade de ater à estrita legalidade conforme o artigo

1109 do Código de Processo Civil. Nesse sentido, o artigo 7º, caput, do Código de Defesa do Consumidor, a Lei nº 8.078/90, autoriza expressamente que se aplique a equidade naquelas questões que se referem direito do consumidor. As indicações sobre fontes do direito de defesa do consumidor incidem nos princípios gerais de direito a analogia e também os costumes (BONAVIDES, 2000).

Assim, a Constituição Federal anterior a de 1988 fazia menção ao direito individual, a Constituição Federal atual restringiu-se a tratar apenas sobre direito, ampliando conseqüentemente, a garantia do direito de ação de forma a abranger mais amplamente todos os tipos de interesses incluindo-se nesse rol os interesses difusos e também coletivos (BONAVIDES, 2000). Assim os objetivos da Lei da Ação Civil Pública ou Lei nº 7.347/85 foi radicalmente alterada com o advento do Código de Defesa do Consumidor que cuidou de estender a legitimação das entidades mencionadas em seu artigo 1º para qualquer outro interesse difuso ou coletivo, além daqueles que foram de forma taxativa na redação da Constituição Federal anterior (PORTANOVA, 1997).

O Código de Defesa do Consumidor também tratou de dar uma definição aos interesses difusos e coletivos, além de abordar também os direitos constitucionalmente previstos individuais homogêneos.

Dessa forma, dispõe o artigo 81 do Código de Defesa do Consumidor:

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

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular

grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Assim, no momento em que interesses difusos e coletivos mencionados nos incisos I e II que são provenientes da relação de consumo tendo sua tutela de forma bastante particular pelo conteúdo dos artigos 82 a 90 do Código de Defesa do Consumidor, onde se aplica de forma subsidiária a Lei da Ação Civil Pública, de outra monta os interesses individuais homogêneos descritos no inciso III, estão relacionados as questões importantes no que diz respeito ao consumo e se encontram sob a tutela da Ação Civil Coletiva, que foi instituída e teve sua disciplina regulamentada nos artigos 91 a 100 do Código de Defesa do Consumidor. Assim, verifica-se nessa situação que não ocorre a disposição expressa para que se aplique de forma subsidiária a Ação Civil Pública (CRETELLA NETO, 2006).

Grande parte dos doutrinadores especializados em Direito Constitucional e Defesa do Consumidor posicionam-se na defesa da Ação Civil Pública na aplicação aos interesses individuais homogêneas.

Conforme diz o mestre Nery Júnior (1996, p. 121), “O Código de Defesa do Consumidor” criou a primeira class action do ordenamento nacional, quando instituiu a Ação Civil Coletiva”.

Em se tratando de demais direitos difusos, coletivos e individuais, não relacionados com o consumo acontece algo inverso, ou seja, as citadas regras constantes do Código de Defesa do Consumidor podem ter sua aplicação sempre que for possível, nos casos descritos no artigo 21 da Lei da Ação Civil Pública. É importante ainda destacar nesse sentido, que o interesse a ser tutelado não tem nenhuma co-relação com o campo jurídico propriamente dito, ou seja, não se pode fazer nenhuma afirmação que o direito do consumidor trata de interesse coletivo ou mesmo que o direito ambiental cuida de ser um interesse difuso, uma vez que o que vai tratar da definição do interesse que deve ser protegido é a natureza ou

tipicidade como diz o Código Penal da lesão ao referido direito (NERY JUNIOR, 1996).

Nesse caso, se por um lado ocorre a formação de um grupo indeterminável de pessoas que se encontram lesadas gravemente por alguma infração de natureza consumerista ou mesmo privadas de seu meio ambiente natural devido à degradação ambiental, tem-se o interesse difuso; se a lesão por outro lado, atingir um grupo que esteja ligado à parte contrária da relação jurídica base, tem-se o interesse coletivo a ser tutelado independentemente da questão ser de ordem das relações de consumo ou mesmo ambiental (NERY JÚNIOR, 1996).

2.4.3 O Princípio do Juiz Natural

Este princípio, o do juiz natural, encontra-se no texto constitucional nos artigos que se seguem conforme se pode verificar:

Art. 5º omissis

LLLL - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;

Além destas previsões, também no inciso XXXVII da Constituição que diz:

XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção;

Nesse sentido, é possível encontrar descrições que complementam de forma indispensável o princípio do juiz natural, que trata-se de ser uma forma de vedação de tribunais ou juízos de exceção contrariamente ao que ocorria no período da Idade Média, principalmente nos longos anos em que a Igreja Católica controlava o Estado e fazia julgamentos a seu bel prazer segundo os mandos e desmandos dos bispos e cardeais promovendo uma verdadeira atrocidade e um crime aviltante contra a humanidade do qual a Igreja até os dias de hoje se envergonha e se esquivava de falar a respeito (NERY JÚNIOR, 1996).

Ressalte-se que o Tribunal de exceção, tem seu conceito na designação de ser a espécie de tribunal que se criava (naquela época) por deliberação legislativa ou não, com o fito de promover o julgamento de um determinado caso, tenha ele ocorrido ou não, sendo que ficava demonstrada irrelevante a existência do tribunal conforme se conhece na condição de instituição. Sendo ainda, que os julgamentos eram realizados por pessoas inadequadas e totalmente despreparadas para o exercício de tal função, adquirindo este um caráter mais político e de conveniências do que de justiça propriamente dito (NERY JÚNIOR, 1996, p. 64).

O objetivo principal desse princípio é assegurar aos cidadãos a certeza de que o magistrado que cuidará do julgamento de sua pretensão não se trata de uma pessoa com objetivos escusos, que julgará de forma parcial. Assim, na condição de modalidade da garantia do juiz natural, a Constituição Federal de 1988 concede aos magistrados as prerrogativas da vitaliciedade, da inamovibilidade além é claro, da irredutibilidade de subsídio, levando-se em conta algumas situações, conforme descrito nos incisos do caput do artigo 95 da Constituição Federal (CRETELLA NETO, 2006).

Nesse sentido, com relação à vedação de juízo ou tribunal de exceção, essa questão não prejudicará o funcionamento das chamadas justiças especializadas, pois estas tratam-se de “braços” da justiça comum, ou seja, tem por função auxiliar a justiça comum, cuidando de assuntos específicos no ramo do direito.

Sustentando o que foi dito anteriormente, verifica-se que as divisões da atividade jurisdicional do Estado entre os mais variados órgãos do Poder Judiciário constituem-se em juízos especiais (ou justiças especializadas como preferem alguns) que estão inclusive previstos e disciplinados na Constituição Federal de uma forma geral e abstrata, sendo que sua competência para realizar o julgamento das matérias específicas, previstas dentro do texto constitucional da Carta Magna ou mesmo espalhados em leis infraconstitucionais (CRETELLA NETO, 2006).

Dessa forma, estes acabam por não criar nenhuma espécie de juízo ou tribunal de exceção à exemplo do que ocorreu no período das trevas,

mais precisamente na Idade Média porque com a evolução legislativa e a previsão constitucional estes promovem segurança e confiabilidade aos cidadãos com seus resultados imparciais (CRETELLA NETO, 2006). Nesse sentido, verifique-se que os dispositivos constitucionais que fazem previsão a estes, por exemplo, cite-se que a Justiça do Trabalho (em seus artigos 111 a 117), a Justiça Eleitoral (nos artigos 118 a 121) e também a Justiça Militar (inscrita nos artigos 122 a 124), não se esquecendo dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais constantes do artigo 98, inciso I, perseveram em não criar qualquer espécie de juízo ou mesmo tribunal de exceção, sendo que estes cuidam apenas de especializar a Justiça tanto na esfera estadual quanto federal com o objetivo maior de atender da melhor forma possível o jurisdicionado, o que pode perfeita e harmoniosamente conviver com o princípio do juiz natural, além é claro de dar maior celeridade à justiça uma vez que estão preparadas para realizar o julgamento de matérias específicas, voltadas para a sua natureza que se encontram previstas no texto da Constituição Federal e também em leis infraconstitucionais (CRETELLA NETO, 2006).

Dessa forma, tais dispositivos constitucionais que cuidam de disciplinar a garantia do promotor natural se encontrava de forma implícita no texto da Constituição de 1969, no artigo 153, §§ 1º e 15 e vinha confirmada no artigo 7º da revogada Lei Complementar 40/81 que era conhecida como a antiga Lei Orgânica Nacional do Ministério Público.

Assim, segundo Teixeira Filho (1996, p. 37) entende-se que: “o princípio do juiz natural redemocratizou a vida do país, na época, por ocasião da sua inserção no artigo 141, parágrafo 26, da Constituição Federal de 1946”.

Ainda Marques (1979, p. 11) faz referência ao que “será inconstitucional o órgão criado por lei infraconstitucional, ao qual se venha atribuir competência, subtraindo-a do órgão constitucionalmente previsto”.

2.4.4 O princípio do promotor natural

Encontra-se este inserido no contexto do princípio do juiz natural exercendo atividade de natureza semelhante e tão importante quanto no que diz respeito à sua imparcialidade, por essa razão achou-se importante tecer comentários em subitem à parte sobre essa questão haja vista que este trabalha em conjunto com o juiz natural na busca de um processo adequado e realizado de forma justa.

Nos dias atuais, verifica-se no contexto do princípio do promotor natural que esse assim como ocorre com o do juiz natural encontra-se inserido dentro do texto constitucional, em dois enunciados sendo que estes estão na parte inicial do inciso LIII do artigo 5º onde se lê que “ninguém será processado...” e no inciso I referente ao artigo 129 onde se lê “promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei”. Estes na condição de elementos fundamentais e indispensáveis do princípio do promotor natural contribuindo inclusive para sua formação e atuação.

Ressalte-se que assim como o juiz natural este também goza das mesmas prerrogativas das garantias institucionais que são a vitaliciedade, inamovibilidade e também a irredutibilidade de subsídio.

Para a bem execução de sua missão ministerial, a inamovibilidade tem papel preponderante nesse mister uma vez que impede ou veda que o membro do Ministério Pública seja destituído de forma arbitrária ou mesmo nomeado ad hoc de forma que atenda a interesses escusos de autoridades em julgamentos permeados pela exceção.

Assim, encontram-se descritos no artigo 128, § 5º, inciso I da Constituição e também no artigo 38 da Lei nº 8.625/93, que é a nova Lei Orgânica Nacional do Ministério Público.

Uma modificação que pode ser constatada da leitura do dispositivo constitucional é aquele que relegou ao Ministério Público a titularidade exclusiva da ação penal pública cuidando de suprimir os procedimentos criminais de forma ex officio que eram comuns no sistema constitucional e penal anterior onde juiz e delegado de polícia poderiam igualmente iniciar a ação penal mediante a instauração de uma portaria.

Assim, posteriormente a tais modificações Mazzili (2004, p. 78) preleciona sobre o tema no sentido de que:

O inciso LIII do art. 5º “é o mesmo princípio do promotor natural, mas agora sob uma ótica diversa. Realmente, este é o primeiro direito do acusado: não apenas o de ser julgado por um órgão independente do Estado, mas, até mesmo antes disso, o de receber a acusação independente de um órgão do Estado escolhido previamente, segundo critérios e atribuições legais, abolidos não só o procedimento de ofício e a acusação privada, como enfim e principalmente, eliminada a figura do próprio acusador público de encomenda, escolhido pelo procurador-geral de justiça”.

Assim, o trabalho do Promotor Natural demonstra ser inerente ao sistema constitucional brasileiro, sendo que expurga, iniciando-se com a vedação de designações casuísticas efetuadas pela Chefia da Instituição, revestidas no personagem do acusador de exceção. Trata-se esse princípio de dar o devido valor a uma garantia de ordem pública que tem por finalidade principal tanto a proteção do membro do Ministério Público, de forma que lhe seja garantido o exercício pleno e independente de seu ofício, ao mesmo tempo que o papel importantíssimo de zelar pela coletividade como um todo, a quem por direito assegurado inclusive constitucionalmente de comprovar e acompanhar a atuação em todo tipo de causas. Nesse sentido, insurge somente ao Promotor que tenha intervenção justificada partindo-se de critérios abstratos e pré-determinados, estabelecidos pelo ordenamento jurídico.

A inspiração constitucional norteadora desse princípio reside nas cláusulas de independência funcional e da inamovibilidade dos membros dessa instituição. Assim, o trabalho exercido pelo parquet acaba por criar limitações ao poderio do Procurador-Geral que, mesmo sendo representante legítimo da unidade institucional, não pode de forma alguma chefiar o Ministério Público de forma homogênea e incontrastável.

2.4.5 O Princípio do Contraditório

Esse princípio confere ao Magistrado levando-se em consideração o seu dever de ser imparcial, posicionando-se entre as partes conflitantes, mas na condição de ficar distante às suas opiniões, sendo que deve ouvir a ambas as partes, proporcionando a ambos as mesmas oportunidades para exporem suas razões e suas alegações, apresentando suas provas, como forma de influir na decisão e no convencimento do Magistrado.

É pela parcialidade das partes, onde uma parte apresenta sua tese de reivindicação de direitos e a parte contrária apresenta a antítese, fazendo com que o juiz possa elaborar a síntese estabelecendo-se dessa forma o procedimento do contraditório entre as partes (ARAÚJO CINTRA, 1998).

Baseando-se nessas informações verifica-se em Marinoni (1996, p. 147) sobre o princípio do contraditório:

O princípio do contraditório, na atualidade, deve ser desenhado com base no princípio da igualdade substancial, já que não pode se desligar das diferenças sociais e econômicas que impedem a todos de participar efetivamente do processo.

Ainda em Rosenberg (1996, p. 131), o princípio do contraditório tem significação no sentido de “poder deduzir ação em juízo, alegar e provar fatos constitutivos de seu direito e, quanto ao réu, ser informado sobre a existência e conteúdo do processo e fazer-se ouvir”.

Sustentando teoria semelhante, com relação ao contraditório preleciona Liebman (1980, p. 111) com o comentário a seguir:

A garantia fundamental da Justiça e regra essencial do processo é o princípio do contraditório, segundo este princípio, todas as partes devem ser postas em posição de expor ao juiz as suas razões antes que ele profira a decisão. As partes devem poder desenvolver suas defesas de maneira plena e sem limitações arbitrárias, qualquer disposição legal que contraste com essa regra deve ser considerada inconstitucional e por isso inválida.

Reforçando-se tudo que foi mencionado pelos ilustres doutrinadores, verifica-se no inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal ao expressar que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” que cuidam de consagrar o princípio do contraditório, ou, segundo a preferência de alguns doutrinadores princípio do contraditório e da ampla defesa.

Verifica-se uma alteração ainda mais profunda com relação à redação do texto constitucional anterior no que tange a uma abrangência desse princípio também aos processos de natureza tanto cível quanto administrativa uma vez que a Constituição Federal anterior à 1988 se limita a fazer previsão desse princípio apenas ao processo penal (CRETELLA NETO, 2006).

Assim, o princípio do contraditório constitui-se de uma manifestação democrática e absoluta por parte do Estado Democrático de Direito que se encontra consagrado pela Constituição Federal de 1988, mais precisamente em seu artigo 1º. Nesse aspecto, nota-se que um verdadeiro estado jurídico revestido de legalidade não passaria de simples retórica se o direito a ampla defesa não fosse inerente ao cidadão, principalmente nas situações em que este litigasse contra a própria Administração, contra o Estado (CRETELLA NETO, 2006).

É importante salientar que uma das funções mais importantes do princípio do contraditório é proteger o particular contra os atos abusivos praticados pelo Estado exatamente por este se encontrar intimamente ligado ao direito de ação. Essa mesclagem entre o direito de ação com o direito ao contraditório cuida de dar proteção ao particular contra, por exemplo, tributos exorbitantes ou arbitrários cobrados de forma assustadora, além de atos expropriatórios, prisões ilegais e também vedações ao livre exercício das profissões.

Finalmente, deve-se compreender por princípio do contraditório, a necessidade premente de proporcionar à parte conhecimento da existência de uma ação movida contra este além é claro, da prática de atos

ao longo do processo referentes às partes, e, de outro lado, a possibilidade de as partes reagirem aos atos que lhes sejam desfavoráveis.

Assim, as partes em litígio estão revestidas de direito de poderem deduzir e cobrar suas pretensões e defesas, além de praticarem a realização de provas que requereram para que seja caracterizada a veracidade de seu direito, ou seja, direito de serem ouvidas de forma paritária ao longo do processo inclusive em relação a todos seus atos e termos (CRETELLA NETO, 2006).

2.4.6 Princípio da Vedação de Provas Ilícitas

A Constituição Federal cuida de vedar a utilização de instrumentos processuais escusos como meio de provar a realidade dos fatos. Nesse sentido, na lição de Teixeira Filho (1996, p. 75), “a prova, do ponto de vista processual, como a demonstração, segundo as normas legais específicas, da verdade dos fatos relevantes e controvertidos na ação”.

As partes tem o dever de produzir provas, exatamente segundo os interesses que se pretendam defender em sua litigância; precisamente falando visando ao exercício dessa atividade de ordem processual, que importantemente assume um papel especial o princípio da laicidade dos meios de prova.

Na condição de embasamento legal ao que foi anteriormente mencionado, reforça o artigo 332 do Código de Processo Civil onde se direciona a espécie de prova que se admite no processo:

Art. 332. Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação e a defesa.

Ainda, reforçando-se a tese acima sustentada sobre as provas, ilustra sabiamente Arruda Alvim (1994, p. 34) no sentido de que:

Se a prova for obtida por meio ilícito no crime, poderá ser usada como prova emprestada no cível. Para caber a prova emprestada, sem

violação ao contraditório, a parte contra quem vai ser produzida, há de Ter participado no processo originário.

O Magistrado não pode relevar uma prova produzida de forma ilícita, não importando se no momento das sentenças/acórdãos, ou nos despachos ou ainda no importante momento em que fará a inquirição testemunhal, mesmo sendo conveniente que se mantenha-as nos autos, com o objetivo de que a parte que foi prejudicada tenha esta em mãos para vigiar o convencimento do juiz (PORTANOVA, 1997).

Assim, o princípio que se comenta faz previsão sobre a inadmissibilidade da utilização de provas no campo do direito processual civil, sendo estas produzidas e obtidas de formas escusas ou consideradas ilegítimas sob o aspecto da moralidade, segundo disposição do artigo 5º, inciso LVI da Constituição Federal e artigo 332 do Código de Processo Civil.

Por outro lado, do conteúdo do inciso LIV do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 afirma que: “são inadmissíveis no processo, as provas obtidas por meio ilícitos” caracterizando por inteiro a condição de que dentre os princípios constitucionais um dos mais importantes que regem a relação processual civil é exatamente o que cuida da vedação da prova ilícita, ou, como dizem alguns escritores, da vedação das provas obtidas de forma escusa ou ilícita (CRETELLA NETO, 2006).

Vale lembrar que tal vedação tem abrangência no campo da esfera penal e também administrativa.

Na lição de Moraes (2003, p. 124-125):

As provas ilícitas não se confundem com as provas ilegais e as ilegítimas. Enquanto as provas ilícitas são aquelas obtidas com violação do direito material (através de tortura, por exemplo), as provas ilegítimas são as obtidas com desrespeito ao direito processual (seja o exemplo uma gravação autorizada com um tipo de equipamento e que é realizada através de outro, mais potente, o que revela dados pessoais de terceiros não envolvidos). Por sua vez, as provas ilegais constituem um gênero, que tem como espécies as provas ilícitas e as ilegítimas.

A doutrina constitucional se mostra bastante flexível no sentido de abraçar a baseada no princípio da proporcionalidade, um princípio que diz respeito aos princípios gerais de direito, de forma que as provas ilícitas constituem, em caráter extremamente excepcional, e também, em casos muito graves, onde possa devido à urgência principalmente serem utilizadas, já que conforme se sabe, nenhum tipo de liberdade é absoluta. Nesse mesmo raciocínio, a jurisprudência tendencialmente tem seguido de forma reiterada que a regra deve ser a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos, e que só de forma excepcional, estas devem ser aceitas e acatadas ao processo, sendo todas essas questões em prol do respeito às liberdades públicas e também à dignidade da pessoa humana (MORAES, 2003)

Outro ponto de destaque questiona se seria aplicável ou não no ordenamento jurídico brasileiro a interessante teoria do fruto da árvore envenenada, que consistem na obtenção de prova obtida de forma ilícita que contaminaria, e, conseqüentemente, tornaria inválidas todas às outras provas que dela são provenientes. O Supremo Tribunal Federal durante um longo período de tempo posicionava-se pela incomunicabilidade da ilicitude das provas, entretanto nos tempos atuais, a posição majoritária entende que a prova ilícita acaba por “viciar” as demais provas dela advindas, em conformidade com a teoria do fruto da árvore envenenada (MORAES, 2003)

Assim, no que tange a seara constitucional, as provas obtidas de forma ilícita são inadmissíveis do ponto de vista constitucional, permanecendo nesse sentido válidas todas as outras provas que forem produzidas de outra forma não se comunicando com estas que tenham sido produzidas de forma ilícita.

Assim, a Constituição Federal brasileira faz previsão em seu artigo 5º e inciso a vedação do uso de tais provas ilícitas dentro do processo civil e não apenas neste, mas no processo penal também conforme se confere a seguir:

Art. 5º omissis

LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

Reforça-se mais uma vez que a Constituição Federal proíbe expressamente a utilização desse tipo de prova no processo independente da natureza que tenha.

2.4.7 O Princípio da Publicidade

Verifica-se a ocorrência deste princípio em dois momentos no texto da Constituição Federal de 1988 sendo no inciso LX do artigo 5º e também no início do inciso IX do artigo 93 que preleciona que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos...”.

Assim, o fundamento legal deste princípio se encontra descrito da seguinte forma em linhas mais detalhadas:

Art. 93. omissis

IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e seus advogados, ou somente a estes; (grifou-se)

Assim como foi dito anteriormente a respeito do artigo 5º este descreve-se da seguinte forma no inciso LX da Constituição Federal:

Art. 5º. Omissis

LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem;

Assim, a Constituição Federal faz menção no artigo 93 sobre a questão de que todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos caso contrário, estes estarão sujeitos à pena de nulidade.

No que diz respeito ao sistema jurídico que vigorava anteriormente à Carta Magna de 1988 existia a publicidade sob a forma de uma prerrogativa de cunho meramente processual, sendo que posteriormente a isso, com o advento da Carta Magna de 1988 foi elevado à condição de garantia constitucional (MORAES, 2003).

Ressalte-se ainda, que o artigo 155 do Código de Processo Civil foi plenamente recepcionado pela nova ordem, uma vez que as hipóteses que este ordenamento processual faz previsões para as situações de não ocorrência da publicidade são referentes ao estado da pessoa em questões que abordam filiação, separação, guarda de menores, questões afins que devem correr em segredo de justiça onde a publicidade simplesmente prejudicaria uma situação fática que se afigurava (MORAES, 2003)

Nesse aspecto os doutrinadores Tucci e Cruz e Tucci (1989, p. 72) fazem menção ao fato de que:

A garantia da publicidade não se traduz na exigência da efetiva presença do público e/ou dos meios de comunicação aos atos que o procedimento se desenrola, não obstante reclame mais do que uma simples potencialidade abstrata (como quando, por exemplo, não se tem conhecimento da data, horário e do local da realização de determinado ato: a publicidade deste reduz-se, então, a um nível meramente teórico).

Ainda em Arruda Alvim (1990, p. 30) cuida de qualificar esse princípio relativo à publicidade dos no processo, previamente sob a condição de um princípio ético, fazendo menção ao fato de que:

A publicidade é garantia para o povo de uma justiça justa, que nada tem a esconder; e, por outro lado, é também garantia para a própria Magistratura diante do povo, pois agindo publicamente, permite a verificação de seus atos.

A importância dessas exceções incide no dispositivo constitucional pela necessidade de se manter sigilo uma vez que estes se justificam pelo

fato de serem pertinentes apenas à intimidade das pessoas envolvidas na questão a ser tratada pela justiça.

2.4.8 Princípio da Motivação das Decisões Judiciais

Este é um princípio que contrariando todos os outros princípios não se encontra inserido no texto da Constituição Federal, ou seja, não faz parte do rol dos Direitos e Garantias Fundamentais previstos no texto. Nesse caso, a atitude tomada pelo legislador constitucional foi no sentido de deslocar para as Disposições Gerais inerentes ao Poder Judiciário, mais precisamente no Capítulo III do Título IV, a conferir-se:

Art. 93. Omissis

IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e seus advogados, ou somente a estes;" (grifou-se)

Se conveniente ou acertado ou não, trata-se de questão bastante discutível no que diz respeito à sua natureza de garantia, sendo que não há como negar sua peculiaridade de princípio constitucional processual.

Nesse aspecto, a motivação da sentença pode ser vista sob várias formas, desde a necessidade de uma comunicação judicial, exercício de lógica e também atividade intelectual do juiz, estendendo-se até sua completa submissão, na condição de ato processual, ao estado de direito e às garantias constitucionais asseguradas no artigo 5º da Constituição Federal, promovendo como consequência disso, a imparcialidade do juiz e a sua publicidade em decisões judiciais.

Nesse quadro, é importante destacar as lições de Piero Calamandrei (2003, p. 78) no sentido de reforçar esclarecimentos sobre as expressões acima descritas:

A fundamentação da sentença é sem dúvida uma grande garantia da justiça quando consegue reproduzir exatamente, como num

levantamento topográfico, o itinerário lógico que o juiz percorreu para chegar à sua conclusão, pois se esta é errada, pode facilmente encontrarse, através dos fundamentos, em que altura do caminho o magistrado se desorientou.

Com esse princípio vale lembrar que cumpre ao juiz diante de sua independência jurídica a liberdade de poder tomar sua decisão de acordo com sua convicção, o que não quer dizer necessariamente se tratar de arbítrio, uma vez que este é obrigado a motivar as razões de seu convencimento, sendo que o ordenamento jurídico pátrio se vale pela regra do livre convencimento motivado.

Caso não seja seguida as regras descritas no artigo 93 da Constituição Federal, cumpre esclarecer que toda e qualquer decisão do magistrado sem motivação surtirá em nulidade da sentença.

2.5 A aplicação dos princípios constitucionais no direito processual civil sob a condição de direitos privados

No início deste trabalho houve a preocupação em demonstrar as origens e a importância que conferem os princípios ao ordenamento jurídico e mais precisamente na esfera do direito processual civil que é o tema aqui proposto.

Nesse contexto, foram descritos as espécies de princípios que tem sua aplicação assegurada na processualística civil assim como uma descrição de suas principais características e abordagens quanto à aplicação prática desses princípios bem como os efeitos que estes surtem no cotidiano das pessoas.

Partindo-se de outra esfera, com o advento do Código Civil de 2002 que é em verdade a “Constituição da Pessoa Humana”, regendo sua vida, seus atos jurídicos e tendo como complemento o Código de Processo Civil que tem por função adequar tais regramentos ao processo, adotando um padrão para que tais direitos eventualmente ao surgir a necessidade de serem reivindicados de outra forma diante da atividade jurisdicional,

sigam a um padrão comum facilitando inclusive a obtenção mais rápida do mesmo.

Assim, com a reformulação deste Código o ordenamento atual de 2002 cuidou de absorver para si os mesmos princípios que comumente regem tanto a Constituição Federal quanto o Código de Processo Civil. Reale (2002, p. 04) reforça esse pensamento em artigo próprio onde dá destaque ao fato do artigo 1º da Constituição Federal, mais precisamente em se tratando do princípio da igualdade, destacar que este é a base de todo o ordenamento jurídico. Assim,

Ressalte-se que foi tal mudança de paradigma que ensejou as modificações da lei civil, de modo que esta recepção se constitui na principal forma de aplicação dos novos princípios emanados da Constituição Federal de 1988 à processualística civil para se pleitear direitos principalmente na esfera privada que é em verdade a maior abrangência do Código de Processo Civil conforme se verifica após uma leitura mais detida do ordenamento jurídico em questão (CRETELLA NETO, 2006).

Com todas essas mudanças o Direito Processual Civil deixou de ser encarado apenas como um regulador das relações processuais entre indivíduos. Tal mudança de concepção sobre este ramo do direito terminou por atribuir a este novas e inéditas funções ainda não exploradas principalmente com as reformas que este veio a sofrer posteriormente ao advento do Código Civil de 2002. REALE (2002)

Sob a ótica do Direito Privado, uma das primeiras funções atribuídas à processualística civil é a garantia de acesso aos bens. Trata-se essa função de Direito Privado uma implicação não apenas à regulamentação da propriedade, mas também ao direito de qualquer indivíduo de ter acesso a seus bens materiais e também imateriais assegurando-lhe uma condição legítima de cidadão perante a Constituição Federal. Nessa situação, abrange-se o acesso ao trabalho, à justiça, à reparação, ao mercado, ao discurso público, ao consumo e à saúde seriam todos garantidos ao usar-se da justiça cível e privada, com seus diversos dispositivos, para assegurar os a tais direitos (CRETELLA NETO, 2006).

Este tem como uma outra função a de limitar ao poder. Tal função é corriqueiramente atribuída à Constituição Federal, mas por meio das medidas acauteladoras inseridas no Processo Civil, dá-se o embasamento legal para pleiteá-las em juízo fazendo-se uso de seus instrumentos processuais. Além da preocupação com estes, ocorre também com os direitos individuais, o controle do poder estatal, grupal e também das relações interpessoais todos com previsões no Código de Processo Civil.

Finalmente, em uma última função a ser destacada na esfera do Direito Privado sob a alcunha do Direito Processual Civil em consonância com a Constituição Federal, é o que se refere à proteção do indivíduo. Considera-se que tais princípios se baseiam no indivíduo sob a condição de personagem principal no ordenamento jurídico, a universalização e também a sistematização dos direitos individuais em conjunto com a articulação entre o Direito Público e o Privado como um todo (CRETELLA NETO, 2006).

Haja vista a complexidade do tema em análise, este pode ainda ser inserido em outros ramos tradicionais do direito, de tão controverso é sua análise.

Nesse sentido verifica-se serem as normas constitucionais aplicadas ao Direito Privado, mais precisamente sob as formas determinantes do Direito Processual Civil de várias maneiras sendo obedecidas uma hierarquia constitucional onde se exige que tais regras e princípios aplicados ao processo sejam confluentes com os preceitos do Código de Processo Civil.

Também a ressystematização mais precisamente do Código Civil a partir de 2002, teve importância de grande vulto, pois este também incorporou os princípios constitucionais ligados à processualística civil no corpo de seu ordenamento. Finalizando esse pensamento, verifica-se na disposição do artigo 4º da Lei de Introdução ao Código de Processo Civil que esta legitima ao juiz aplicar por si os princípios gerais de Direito onde a lei se mostrar omissa (CRETELLA NETO, 2006).

Ressalte-se finalmente que neste trabalho objetivou-se principalmente abordar em linhas gerais a aplicação dos princípios constitucionais no contexto do Direito Processual Civil, mais precisamente no que diz respeito ao direito privado conforme se verificou ao longo dos capítulos presentes. Não houve uma preocupação em problematizar os fenômenos decorrentes de tais princípios no que tange o Processo civil, mas procurou-se apenas explicar de forma mais simples e didática como sua incidência é importante para determinar os rumos do processo e também seus resultados efetivos (CRETELLA NETO, 2006).

RESULTADOS E DISCUSSÃO

Em linhas gerais, apesar das divergências doutrinárias que não foram citadas ao longo desse trabalho, mas que foram encontradas na pesquisa para este, fazem com que se reconheça, de uma forma geral com relação ao texto constitucional que o devido processo legal, o direito de ação, a isonomia, o juiz natural, o contraditório, a vedação de prova ilícita, a publicidade, e a motivação das decisões judiciais como princípios constitucionais norteadores do processo civil pátrio.

A importância desses princípios que foram anteriormente citadas incide no fato de assegurarem o direito adjetivo civil, também a proteção do cidadão diante dos abusos e desmando provenientes por parte do Poder Público, o que se constitui no pilar, na base fundamental do Estado Democrático e de Direito tão falado nas doutrinas nacionais.

Nesse contexto, verifica-se nas situações onde ocorre a renúncia a um determinado limite de valores que, como meio de se adaptar a determinadas lides nos procedimentos dos Juizados Especiais, tem ainda, mesmo passado tanto tempo de seu advento fruto de muitas divergências doutrinárias e também jurisprudenciais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao final do presente trabalho é possível concluir que os princípios constitucionais mais do que preceitos norteadores do ordenamento

jurídico como um todo exercem um papel fundamental nos rumos do direito processual dentro do ordenamento jurídico pátrio.

Foi possível verificar que estes têm um papel importante inclusive no que pese em relação à formação da convicção do juiz influenciando de forma efetiva no resultado da lide.

Cumpramos ressaltar que o conjunto de garantias asseguradas no Direito Processual que estão inseridas dentro da Constituição Federal de 1988 e que é denominada pelos especialistas do direito como Direito Constitucional Processual, também como garantias constitucionais gerais não se constituem em um novo ramo do direito propriamente dito.

Conclui-se também que sem e tratando de justiça especializadas, que tem previsão constitucional assegurada e estão puramente baseadas em princípios, tais como a simplicidade, a economia e a celeridade, são formas de facilitar o acesso do cidadão ao Poder Judiciário. São importantes para o funcionamento do Judiciário nacional porque estes confere certa celeridade e uma maior eficiência nas causas que não necessariamente dizem respeito à justiça comum, mas agregam certas particularidades que se mostram desnecessárias mover-se todo o aparato judicial e processual para resolvê-las.

Finalizando este trabalho é possível ainda afirmar diante de tais conclusões que o fenômeno de aplicação dos princípios constitucionais ao direito processual civil, não tem ocorrência apenas em nosso ordenamento, não se restringe a ser mérito do legislador brasileiro, mas também contribui assim como ocorre em outros países para mudar conceitos errôneos e equivocados em voga até então do seu advento e também mudar a forma como encaramos até mesmo o próprio direito. Sob a condição deste novo paradigma verificou-se a importância que os princípios constitucionais exercem no contexto do Direito Processual Civil.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios** – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4ª ed. 2ª tir. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 64.

ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos de; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 56.

ALVIM, Arruda. **Manual de Direito Processual Civil**. 3ª ed. v. I, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 30.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 10 ed., São Paulo : Malheiros, 2000.

CRETELLA NETO, José. **Fundamentos principiológicos do processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 5.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; Cândido R. Dinamarco. **Teoria Geral do Processo**. 13 ed., São Paulo : Malheiros, 1997.

CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados**. 9ª ed. São Paulo: Clássica Editora, s.d., 2003, 78.

HOYOS, Arturo. *Apud* WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Anotações Sobre o Princípio do Devido Processo Legal**. Revista de Processo, São Paulo, ano 16, nº 63, 1991, p. 55.

JUNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de direito processual civil**, vol. I. 48ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 19-21 e 29-30.

MACIEL, Adhemar Ferreira. **O Devido Processo Legal e a Constituição Brasileira de 1988**. Revista de Processo, São Paulo, ano 22, nº 85, 1997, p. 177.

MARQUES, José Frederico. **A Reforma do Poder Judiciário**. v. I. São Paulo: Saraiva, 1979. p. 11.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Elementos de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. p. 230.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios de Processo Civil na Constituição Federal**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 29.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1997. p. 145.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 19^a ed. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 299.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Elementos de Direito Processual Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 50.

ROSENBERG, Leo. *Apud* NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 3^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996. p. 131.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 3^a ed. Rio de Janeiro, Forense, 1991. p. 447.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 20 ed., São Paulo : Malheiros, 2002.

TUCCI, Rogério Lauria; CRUZ E TUCCI, José Rogério. **Constituição de 1988 e Processo**. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 30.

TEIXEIRA FILHO, Manoel Antônio. **A Sentença no Processo do Trabalho**. 2^a ed. São Paulo: LTr, 1996. p. 37.

NOTAS:

[1] É essa, por exemplo, a proposta adotada por Ada Pellegrini Grinover, ainda antes do advento do Código de Processo Civil vigente quando estudou, à luz do direito constitucional, a abrangência do “direito de ação” na tese com que conquistou o Título de Livre-Docente em Direito Processual Civil perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, intitulada *As garantias constitucionais do direito de ação*, em 1973.

LIVRAMENTO CONDICIONAL: UM ESTUDO CONCEITUAL E JURISPRUDENCIAL SOBRE SEUS ASPECTOS MAIS IMPORTANTES

LUCAS SILVA PINTO: Bacharelado em Direito. Universidade de Brasília.

1. Evolução Histórica

O livramento condicional originou-se na França (1846), onde recebeu a denominação “*liberação preparatória*”. No Brasil, a primeira manifestação ocorreu no Código Penal Republicano (1890). A partir de então, manteve-se na legislação penal brasileira como derradeira etapa do processo escalonado de reforma do criminoso. **Segundo Roberto Lyra, o livramento condicional seria a última etapa do sistema penitenciário progressivo.**

2. Conceito

Trata-se de instituto de política criminal destinado a permitir a redução do tempo de prisão com a concessão antecipada e provisória da liberdade ao condenado, quando é cumprida pena privativa de liberdade, mediante o preenchimento de determinados requisitos e a aceitação de certas condições.

A liberdade é antecipada, condicional e precária.

- a) **ANTECIPADA:** o condenado retorna ao convívio social antes do integral cumprimento da pena privativa de liberdade;
- b) **CONDICIONAL:** durante o período restante (**período de prova**) o egresso submete-se ao atendimento de determinadas condições fixadas na decisão que lhe concede o benefício;
- c) **PRECÁRIA:** pode ser revogada se sobrevier uma ou mais condições previstas nos arts. 86 e 87 do CP.

3. Natureza Jurídica

Medida penal restritiva da liberdade de locomoção, que se constitui num benefício ao condenado. Não se trata de uma faculdade do juiz, mas

de direito subjetivo do condenado, integrando um estágio do cumprimento da pena.

Também não se trata de um incidente da execução, porque a própria Lei de Execução Penal não o considerou como tal (vide Título VII – Dos Incidentes de Execução: Das conversões, Do excesso ou desvio, Da anistia e do indulto).

Para Damásio de Jesus, o livramento condicional é forma especial de cumprimento de pena, não sendo, portanto, um benefício, um direito público subjetivo e nem um incidente de execução.

4. Diferença com o *sursis*

PONTOS EM COMUM	DIFERENÇAS
1. Destinatários: condenados à pena privativa de liberdade;	1. Execução da pena: não tem início no <i>sursis</i> , enquanto que no livramento condicional o condenado cumpre parte da pena imposta;
2. Requisitos legais: devem ser preenchidos pelo condenado;	2. Duração do período de prova: 2 a 4 anos, no <i>sursis</i> , em regra, ou o restante da pena, no livramento condicional;
3. Condicionalis: sujeitam-se ao cumprimento condições. O período de prova tem início com a audiência admonitória .	3. Momento de concessão: o <i>sursis</i> é concedido na sentença ou no acórdão, e o livramento condicional durante a execução da pena;
4. Finalidade: evitar a execução da pena privativa de liberdade, total ou parcialmente.	4. Recurso cabível: apelação no <i>sursis</i> (quando concedido em sentença) e agravo em execução no livramento condicional.

5. Juízo competente para concessão do livramento condicional

Normalmente, como já existe trânsito em julgado, inclusive com cumprimento da pena, é competente o **JUÍZO DA EXECUÇÃO PENAL** para analisar o cabimento ou não do benefício (art. 66, III, e, LEP).

ATENÇÃO! A jurisprudência do STF não reclama o trânsito em julgado da condenação nem para o indulto, nem para a progressão do regime, tampouco para o livramento condicional. Nesse caso, também será competente o juízo da execução.

6. Egresso

Egresso é a nomenclatura dispensada ao condenado gozando do livramento condicional (art. 26, II, LEP).

7. Requisitos

7.1. Requisitos Objetivos

São **quatro** requisitos previstos no art. 83 do CP.

Art. 83 - *O juiz poderá conceder livramento condicional ao condenado a pena privativa de liberdade igual ou superior a 2 (dois) anos, desde que: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)*

I - cumprida mais de um terço da pena se o condenado não for reincidente em crime doloso e tiver bons antecedentes; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II - cumprida mais da metade se o condenado for reincidente em crime doloso; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

III - comprovado comportamento satisfatório durante a execução da pena, bom desempenho no trabalho que lhe foi atribuído e aptidão para prover à própria subsistência mediante trabalho honesto; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

IV - tenha reparado, salvo efetiva impossibilidade de fazê-lo, o dano causado pela infração; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

V - cumprido mais de dois terços da pena, nos casos de condenação por crime hediondo, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, e terrorismo, se o apenado não for

reincidente específico em crimes dessa natureza. (Incluído pela Lei nº 8.072, de 25.7.1990)

Parágrafo único - Para o condenado por crime doloso, cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, a concessão do livramento ficará também subordinada à constatação de condições pessoais que façam presumir que o liberado não voltará a delinquir. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

São os seguintes (art. 83, CP):

1. Espécie de pena

Deve ser pena privativa de liberdade (reclusão, detenção ou prisão simples).

2. Quantidade de pena

A pena privativa de liberdade imposta ao condenado deve ser igual ou superior a 2 anos. O art. 84, CP, determina que as penas correspondentes a infrações diversas serão somadas para efeito do livramento.

O STJ já se posicionou no sentido de não ser possível a soma de pena aplicada em sentença ainda não transitada em julgado ao cálculo do total da pena a ser cumprida para efeito de concessão do livramento condicional.

3. Parcela da pena já cumprida

Dependerá das **condições do condenado** e da **natureza do crime** por ele praticado.

LIVRAMENTO CONDICIONAL SIMPLES	LIVRAMENTO CONDICIONAL QUALIFICADO	LIVRAMENTO CONDICIONAL ESPECÍFICO (crimes hediondos e equiparados)
-------------------------------------------	-----------------------------------------------	------------------------------------------------------------------------------------------------

Cumprimento de mais de 1/3 da pena;	Cumprimento de mais de 1/2 da pena;	Cumprimento de mais de 2/3 da pena;
Condenado não reincidente em crime doloso;	Reincidente em crime doloso.	Não seja reincidente específico em crimes dessa natureza. Reincidente específico não tem direito ao livramento condicional.
Bons antecedentes.	-	-

Em relação ao reincidente culposo, é permitido o livramento condicional simples?

Há duas posições: a) É possível, pois se encaixa na regra do art. 83, I; b) Não é possível, pois o reincidente em crime culposo não pode ser considerado possuidor de bons antecedente.

Como deve ser tratado o condenado não reincidente em crime doloso, mas portador de maus antecedentes?

*Houve uma lacuna lamentável no tocante ao primário que possua maus antecedentes. Não se pode incluí-lo com perfeita adequação nem no inciso I do art. 83, nem no II, que cuida do reincidente. Surgiram, então, duas posições: 1.^a) **na falta de expressa previsão, deve ser adotada a posição mais favorável ao condenado, ou seja, o primário, com maus antecedentes, pode receber o livramento quando completar 1/3 da pena. Nesse sentido, entendem Miguel Reale Júnior e Alberto Silva Franco (é também a posição do STJ);** 2.^a) deve-se fazer a adequação por exclusão. Não se encaixando no primeiro dispositivo, que, expressamente, exige os bons antecedentes, somente lhe resta o segundo. Assim, o primário com maus antecedentes deve cumprir metade da pena para pleitear o livramento condicional. É a posição de Nucci, pois o art. 83, I, exige “duplo requisito” e é expreso acerca da impossibilidade de concessão do livramento com 1/3 da pena a quem possua maus antecedentes.*

Como se dá a aplicação do livramento condicional quando o condenado, reincidente específico, cumpre pena por crime hediondo ou a ele equiparado e também cumpre pena por crime não hediondo?

Nessa situação, o condenado deve cumprir integralmente a pena referente ao crime hediondo para depois requerer a concessão do livramento condicional quanto às penas dos crimes não hediondos, desde que cumpridos os requisitos objetivos e subjetivos relativos a eles (STJ).

Para fins de livramento condicional específico, o que se entende por reincidente específico?

Há três posições acerca da reincidência específica: a) quem torna a praticar qualquer dos crimes previstos na Lei dos Crimes Hediondos (ex.: latrocínio + tráfico de entorpecentes); b) quem torna a praticar crime da mesma natureza, ou seja, que protege o mesmo bem jurídico (ex.: extorsão mediante sequestro + latrocínio); c) quem torna a praticar o mesmo tipo penal (ex.: estupro + estupro). Neste caso, já que a lei não definiu o que vem a ser *reincidência específica*, Nucci e Masson entendem ser mais adequada a primeira posição, pois todos os delitos da Lei 8.072/90 receberam o mesmo tratamento, de modo que a sua reiteração é igualmente perniciosa à sociedade.

É constitucional a vedação ao livramento condicional para o condenado por crime hediondo ou equiparado quando reincidente específico em delito dessa natureza?

Essa proibição é constitucional, pois a disciplina dessa matéria é reservada à legislação ordinária, podendo ser impedido o benefício às pessoas que revelam comportamento social desajustado e elevada periculosidade. Em suma, a regra é o integral cumprimento da pena, podendo a lei restringir a liberdade antecipada àqueles que não preenchem os requisitos por ela exigidos.

4. Reparação do dano

Ter reparado o dano causado pela infração, salvo impossibilidade de fazê-lo.

Essa impossibilidade de reparar o dano pode ser decorrente:

- 1) de sua precária situação econômica;
- 2) do desaparecimento da vítima;
- 3) do seu desinteresse pelo ressarcimento.

7.2. Requisitos Subjetivos

a) **Comportamento satisfatório durante à execução da pena**

Esse requisito deve ser comprovado pelo diretor do estabelecimento prisional, levando em consideração o modo de agir do condenado após o início da pena, desprezando-se seu comportamento pretérito.

O cometimento de falta grave, pelo condenado, é apto a interromper o prazo para a concessão do livramento condicional?

Não. Nos termos da Súmula 441 do STJ (“A falta grave não interrompe o prazo para a obtenção de livramento condicional”). Entretanto, pode o magistrado levar em consideração a falta grave, no contexto dos requisitos subjetivos, particularmente, no cenário do *comportamento satisfatório durante a execução da pena*.

b) **Bom desempenho no trabalho que lhe foi atribuído**

Embora a proibição de trabalhos forçados, o exercício do trabalho é condição para concessão do livramento condicional. Assim, salvo a impossibilidade de exercício laboral, em face de problemas do estabelecimento prisional, a ausência das atividades laborais é um impedimento à concessão do livramento. O preso não é forçado a trabalhar, mas, se não o fizer, será vedado o benefício da liberdade antecipada.

c) **Aptidão para prover a própria subsistência mediante trabalho honesto**

Exige-se unicamente prova da aptidão para o exercício de trabalho honesto, e não de emprego certo e garantido após a saída do estabelecimento prisional.

d) **Para o condenado por crime doloso, cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, a constatação de condições pessoais que façam presumir que o liberado não voltará a delinquir**

A Reforma Penal de 1984 aboliu o sistema do duplo binário, que impunha ao condenado perigoso pena e medida de segurança, de modo que ele somente seria liberado, ao término de sua pena, caso cessasse a sua periculosidade. Entretanto, no tocante ao livramento condicional, manteve-se a análise desse aspecto da personalidade do sentenciado. Para que obtenha o benefício, é preciso demonstrar estar cessada a sua periculosidade; do contrário, não poderá sair em liberdade condicional. Trata-se de uma prognose – juízo de periculosidade que se projeta sobre o futuro, para prever se restaram elementos criminógenos que façam prever futuras reincidências.

Súmula 439 do Superior Tribunal de Justiça: “Admite-se o exame criminológico pelas peculiaridades do caso, desde que em decisão motivada”.

Esse requisito obrigatório para crimes cometidos com violência ou grave ameaça, é facultativo para os demais delitos.

8. Rito do Livramento Condicional

O pedido de livramento condicional deve ser endereçado ao juiz da execução (arts. 66, III, e, e 131, LEP). **Não** precisa ser subscrito por **advogado** (art. 712, CPP).

Art. 66, LEP. Compete ao Juiz da execução:

III - decidir sobre:

e) livramento condicional;

Art. 131, LEP. O livramento condicional poderá ser concedido pelo Juiz da execução, presentes os requisitos do artigo 83, incisos e parágrafo único, do Código Penal, ouvidos o Ministério Público e Conselho Penitenciário.

Art. 712. O livramento condicional poderá ser concedido mediante requerimento do sentenciado, de seu cônjuge ou de parente em linha reta, ou por proposta do diretor do estabelecimento penal, ou por iniciativa do Conselho

Penitenciário. (Redação dada pelo Decreto-lei nº 6.109, de 16.12.1943)

Parágrafo único. No caso do artigo anterior, a concessão do livramento competirá ao juiz da execução da pena que o condenado estiver cumprindo.

Antes da decisão, o juiz deve ouvir o MP, sob pena de nulidade (arts. 67 e 131, LEP).

Discute-se a **necessidade de oitiva do Conselho Penitenciário** antes da concessão do livramento condicional. A polêmica reside na L. 10.792/03, que alterou dispositivos da LEP. Com efeito, não está mais entre as incumbências do Conselho Penitenciário a emissão de parecer sobre o livramento condicional (o encargo foi eliminado do art. 70, I, LEP). No entanto, não houve modificação do art. 131, LEP, a qual permanece a reclamar a oitiva do Conselho Penitenciário.

É necessário ou não o parecer do Conselho de Penitenciário?

1ª Corrente: É necessário o parecer, visto que o art. 131, LEP, remanesce no ordenamento jurídico (Nucci).

2ª Corrente: O parecer é dispensado, o juiz poderá discricionariamente determinar a realização quando reputar necessário (STJ e STF).

Qualquer que seja o posicionamento adotado, o juiz não fica vinculado nem ao referido parecer, nem à opinião do Ministério Público, podendo decidir de acordo com **seu livre convencimento**. Inclusive essa é a disposição do art. 713, CPP.

Art. 713, CPP. As condições de admissibilidade, conveniência e oportunidade da concessão do livramento serão verificadas pelo Conselho Penitenciário, a cujo parecer não ficará, entretanto, adstrito o juiz.

A decisão judicial que concede ou denega o livramento condicional pode ser impugnada por recurso de agravo (art. 197, LEP).

Art. 197, LEP. Das decisões proferidas pelo Juiz caberá recurso de agravo, sem efeito suspensivo.

Após concedido o livramento, será expedida a **carta de livramento**. A seguir, será designada data para a **cerimônia do livramento (audiência admonitória)**, a ser realizada solenemente no estabelecimento onde está sendo cumprida a pena, de modo a dar exemplo para os demais sentenciados.

O liberando deverá manifestar sua vontade – se aceita ou não as condições – e ser-lhe-á entregue o saldo do seu pecúlio e do que lhe pertencer e uma caderneta, que conterà sua identificação e as condições impostas. Na falta da caderneta, será entregue um salvo-conduto.

Art. 136, LEP. Concedido o benefício, será expedida a carta de livramento com a cópia integral da sentença em 2 (duas) vias, remetendo-se uma à autoridade administrativa incumbida da execução e outra ao Conselho Penitenciário.

Art. 137. A cerimônia do livramento condicional será realizada solenemente no dia marcado pelo Presidente do Conselho Penitenciário, no estabelecimento onde está sendo cumprida a pena, observando-se o seguinte:

I - a sentença será lida ao liberando, na presença dos demais condenados, pelo Presidente do Conselho Penitenciário ou membro por ele designado, ou, na falta, pelo Juiz;

II - a autoridade administrativa chamará a atenção do liberando para as condições impostas na sentença de livramento;

III - o liberando declarará se aceita as condições.

§ 1º De tudo em livro próprio, será lavrado termo subscrito por quem presidir a cerimônia e pelo liberando, ou alguém a seu rogo, se não souber ou não puder escrever.

§ 2º Cópia desse termo deverá ser remetida ao Juiz da execução.

Art. 138. Ao sair o liberado do estabelecimento penal, ser-lhe-á entregue, além do saldo de seu pecúlio e do que lhe pertencer, uma caderneta, que exhibirá à autoridade judiciária ou administrativa, sempre que lhe for exigida.

§ 1º A caderneta conterá:

- a) a identificação do liberado;*
- b) o texto impresso do presente Capítulo;*
- c) as condições impostas.*

§ 2º Na falta de caderneta, será entregue ao liberado um salvo-conduto, em que constem as condições do livramento, podendo substituir-se a ficha de identificação ou o seu retrato pela descrição dos sinais que possam identificá-lo.

§ 3º Na caderneta e no salvo-conduto deverá haver espaço para consignar-se o cumprimento das condições referidas no artigo 132 desta Lei.

9. Condições

9.1. Condições obrigatórias/ legais

Art. 132, LEP. Deferido o pedido, o Juiz especificará as condições a que fica subordinado o livramento.

§ 1º Serão sempre impostas ao liberado condicional as obrigações seguintes:

- a) obter ocupação lícita, dentro de prazo razoável se for apto para o trabalho;*
- b) comunicar periodicamente ao Juiz sua ocupação;*
- c) não mudar do território da comarca do Juízo da execução, sem prévia autorização deste.*

Estão previstas em **rol taxativo**. São as seguintes (art. 132, LEP):

a) obter ocupação lícita, dentro de prazo razoável, se for apto ao trabalho. Nesse caso, o juiz deve ter redobrado bom senso, pois pessoas

sem qualquer condenação têm encontrado dificuldades para arranjar um emprego, quanto mais o sentenciado em liberdade condicional;

b) comunicar ao juízo sua ocupação periodicamente;

c) não mudar do território da comarca do Juízo da Execução, sem prévia autorização (art. 132, § 1.º, LEP).

9.2. Condições facultativas/ judiciais

§2º Poderão ainda ser impostas ao liberado condicional, entre outras obrigações, as seguintes:

a) não mudar de residência sem comunicação ao Juiz e à autoridade incumbida da observação cautelar e de proteção;

b) recolher-se à habitação em hora fixada;

c) não freqüentar determinados lugares.

Sem prejuízo das condições legais, o magistrado **poderá** impor condições judiciais. Não são de aplicação peremptória, reservando espaço para a discricionariedade do juiz.

Estão indicadas em **rol exemplificativo** (art. 132, §2º, LEP). São elas:

a) não mudar de residência sem comunicação ao juiz e à autoridade incumbida da observação cautelar e de proteção;

b) recolher-se à habitação em horário fixado;

c) não frequentar determinados lugares.

9.3. Condições legais indiretas/ negativas

A ausência das causas de revogação do livramento condicional (assunto adiante abordado).

10. Revogação do Livramento Condicional

Deve ser decretada pelo juiz da execução, de ofício, a requerimento do MP ou mediante representação do Conselho Penitenciário.

Em qualquer caso, o juiz deve proceder à **prévia oitiva do condenado**, sob pena de nulidade por violação do princípio da ampla defesa.

Art. 143. A revogação será decretada a requerimento do Ministério Público, mediante representação do Conselho Penitenciário, ou, de ofício, pelo Juiz, ouvido o liberado.

10.1. Revogação obrigatória

Art. 86 - Revoga-se o livramento, se o liberado vem a ser condenado a pena privativa de liberdade, em sentença irrecorrível: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - por crime cometido durante a vigência do benefício; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II - por crime anterior, observado o disposto no art. 84 deste Código. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Observe-se que as causas de revogação do livramento são causas legais, não sendo dado ao magistrado o direito de recusá-las. Decorrem da lei, sem qualquer margem de discricionariedade para o Poder Judiciário.

A condenação irrecorrível por **contravenção penal**, qualquer que seja o momento de sua prática, com aplicação de pena privativa de liberdade, não autoriza a revogação obrigatória do livramento condicional.

Hipóteses de revogação obrigatória do livramento condicional (art. 86, CP):

a) se o liberado vem a ser condenado a pena privativa de liberdade, em sentença irrecorrível, por crime cometido durante a vigência do período de prova.

O juiz pode ordenar a prisão do liberado, suspendendo o livramento, ouvidos o Ministério Público e o Conselho Penitenciário, até final decisão (art. 145, LEP).

Art. 145. Praticada pelo liberado outra infração penal, o Juiz poderá ordenar a sua prisão, ouvidos o Conselho Penitenciário e o Ministério Público, suspendendo o curso do livramento condicional, cuja revogação, entretanto, ficará dependendo da decisão final.

Assim acontecendo, não se decreta extinta a pena enquanto não passar em julgado a sentença que deu causa à suspensão (art. 89, CP).

Art. 89. O juiz não poderá declarar extinta a pena, enquanto não passar em julgado a sentença em processo a que responde o liberado, por crime cometido na vigência do livramento.

O crime cometido antes da liberação e após a concessão do livramento não dá margem à suspensão e revogação do benefício. A lei é clara ao determinar ser causa de revogação do livramento condicional a **prática de crime durante a vigência do benefício**. Portanto, ainda que o condenado tenha cometido o delito após a concessão do benefício, mas **antes da efetiva liberação**, não pode ocasionar a revogação.

Efeitos da revogação do livramento:

- 1) Não poderá ser novamente concedido em relação à mesma pena. Nada impede o livramento em relação à nova pena imposta;
- 2) Não se computará como tempo de cumprimento da pena o período de prova (tempo em que esteve solto o condenado);
- 3) Não será permitida, para a concessão de novo livramento, a soma do tempo das duas penas.

b) se o liberado vem a ser condenado a pena privativa de liberdade, em sentença irrecorrível, por crime anterior ao período de prova, observado o disposto no artigo 84 deste Código.

Somente é possível a revogação quando a nova pena privativa de liberdade, somada à anterior, que ensejou o livramento condicional, resultar na impossibilidade de manutenção do benefício.

Ex.: o réu, condenado a 10 anos, tendo cumprido 4 anos, obtém livramento condicional. Posteriormente, faltando ainda 6 anos, é condenado a 15 anos por outro crime, cometido antes do benefício. Sua

pena total é de 25 anos, de modo que se torna incompatível receber livramento condicional tendo cumprido somente 4 anos, ou seja, menos de 1/5 da pena.

Como, entretanto, o liberado não abusou a confiança nele depositada pelo Poder Judiciário, pois o crime foi cometido **antes da concessão da liberdade antecipada**, os efeitos da revogação são mais suaves.

Efeitos da revogação do livramento:

- 1) Poderá ser novamente concedido em relação à mesma pena;
- 2) Computar-se-á como tempo de cumprimento da pena o período de prova (tempo em que esteve solto o condenado);
- 3) Será permitida, para a concessão de novo livramento, a soma do tempo das duas penas.

10.2. Revogação facultativa

Art. 87 - O juiz poderá, também, revogar o livramento, se o liberado deixar de cumprir qualquer das obrigações constantes da sentença, ou for irrecorrivelmente condenado, por crime ou contravenção, a pena que não seja privativa de liberdade. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Hipóteses de revogação facultativa do livramento condicional(art. 87, CP):

a) deixar de cumprir as condições fixadas.

O juiz pode revogar o benefício ou fazer-lhe nova advertência, reiterando-lhe as condições estabelecidas ou até mesmo agravando tais condições (art. 140, parágrafo único, da LEP).

Efeitos da revogação do livramento:

- 1) não poderá ser novamente concedido em relação à mesma pena;
- 2) não se computará como tempo de cumprimento da pena o período de prova (tempo em que esteve solto o condenado).

b) se houver condenação irrecorrível por crime ou contravenção a pena que não seja privativa de liberdade.

É irrelevante o momento da prática do crime ou da contravenção penal, isto é, se antes do livramento condicional ou durante o período de experiência.

A revogação facultativa depende de condenação irrecorrível a pena que não seja privativa de liberdade.

A condenação irrecorrível a pena privativa de liberdade pela prática de crime induz à revogação obrigatória (CP, art. 86), e não gera nenhum efeito se decorrente de contravenção penal.

Nessa hipótese, deve prevalecer o prudente critério do juiz, pois uma condenação por contravenção penal, cometida durante o prazo do livramento, pode ser grave, permitindo a revogação (porte de arma branca, por exemplo) ou não (perturbação do sossego abusando de instrumentos sonoros).

Em relação aos efeitos, vai depender se o crime foi praticado antes ou durante o período de prova:

- 1) Se cometido o crime ou contravenção penal anteriormente ao benefício, os efeitos são os seguintes:
 - a) desconta-se da pena o tempo em que esteve solto o condenado;
 - b) também se permite novo livramento condicional em relação à mesma pena;
- 2) Se praticado o crime ou contravenção penal na vigência do benefício, os efeitos são mais graves:
 - c) não se desconta da pena o tempo em que esteve solto o condenado;
 - d) não se autoriza a concessão, no tocante à mesma pena, de novo livramento condicional.

A lei não tratou da hipótese de ser o liberado condenado à pena privativa de liberdade em razão da prática de contravenção penal.

Art. 141. Se a revogação for motivada por infração penal anterior à vigência do livramento, computar-se-á como tempo de cumprimento da pena o período de prova, sendo permitida, para a concessão de novo livramento, a soma do tempo das 2 (duas) penas.

Art. 142. No caso de revogação por outro motivo, não se computará na pena o tempo em que esteve solto o liberado, e tampouco se concederá, em relação à mesma pena, novo livramento.

11. Suspensão do livramento condicional

A revogação do livramento condicional, tanto na modalidade obrigatória como na forma facultativa, quando motivada pela prática de crime ou contravenção penal, depende do trânsito em julgado da condenação.

Pode acontecer, entretanto, de ser moroso o trâmite da ação penal iniciada em razão do cometimento do crime ou da contravenção penal, a ponto de não haver decisão definitiva ao tempo do término do período de prova do livramento condicional. Nesse caso, deveria ser declarada a extinção da pena privativa de liberdade, com fulcro no art. 90 do Código Penal.

Esse procedimento levaria ao inconveniente de, posteriormente à extinção da pena privativa de liberdade, ser o agente definitivamente condenado por crime ou contravenção penal cometidos antes ou durante a vigência do benefício. Para superar esse entrave, o art. 145 da Lei de Execução Penal permite ao magistrado, depois de ouvidos o Conselho Penitenciário e o Ministério Público, a suspensão do livramento condicional até a decisão final.

12. Prorrogação do período de prova

Quando o condenado estiver respondendo a processo por **crime cometido durante a vigência do benefício**, **prorroga-se o período** a fim de se constatar se não era o caso de revogação obrigatória (art. 86, I, CP). Se for condenado definitivamente, o livramento será revogado com as consequências fixadas no art. 88 do Código Penal.

Art. 89. O juiz não poderá declarar extinta a pena, enquanto não passar em julgado a sentença em processo a que responde o liberado, por crime cometido na vigência do livramento.

O juiz da vara das execuções não poderá declarar a extinção da pena privativa de liberdade **enquanto não transitar em julgado a sentença proferida na ação penal** ajuizada em decorrência do crime cometido na vigência do livramento condicional. Deve prorrogar o período de prova até o trânsito em julgado da sentença, que poderá ser condenatória ou absolutória.

Durante a prorrogação não subsistem as condições do livramento condicional, desde que já tenha sido ultrapassado o período de prova, ou seja, já tenha esvaído o tempo restante da pena privativa de liberdade.

A dúvida reside em saber se a prorrogação é automática ou se depende de expressa decisão judicial.

1ª corrente: É automática, prescinde decisão judicial, bastando o recebimento da denúncia ou da queixa.

2ª corrente: Não é automática, exige decisão judicial expressa (STF e STJ).

13. Extinção da pena

Se até o seu término, não for revogado, extingue-se a pena privativa de liberdade (art. 90, CP).

A decisão tem natureza declaratória, com eficácia retroativa à data em que se encerrou o período de prova.

Antes da decretação da extinção da pena privativa de liberdade, o magistrado deve ouvir o MP (art. 67, LEP).

Segundo o STF, "findo o período de prova estipulado para o livramento condicional, sem suspensão ou interrupção, o paciente tem direito à extinção da pena privativa de liberdade o conhecimento posterior da prática de crime no curso do lapso temporal não autoriza a revogação do benefício. Conclusão que se extrai da interpretação dos

artigos 86, 1, e 90 do Código Penal; 145 e 146 da Lei de Execução Penal e 732, do Código de Processo Penal." (STF - RHC 85287/RJ, 1ª T., DJU 08.04.2005). No mesmo sentido: STJ-HC194.055/SP, 5ª T., j. 22/03/2011.

14. Questões diversas sobre Livramento Condicional

14.1. Livramento Condicional insubsistente

Não é caso de revogação, mas de considerar o livramento insubsistente, quando o condenado foge do presídio após a concessão do livramento condicional, mas antes da cerimônia obrigatória determinada pelo art. 137 da Lei de Execução Penal.

14.2. Livramento Condicional e HC

O *habeas corpus* não é meio idôneo para discutir a concessão ou não do livramento condicional, que necessita de uma série de procedimentos especiais, incompatíveis com o regime célere do remédio constitucional.

Excepcionalmente, pode o tribunal conceder livramento condicional, por meio do *habeas corpus*, caso o indeferimento do juiz seja manifestamente ilegal e todos os documentos necessários para verificar o seu cabimento estejam presentes nos autos.

14.3. Livramento Condicional Humanitário

É o livramento condicional deferido ao condenado que **ainda não cumpriu o montante de pena legalmente exigido**, mas está acometido de **enfermidade grave e incurável**. Baseia-se em razões de piedade, de forma análoga aos *sursis* humanitário.

CUIDADO: Não é aceito por ausência de previsão legal.

14.4. Livramento condicional cautelar

Trata-se de uma hipótese criada pelos Tribunais, aplicável em duas situações:

- 1) em substituição ao regime aberto, com o fim de evitar a inócua prisão domiciliar, diante da inexistência das

- Casa de Albergado, como uma forma intermediária para libertar o réu;
- 2) em face da demora do Conselho Penitenciário em emitir parecer,
para aqueles que acreditam ser essa medida ainda necessária. Assim, concede-se o *livramento condicional cautelar*, colocando o sentenciado em liberdade, aguardando-se o referido parecer. Se for positivo, pode-se consolidar o benefício anteriormente deferido na forma antecipada por meio do poder geral de cautela do juiz; sendo negativo, pode-se revogar o benefício, fazendo o liberado retornar ao regime de que saiu.

Contudo, essa modalidade de livramento condicional deve ser rejeitada.

Em ambas hipóteses, observa-se a inexistência de previsão legal quanto a essa modalidade do benefício.

Quanto a primeira hipótese, tratar-se-ia de decisão judicial estranha ao pedido. O pedido é de progressão de regime ao aberto: ou se concede o regime aberto ou se nega. Se o condenado deseja obter o regime aberto, podendo fazê-lo, não cabe ao juiz vedar tal possibilidade criando uma solução mais gravosa.

Quanto à segunda, ou estão presentes os requisitos para a concessão do benefício ou estão ausentes, não sendo possível uma concessão extralegal.

14.5. Livramento Condicional para estrangeiros que estejam no Brasil em caráter temporário

É controversa a possibilidade de estrangeiro obter livramento condicional, existindo duas posições sobre o assunto.

A primeira, *majoritária*, é no sentido de não ser possível a concessão do livramento condicional ao estrangeiro.

Isso decorre do fato de o estrangeiro não ter visto de permanência e endereço fixo no Brasil. Ademais, em liberdade, por ser apenas visitante,

o estrangeiro não teria como cumprir as condições do livramento, já que é vedado ao estrangeiro a permanência irregular e o exercício de atividade remunerada. Por isso, deve cumprir toda a sua pena, para depois ser expulso do território brasileiro. Se não possui aptidão para prover a sua própria sobrevivência com trabalho honesto, não preenche um dos requisitos subjetivos para o livramento condicional.

A única forma de romper essa barreira será o estrangeiro provar ter visto permanente no Brasil, endereço fixo e demonstrar, por certidão, não ter sido expulso.

Logicamente, torna-se fundamental excepcionar os casos de condenados provenientes do Canadá, Argentina e Chile, uma vez que tais países possuem tratado específico com o Brasil para a troca de presos, razão pela qual a sentença condenatória brasileira pode ser reconhecida nesses lugares, valendo, então, o cumprimento do livramento condicional no exterior.

A segunda, minoritária, entende ser possível a concessão do livramento condicional ao estrangeiro, com fundamento no art. 5º, *caput*, da CF, que proíbe distinções entre brasileiros, nato ou naturalizados, e estrangeiros.

A PROPRIEDADE AGRÁRIA COMO BEM DE INVESTIMENTO

Antônia Maria da Silva: Auditora Federal de Controle Externo do Tribunal de Contas da União e Professora de Direito Tributário e Agrário. Mestre em Direito Agrário pela Universidade Federal de Goiás.

Resumo: O artigo contextualiza o cenário mundial de aquisições de terra para fins de investimentos especulativos. Traz uma reflexão sobre a terra como bem essencial à vida econômica, social e cultural da humanidade, devendo, pois, ser objeto de regulação pelo Estado para preservar os interesses dos povos e garantir o acesso à propriedade da terra. Também aponta as peculiaridades inerentes à terra como bem de investimento, as razões da opção do capital estrangeiro em adquirir terras rurais, e sobre a atuação estatal na proteção da configuração jurídica da propriedade rural, imiscuindo-se sobre as consequências nos países preferidos pelos investidores, bem como sobre o poder-dever estatal de regular o uso da terra em prol do interesse maior da humanidade.

Palavras-Chave: Propriedade agrária. Bem de investimento. Controle estatal. Função social da propriedade.

Sumário: 1. Introdução. 2. A propriedade rural e suas peculiaridades. 3. A atuação estatal na proteção da configuração jurídica da propriedade rural. 4. Considerações Finais. 5. Referências.

Abstract: The article contextualizes the world scenario of land acquisitions for the purpose of speculative investments. It brings a reflection on the earth as an essential good for the economic, social and cultural life of humanity and should therefore be regulated by the State to preserve the interests of

peoples and guarantee access to land ownership. It also points out the inherent peculiarities of the land as an investment good, the reasons for the option of foreign capital to acquire rural land, and the state's role in protecting the legal configuration of rural property, by interfering with the consequences in the countries preferred by investors, As well as on the state's power-duty to regulate land use for the greater interest of mankind.

Keywords: Agrarian property. Good investment. State control. Social function of property.

Summary: 1. Introduction. 2. Rural property and its peculiarities. 3. State action in the protection of the legal configuration of rural property. 4. Final considerations. 5. References.

1 Introdução

A terra é um dos elementos fundamentais dos assentamentos humanos, sendo um desafio dos governos de todos os tempos, disciplinar sua posse e uso em conformidade com os fundamentos constitucionais do país e em respeito aos direitos e garantias dos seus cidadãos.

Como bem de produção essencial à humanidade, no processo produtivo de alimento, encontra-se diretamente almejada para finalidades especulativas, sendo considerado no mercado de investimentos, um bem rentável e de difícil depreciação ou perda de valor monetário.

No entanto, tal condição singular da terra para assegurar a produção de alimentos requer uma atuação reguladora do Estado, tendo em vista que a mão invisível do mercado nem sempre será capaz de apreender as demais funções da terra, exceto às relacionadas à reprodução do capital.

Nesse sentido, Piketty [1] afirma:

... a evolução dinâmica de uma economia de mercado e de propriedade privada, deixada à sua própria sorte, contém forças de convergências importantes, ligadas sobretudo à difusão do conhecimento e das qualificações, mas também forças de divergências vigorosas e potencialmente ameaçadoras para nossas sociedades democráticas e para os valores de justiça social sobre os quais se fundam.

Portanto, é no contexto de elemento necessário à segurança alimentar dos povos que o Estado tem o poder-dever de regular seu uso, tendo Zibetti [2] ponderado que:

(...) realce-se que bens imóveis rurais não são “mercadorias” de mercado (...), eis que tais bens, como os imóveis rurais, que formam parte um território de um país, subjugam-se ínsita, única e exclusivamente ao fundamental princípio da soberania do mesmo, no caso o Brasil, detentor de autodeterminação e independência, do poder de império e de dominação sobre pessoas e bens, situados em seu espaço geográfico, como reconhecimento pelo Direito Internacional.

Além disso, mesmo sua condição econômica de bem de produção não a aproxima nem a assemelha aos demais fatores produtivos, quando percebidas suas características intrínsecas e extrínsecas:

- (1) a terra não se reproduz, ou seja, não se cria artificialmente;
- (2) a terra tem duração ilimitada, caso se produza com técnicas apropriadas;
- (3) a terra não é uniforme, sua fertilidade varia de acordo com o espaço geográfico e as condições climáticas;

(4) a terra é espacialmente intransferível; e

(5) a localização geográfica da terra interfere no preço de alienação.

Antônimo desse raciocínio, em estudo realizado por Alexandre Mendonça de Barros e André Pessoa, sobre os impactos econômicos do parecer da Advocacia Geral da União-AGU, que impõe restrições à aquisição e arrendamento de terras agrícolas por empresas brasileiras com controle do capital detido por estrangeiros, ou seja, para contrapor à fundamentação restritiva à aquisição de terras por estrangeiros, contida no Parecer CGU/AGU 01/2008, elaborado pela AGU, no ponto em que escreve sobre o acesso aos recursos naturais de um país e sobre o legítimo medo de que a apropriação do recurso pelo capital externo possa exaurir o recurso do país e eliminar potencialmente o seu desenvolvimento, anotam [3]:

Entretanto, no caso específico da terra, não faz sentido. A terra é um recurso renovável se bem preservada. Em sua essência é muito diferente de petróleo e minério. Esses recursos são exauríveis e, por consequência, têm uma vida limitada no tempo. A exaustão desses recursos gera, de fato, um problema de continuidade do crescimento econômico. Por se tratar de um recurso não exaurível, a terra não se enquadra na categoria dos ativos ambientais que limitam o crescimento de longo prazo.

A segunda característica do ativo terra é que ele não é móvel e isso faz com que seu potencial produtivo não seja deslocado do Brasil. Independente do titular da terra, a produção será sempre brasileira.

No contexto acerca dessas considerações, o presente artigo visa trazer uma reflexão sobre a opção do capital estrangeiro de adquirir terras rurais

como bem de investimento e as consequências nos países alvos dos investidores frente ao poder-dever estatal de regular o uso da terra em prol do interesse maior da humanidade.

2 A propriedade rural e suas peculiaridades

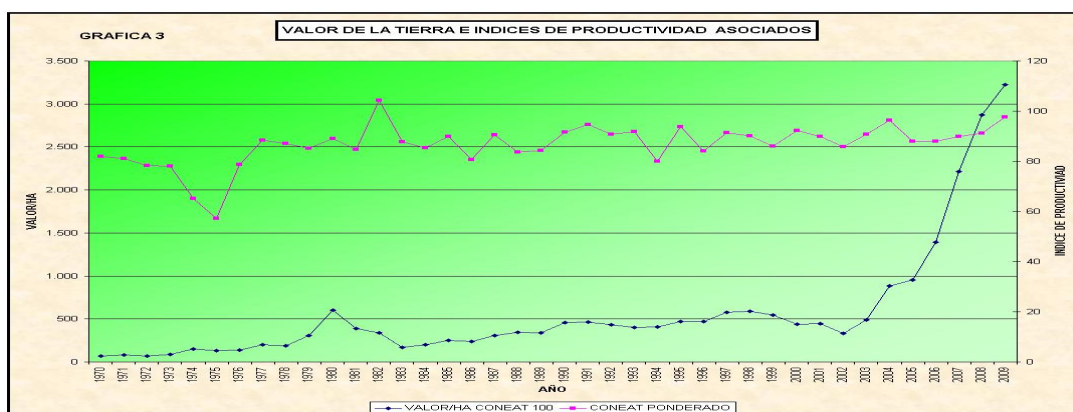
Na atualidade, a humanidade convive com uma complexa situação econômica global que tem gerado uma revalorização da terra.

Esse evento trouxe dois reflexos imediatos e sentidos. Por um lado, o prolongamento da crise financeira, mutante da crise social e, em alguns casos, causa da crise alimentar. De outro, o aumento da demanda energética que impacta negativamente as questões ambientais, levanta possíveis consequências do esgotamento dos recursos fósseis, como também abre caminhos para a viabilidade de fontes alternativa de energia.

Ambas problemáticas, segundo Mário Campora, incidem diretamente no incremento do valor econômico da terra rural. [4]

Em princípio, como o acesso à terra representa medida eficaz contra a insegurança alimentar, este acesso deveria ser o mais amplo possível. Porém, não se apresenta factível esta medida num modelo econômico em que do ponto de vista dos investidores, a capitalização das unidades produtivas e os direitos de propriedade estão a serviço dessa modelagem social do século XXI, haja vista a longevidade dos investimentos a médio e longo prazo.

Por outro lado, o mercado de terras funciona e cresce proporcionalmente ao índice de produtividade da terra², conforme pode ser observado no mercado uruguaio - gráfico abaixo - onde a demanda por terras agrícolas ao revalorizar a terra torna-se obstáculo ao acesso da mesma pelos pequenos produtores, haja vista a indisponibilidade de recursos financeiros próprios, bem como a incapacidade financeira de financiamento governamental para sua aquisição.



Fonte: INC, 2010. www.colonizacion.com.uy/index2.php. Comportamento Histórico do preço da terra x índice de produtividade até 2010.

Ante a complexidade e partindo-se da compreensão de que o acesso à terra é direito fundamental do homem como elemento indispensável à sua sobrevivência, não se vislumbra no cenário econômico atual, meios assecuratórios desse direito frente ao fenômeno da revalorização da terra e aos objetivos da política agrícola capitaneada pelo agronegócio.

² Produtividade das commodities.

Feitas essas considerações, cabe assinalar, ainda, que apesar da terra não ser indispensável à atividade agrária³, sua presença faz-se necessária.

Gustavo Rezek afirma que o principal bem de produção existente em nosso planeta é a terra fértil, apta à criação e ao cultivo das mais variadas espécies de animais e vegetais, tendo o Direito Agrário o papel de garantidor do tratamento especializado à produção oriunda da terra, arrematando que a afirmativa de que a terra enquanto recurso produtivo não é essencial a toda atividade agrária, não diminui o seu papel e a sua posição privilegiada.

[5]

Para Sodero, a terra deve estar a serviço do homem e não o contrário, acrescentando que a terra não pode ser compreendida como mercadoria, e sim como meio de produção ou utilidade social. [6]

Alvim em consultoria no âmbito do Projeto de Cooperação Técnica “Apoio às políticas e à participação social no desenvolvimento rural sustentável” – PCT IICA/MDA/NEAD conclui que [7]

... o último ponto chama atenção de que o processo de internacionalização das cadeias produtivas brasileiras, juntamente com os melhores preços das commodities e a potencialidade das terras brasileiras para produção de biocombustíveis, têm estimulado a atração de um maior volume de IED e, conseqüentemente, uma maior concentração e estrangeirização das terras. Neste sentido, é necessário um melhor acompanhamento por parte do setor público, monitorando e acompanhando de maneira mais rigorosa os investimentos

³ É possível a existência da atividade agrária sem a terra, como as culturas hidropônicas.

estrangeiros em imóveis rurais, de forma que seja possível investigar com maior rigor científico as causas e os efeitos da concentração e estrangeirização de imóveis rurais no Brasil.

Cabe assinalar que a aquisição de terras para a produção de grãos exige que se adquiram as terras não só pela segurança jurídica da posse e da propriedade, mas também pela facilidade na captação de financiamentos agrícolas. Em tempos de incertezas do mercado, a terra se potencializa como um ativo de reserva e de mercado.

Contudo, diferente dos demais ativos, o uso da terra, na compreensão de Antonino Moura Borges tem uma função ética, decorrendo dessa compreensão, que o proprietário não pode manter a terra ociosa ou improdutivo para fins de especulação imobiliária, em detrimento do interesse público e social. [8]

Há, pois, sobre a propriedade da terra, bem de produção singular, condições específicas exigidas dos possuidores, com a finalidade de a mesma servir aos interesses nacionais, a fim de potencializar os fundamentos do Estado Democrático de Direito, neles compreendidos os direitos humanos universais, mas sem descuidar de parcela protetiva própria dos nacionais, como bem afirmou Pedro Castillo Castaneda [9]:

Distinguimos entonces que es un bien necesariamente limitado y que, en virtud de sus características, está relacionado con la supervivencia humana de un determinado grupo de personas, en tanto son los pobladores rurales los que más la necesitan para mantener su forma de vida. Otro tipo de derechos pueden ser reclamados o exigidos con mayor facilidad. Así, por ejemplo, ante

la falta de libertad de un individuo, se reclama por su pronta liberación; si un Estado no aplica una correcta política de salud, educación o vivienda, son fácilmente identificables las formas de abordar y solucionar el tema. ¿Qué hacer, en cambio, frente a la indefensión del derecho a un bien que es limitado, que siempre estará en el mismo lugar y en la misma cantidad? La tierra, por definición, no se reproduce, no aumenta; se incrementa la cantidad de personas que ven la necesidad de poseerla, pero ella es siempre la misma.

A intermediação desse ativo no mercado de capitais pelos players⁴ estrangeiros do ramo mobiliário e fundos atuantes do agronegócio promove uma evidente transmutação do caráter social da terra, repercutindo nas políticas públicas de desconcentração fundiária, uma vez que a propriedade da terra encontrando-se regulada pelo mercado, o governo não tem uma estratégia definida de como evitar tal mecanismo numa economia de caráter neoliberal.

Em análise ao fenômeno, o Grupo Agro Cadesyc ressaltou que em épocas de crise global do capital e do capitalismo, em um mundo marcado pelas incertezas, o capital financeiro busca resguardar-se em ativos seguros e de reserva de valor, sendo a preocupação da capital apenas captar renda. E afirmou [10]:

Por tales motivos la región Mercosur está sufriendo una avanzada y presión por el recurso tierra, recurso natural estratégico por

⁴ Players de mercado – expressão oriunda da área econômica que se refere aos competidores e/ou investidores que atuam em um mercado comum. Disponível em <http://www.ricardoalmeida.adm.br/planejestrmtkglos.pdf>.

excelencia para la región y para los sectores populares que habitan el medio rural (productores familiares, campesinos, pueblos originarios, asalariados rurales); porque la tierra y su distribución es condición necesaria para avanzar en políticas de desarrollo rural incluyentes y que distribuyan riqueza con justicia social; porque además garantiza la soberanía y seguridad alimentaria de nuestros pueblos y porque afinsa a amplios sectores de nuestra población y permite generar proyectos de vida para las generaciones futuras.

La región está viviendo una dinámica en el mercado de tierras histórica, la compra de tierras es también un refugio especulativo de los capitales, ante la enorme liquidez existente y es una avanzada de las empresas transnacionales e inclusive de países com necesidad de áreas productoras de alimentos y para sostener su crecimiento em el mediano y largo plazo. En definitiva es una política de apropiarse de los RRNN: gran apetito del K actual porque se valorizan los productos primarios y además porque es um ancla en este momento de crisis del K.

Sob a perspectiva do Banco Mundial [11], a avalanche de investimentos estrangeiros em terras agrícolas decorre de vários fatores:

- (1) da expansão crescente das empresas multinacionais na apropriação de terras agricultáveis na maior parte dos países do mundo;
- (2) do crescimento do interesse por terras rurais, em razão da demanda agroenergética e matérias primas, tornando a disputa territorial um fenômeno por alimentos global;

(3) do crescimento da produção agrícola, concentrada na expansão de oito commodities: milho, soja, cana-de-açúcar, dendê (óleo), arroz, canola, girassol e floresta plantada.

O estudo do Banco Mundial [11] ainda aponta as razões principais dessa expansão da produção e do volume das transações de terras:

(a) demanda por alimentos, rações, celulose e outros insumos industriais como consequência do aumento populacional e da renda;

(b) demanda por matérias-primas para os agrocombustíveis, consequência das políticas econômicas dos países desenvolvidos; e

(c) deslocamento da produção de commodities para regiões com terra abundante, mais barata e com boas possibilidades de crescimento da produtividade.

Outrossim, o estudo do agente financeiro internacional identifica os principais demandantes do processo de aquisição de terras com potencial agrícola:

a) os governos preocupados com o consumo interno e sua incapacidade de produzir alimentos suficientes para a população, principalmente a partir da crise alimentar de 2008;

b) as empresas financeiras, devido às vantagens comparativas na aquisição de terras; e

c) as empresas do setor agroindustrial que em virtude do alto nível de concentração do comércio e processamento procuram expandir seus negócios.

Na conjuntura mundial, a associação OXFAM [12] advertiu que o interesse pela terra não é passageiro, e sim uma tendência impulsionada por fatores muito poderosos, em que frequentemente os acordos sobre terras se destinam apenas a produzir para os mercados internacionais dos alimentos e biocombustíveis.

Pelo exposto, sublinha-se que a problemática da propriedade agrária como bem de investimento agrega pensamentos equidistantes acerca da sua real vocação como bem essencial à humanidade.

3 Atuação estatal na proteção da configuração jurídica da propriedade rural

No Brasil, a partir da edição da Lei 4.504, de 30 de novembro de 1964, conhecida como Estatuto da Terra, estabeleceu-se o princípio da função social da propriedade, em nome da ordem econômica e social, fundamentada no interesse público, de modo que a legislação brasileira deve atuar a mitigar os efeitos danosos às aquisições da propriedade rural para fins meramente especulativos.

Na normativa agrária, a terra não é mais somente um fator de produção dissociada de sua função social, como assinala os artigos 12 e 13 do Estatuto da Terra, *in verbis*:

Art. 12. À propriedade privada da terra cabe intrinsecamente uma função social e seu uso é condicionado ao bem-estar coletivo previsto na Constituição Federal e caracterizado nesta Lei.

Art. 13. O Poder Público promoverá a gradativa extinção das formas de ocupação e de exploração da terra que contrariem sua função social.

No contexto da ampla expansão do capital na aquisição de imóveis rurais, o Brasil, ao detectar o amplo processo de investimento estrangeiro direto em terra agrícolas, adotou medidas protetivas aos interesses nacionais:

(1) a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) proibiu a compra de ações de companhias brasileiras detentoras de terras rurais por empresas de capital estrangeiro;

(2) a Advocacia Geral da União (AGU), por meio de parecer, recomendou ao Ministério do Desenvolvimento o bloqueio de aquisições e fusões de empresas brasileiras e estrangeiras;

(3) o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) determinou aos Cartórios de Registros de Imóveis cuidados no registro definitivo das terras quando de propriedade de pessoas jurídicas estrangeiras;

(4) o Tribunal de Contas da União (TCU) determinou ao Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (Incra) que procedesse ao levantamento das aquisições de imóveis rurais por estrangeiros e por empresa nacional com capital majoritário estrangeiro, com sede no exterior, adotando as providências necessárias com vistas a regularizar as situações constituídas em desalinho ao art. 1º, §1º da Lei 5.709/71 e art. 23 da Lei 8.629/93.

É, pois, nessa linha de ideia que os Estados devem intervir, limitando o tom orquestrado pela economia de livre mercado que reduz a cada dia o papel do Estado no mundo econômico, esvaziando sua soberania ou mesmo antevendo seu fim do Estado-Nação, pressuposto do desaparecimento do direito estatal.

Isso porque, segundo Pietro Perlingieri, o Direito não fotografa a realidade, ele pretende mudá-la. O direito é justamente isso, uma força da transformação da realidade. A realidade é também econômica e não só econômica. [13]

Dissertando sobre a importância da terra para a América Latina, tendo-a como direito fundamental de todo indivíduo, Sergio Coronado Delgado afirma [14]:

Para los países de América Latina la tierra es un recurso de gran importancia, ya que es el principal medio de producción. Nuestros países, gracias a las tierras fértiles, la ubicación geográfica, las condiciones climáticas y el acceso a una buena cantidad de recursos naturales, poseen una indudable vocación agrícola. Bajo estas condiciones, y en un ejercicio de soberanía sobre nuestras tierras y productos, nuestros pueblos nunca deberían enfrentar situaciones tan indignas como el hambre, o el desplazamiento forzado.

É certo que a promoção de atividades agroindustriais depende da disponibilidade dos fatores de produção, sendo a terra o principal. No entanto, a valorização desregrada do preço da terra impede a integração da agricultura moderna com o desenvolvimento rural.

No mesmo sentido, considerar a terra um bem de livre comércio, provoca a especulação imobiliária, gerando a redução do estoque de terras disponíveis e, em decorrência, sendo causa da consolidação do capital estrangeiro em detrimento do empobrecimento dos nacionais.

Não é desarrazoado afirmar que a terra deve ser usufruída como bem social, cabendo à lei vedar o uso especulativo como bem econômico ou ativo de reserva de valor, como disposto em artigo **Aportes al proyecto de ley sobre concentración de tierras, produzido pelo Grupo Agro Cadesyc, nos seguintes termos [15]:**

Respecto a la tierra, recurso estratégico para las fuerzas políticas y movimientos populares de la región, promoveremos que su uso coincida con el interés social, desalentando la especulación y abordando la reflexión y el debate en esta materia para que se aborden y diseñen políticas en materias nacionales y regionales. Sostenemos que los RRNN sigan en la órbita y en competencia nacional sin que haya que desalentar la Inversión Extranjera Directa sino que sea funcional a nuestra estrategia de desarrollo. Y para aquellos que invocan que se violan los tratados bilaterales de inversión, afirmamos que se debe excluir del concepto de inversión la compra-venta o adquisición de derechos sobre tierras rurales por tratarse de un recurso natural no renovable que aporta el país que recibe la inversión.

Nessa ideia, o acesso à terra seria orientado pelas políticas públicas, devido à mesma ser um recurso estratégico nacional ante a sua capacidade de produzir alimentos, matérias primas, riqueza, trabalho, garantidora da segurança e soberania alimentar.

Mais ainda: a terra agrícola convertida em ativo líquido, considerada como reserva de valor pelos proprietários (uso não produtivo) requer política interventiva no mercado da terra como meio de restringir a liquidez, por razões de que a terra, como bem econômico, possui oferta rígida e limitada, não se reproduz como o trabalho e o capital.

Tais argumentos são deveras importantes para demonstrar as peculiaridades inerentes à construção do direito universal do acesso à terra, voltando-se o Direito Agrário a construir paradigmas jurídicos, políticos e econômicos, onde este direito tenha plausibilidade iminente, pois, segundo Bobbio [16]:

Uma coisa é um direito; outra, a promessa de um direito futuro.
Uma coisa é um direito atual; outra, um direito potencial. Uma coisa é ter um direito que é, enquanto reconhecido e protegido; outra é ter um direito que deve ser, mas que, para ser, ou para que passe do dever ser ao ser, precisa transformar-se, de objeto de discussão de uma assembleia de especialistas, em objeto de decisão de um órgão legislativo dotado de poder de coerção.

Contudo, o que se observa no cenário brasileiro, é uma atuação estatal acanhada na proteção da configuração jurídica da propriedade rural, tendo em vista que as medidas adotadas pelos órgãos governamentais não foram capazes de diminuir a quantidade de terras agricultáveis adquiridas para fins de investimentos.

Considerações Finais

A terra detém condições singulares distintas dos demais bens de produção, pela sua importância econômica, social e cultural para os povos.

Nas últimas décadas, em razão das crises mundiais, econômica, hídrica, climática, energética e alimentar, a busca por terras cresceu em todo o mundo, notadamente na América Latina, opção do capital por bem de investimento mais seguro frente aos colapsos das crises financeiras recentes.

Sob o prisma e o fundo econômico secular da propriedade da terra, os investidores apostam na rentabilidade de seu capital em investimentos no agronegócio, tendo a terra como principal fator de produção neste tipo de atividade econômica.

Devido a esse cenário, a maioria dos países deve tutelar a propriedade agrária, em atenção aos princípios da soberania e segurança alimentar, de ordem pública, impondo limites à aquisição de terras com fins especulativos, bem como aprimorando mecanismos de fiscalização e controle para que o direito à propriedade seja garantido àqueles que cumprem a função social a ela inerente.

Por isso, a terra agrícola não pode ser meramente convertida em ativo líquido, nem ser tolerada pelos Estados a sua condição de reserva de valor pelos proprietários, ou seja, o seu uso não produtivo, o que impõe uma atuação estatal interventiva no mercado da terra, restringindo a liquidez da renda, em virtude de que a terra, como bem econômico, por possui oferta rígida e limitada, não é capaz de se reproduzir como o trabalho e o capital.

Assim, a dificuldade da política em contornar os interesses do capital deve ser operacionalizada a partir da regulação do uso da terra, mesmo aquelas adquiridas para fins especulativos, impondo aos possuidores o uso

voltado aos interesses nacionais, tendo em vista o direito universal do acesso à terra.

Referências

ALVIM, Augusto Mussi. Investimentos Estrangeiros Diretos e suas Relações com os Processos, Causas e Efeitos da Concentração e Estrangeirização das Terras no Brasil. [http://www.iica.int/Esp/regiones/sur/brasil/Lists/DocumentosTecnicosAbertos/Attachments/532/Augusto Mussi - NEAD - produto final.pdf](http://www.iica.int/Esp/regiones/sur/brasil/Lists/DocumentosTecnicosAbertos/Attachments/532/Augusto%20Mussi%20-%20NEAD%20-%20produto%20final.pdf).

BARROS, Alexandre Mendonça de, PESSÔA, André (Orgs.). Impactos Econômicos do Parecer da AGU (Advocacia Geral da União), que impõe restrições à aquisição e arrendamento de terras agrícolas por empresas brasileiras com controle do capital detido por estrangeiros. Disponível em <http://www.souagro.com.br/agricultores-defendem-liberdade-para-investimentos-estrangeiros>.

BORGES, Antonino Moura. Curso Completo de Direito Agrário. 3ª ed. São Paulo: Cl Edijur, 2009.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 22/2/2017

_____. Lei 4.504, de 30 de novembro de 1964. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4504.htm. Acesso em 22/2/2017

_____. Lei 5.709, de 2 de outubro de 1971. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5709.htm. Acesso em 22/2/2017

_____. Lei 8.629, de 25 de fevereiro de 1993. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8629.htm. Acesso em 22/2/2017.

CAMPORA, Mário. CAMPORA, Mário. Notas sobre leyes de tierras en el derecho comparado. Derecho Publico, Año I, Nr. 1. Disponível em http://www.infojus.gov.ar/_pdf_revistas/.

CASTANEDA, Pedro Castillo. El derecho a La tierra y los acuerdos internacionales - El caso Del Peru. Lima, Peru: Centro Peruano de Estudios Sociales, 2009. Disponível em www.cepes.org.pe/.

DELGADO, Sérgio Coronado. Fundamentación del derecho a la tierra y al território. Documento produzido no Centro de Investigación y Educación Popular (Cinep). Disponível em <http://www.ibcperu.org/doc/isis/12326.pdf>. Acesso em 5 de dezembro de 2012.

Grupo Agro Cadesyc. Aportes al proyecto de ley sobre concentración de tierras. Disponível em <http://www.cadesyc.org/agrics21.pdf>. Acesso em 10 de dezembro de 2012

OXFAM. Tierra y poder: El creciente escándalo en torno a una nueva oleada de inversiones em tierras. Informe de OXFAM, 151, 22 de septiembre de 2011. Disponível em www.oxfam.org/files/bp151-land-power-rights-acquisitions-220911-es.pdf.

PERLINGIERI, Pietro. Normas Constitucionais nas Relações Privadas. In Revista da Faculdade de Direito, Rio de Janeiro, UERJ – Renovar, 1998, p. 65.

PIKETTY, Thomas. O Capital no Século XXI. Tradução de Monica Baumgarten de Bolle. 1ª edição. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

REZEK, Gustavo Iias Kallás. Imóvel Agrário (Agrariedade, Ruralidade e Rusticidade). 1ª reimpressão. Curitiba: Juruá Editora, 2008.

SODERO, Fernando Pereira. Direito Agrário e Reforma Agrária. São Paulo: Livraria Legislação Brasileira Ltda., 1968.

WORLDBANK. Rising Global Interest in Farmland. Disponível em siteresources.worldbank.org/INTARD/.

ZIBETTI, Darcy Walmor. Aquisição e exploração de imóvel rural por estrangeiro. 1ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

NOTAS

[1] PIKETTY, Thomas. O Capital no Século XXI. Tradução de Monica Baumgarten de Bolle. 1ª edição. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014, p. 555.

[2] ZIBETTI, Darcy Walmor. Aquisição e exploração de imóvel rural por estrangeiro. 1ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 247.

[3] BARROS, Alexandre Mendonça de, PESSÔA, André (Orgs.). Impactos Econômicos do Parecer da AGU (Advocacia Geral da União), que impõe restrições à aquisição e arrendamento de terras agrícolas por empresas brasileiras com controle do capital detido por estrangeiros. Disponível em <http://www.souagro.com.br/agricultores-defendem-liberdade-para-investimentos-estrangeiros>.

[4] CAMPORA, Mário. CAMPORA, Mário. Notas sobre leyes de tierras en el derecho comparado. Derecho Publico, Ano I, Nr. 1. Disponível em http://www.infojus.gov.ar/_pdf_revistas/, p. 96.

[5] REZEK, Gustavo Ilias Kallás. Imóvel Agrário (Agrariedade, Ruralidade e Rusticidade). 1ª reimpressão. Curitiba: Juruá Editora, 2008, p.190.

[6] SODERO, Fernando Pereira. Direito Agrário e Reforma Agrária. São Paulo: Livraria Legislação Brasileira Ltda., 1968, p. 89.

[7] ALVIM, Augusto Mussi. Investimentos Estrangeiros Diretos e suas Relações com os Processos, Causas e Efeitos da Concentração e Estrangeirização das Terras no Brasil. [http://www.iica.int/Esp/regiones/sur/brasil/Lists/DocumentosTecnicosAbertos/Attachments/532/Augusto Mussi - NEAD - produto final.pdf](http://www.iica.int/Esp/regiones/sur/brasil/Lists/DocumentosTecnicosAbertos/Attachments/532/Augusto_Mussi_-_NEAD_-_produto_final.pdf).

[8] BORGES, Antonino Moura. Curso Completo de Direito Agrário. 3ª ed. São Paulo: CI Edijur, 2009, p. 63.

[9] CASTANEDA, Pedro Castillo. El derecho a La tierra y los acuerdos internacionales - El caso Del Peru. Lima, Peru: Centro Peruano de Estudios Sociales, 2009. Disponível em www.cepes.org.pe/.

[10] Grupo Agro Cadesyc. Aportes al proyecto de ley sobre concentración de tierras. Disponível em <http://www.cadesyc.org/agrics21.pdf>. Acesso em 10 de dezembro de 2012.

[11] In Rising Global Interest in Farmland. Disponível em siteresources.worldbank.org/INTARD/.

[12] Tierra y poder: El creciente escándalo en torno a una nueva oleada de inversiones em tierras. Informe de OXFAM, 151, 22 de septiembre de 2011. Disponível em www.oxfam.org/files/bp151-land-power-rights-acquisitions-220911-es.pdf.

[13] PERLINGIERI, Pietro. Normas Constitucionais nas Relações Privadas. In Revista da Faculdade de Direito, Rio de Janeiro, UERJ – Renovar, 1998, p. 65.

[14] DELGADO, Sérgio Coronado. *Fundamentación del derecho a la tierra y al territorio. Documento produzido no Centro de Investigación y Educación Popular (Cinep)*. Disponível em <http://www.ibcperu.org/doc/isis/12326.pdf>. Acesso em 5 de dezembro de 2012.

[15] Grupo Agro Cadesyc. Aportes al proyecto de ley sobre concentración de tierras. Disponível em <http://www.cadesyc.org/agrics21.pdf>. Acesso em 10 de dezembro de 2012.

[16] BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 83.

O DIREITO À DRENAGEM DE ÁGUAS PLUVIAIS COMO PILAR ESTRUTURANTE DO DIREITO AO SANEAMENTO BÁSICO

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. Direito à Drenagem de Águas Pluviais. Estatuto das Cidades.

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 O Direito à Drenagem de
Águas Pluviais como pilar estruturante do Direito ao Saneamento Básico

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 arrimada 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 N.º. 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, primacialmente 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

peças, 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.º 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 Nº. 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 subsiste 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 empresariais 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 regradadas 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 afiança 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 colocar em 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 O Direito à Drenagem de Águas Pluviais como pilar estruturante do Direito ao Saneamento Básico

Em um primeiro comentário, o acesso ao saneamento básico, na condição de direito fundamental, integra o rol dos direitos humanos sociais, responsável por desempenhar função eficaz para a realização da dignidade da pessoa humana, justiça social, igualdade formal e material, com o escopo de assegurar a erradicação da pobreza e da promoção do bem-estar social e ambiental de todos os cidadãos. É fundamental, dessa sorte, reconhecer o direito ao saneamento básico e integrá-lo ao rol dos direitos

fundamentais sociais que integram a garantia do mínimo existencial como elemento constituinte da dignidade da pessoa humana, considerando, sobremaneira, o acesso ao saneamento como um direito essencial para o pleno desfrute da vida humana. Tal consequência, inclusive, advém, em sede de legislação infraconstitucional, da construção de um marco regulatório voltado especificamente para tal temática.

Ora, é fato que o estabelecimento de uma legislação nacional de resíduos sólidos encontra arrimo na premissa alargada propiciada pelo princípio constitucional do meio ambiente ecologicamente equilibrado, o qual incide, inclusive, em sua materialização artificial, ou seja, no ambiente humanamente edificado e modificado. Nesta linha, a gestão dos resíduos sólidos, assim como dos rejeitos passa a ter subsistema próprio que imprescindivelmente reclama interpretação em face do direito ao saneamento básico como garantia de bem-estar assegurado aos habitantes das cidades, consagrado expressamente na Constituição Federal[34]. De outro ângulo, a legislação de regência dos resíduos sólidos deve ser estruturada em uma política concreta de desenvolvimento urbano por parte dos municípios, buscando a promoção da dignidade da população urbana. Consoante magistério apresentado por Celso Fiorillo, “assim, as regras jurídicas que se aplicam aos resíduos sólidos continuaram a ter gênese constitucional em face da tutela jurídica do meio ambiente artificial”[35].

Igualmente, o direito ao saneamento básico consiste num conjunto de serviços, infraestruturas e instalações operacionais de abastecimento de água potável; esgotamento sanitário (coleta, transporte e disposição final adequados de esgotos sanitários); limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos; drenagem e manejo das águas pluviais urbanas. Nesta linha de dicção, o serviço de drenagem de águas pluviais insere-se no direito social ao saneamento básico, providência umbilicalmente atrelada ao direito à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, encontrando, em decorrência de tal tábua axiológica, sustentação nos artigos 196 e 225 da Constituição da República Federativa do Brasil. Em tom de complementação, como desdobramento maior advindo do reconhecimento do acesso ao saneamento básico como direito social, o direito à drenagem de águas pluviais afigura como elemento estruturante de efetivação dos direitos sociais, porquanto assegura a estruturação de elementos mínimos, porém imprescindíveis para o desenvolvimento

humano. Sobre tal aspecto, o Superior Tribunal de Justiça em plasmado entendimento, já se posicionou:

Ementa: Processual Civil e Administrativo. Repasse de verba pela União. Restrição cadastral no CAUC e no SIAFI. Suspensão dos efeitos apenas quanto aos repasses que visem à execução de ações sociais ou em faixa de fronteira. Art. 26 da Lei 10.522/2002. Abrangência do termo “ações sociais”. [...] 2. O termo "ação social" presente na mencionada lei diz respeito às ações que objetivam o atendimento dos direitos sociais assegurados aos cidadãos, cuja realização é obrigatória por parte do Poder Público, como aquelas mencionadas na Constituição Federal, nos artigos 6º, 193, 194, 196, 201, 203, 205, 215 e 217 (alimentação, moradia, segurança, proteção à maternidade e à infância, assistência aos desamparados, ordem social, seguridade social, saúde, previdência social, assistência social, educação, cultura e desporto). 3. O direito à infraestrutura urbana e o direito aos serviços públicos, os quais abarcam o direito à pavimentação e drenagem de vias públicas, compõem o rol de direitos que dão significado à garantia do direito a cidades sustentáveis, conforme previsão do art. 2º da Lei 10.257/2001 - Estatuto das Cidades. [...] (Superior Tribunal de Justiça – Segunda Turma/ REsp 1.527.308/CE/ Relator: Ministro Herman Benjamin/ Julgado em 16.06.2015/ Publicado no DJe em 05.08.2015).

Ementa: Processual Civil. Administrativo. Repasse de verba pela União. Restrição cadastral no CAUC e no SIAFI. Suspensão dos efeitos apenas quanto aos repasses que visem à execução de ações sociais ou em faixa de fronteira. Art. 26 da Lei 10.522/2002. Abrangência do termo “ações sociais”. [...] 3. O termo "ação social" presente na mencionada lei diz respeito às ações que objetivam o atendimento dos direitos

sociais assegurados aos cidadãos, cuja realização é obrigatória por parte do Poder Público, como aquelas mencionadas na Constituição Federal, nos artigos 6º, 193, 194, 196, 201, 203, 205, 215 e 217 (alimentação, moradia, segurança, proteção à maternidade e à infância, assistência aos desamparados, ordem social, seguridade social, saúde, previdência social, assistência social, educação, cultura e desporto). 4. O direito à infraestrutura urbana e o direito aos serviços públicos, os quais abarcam o direito à pavimentação e drenagem de vias públicas, compõem o rol de direitos que dão significado à garantia do direito a cidades sustentáveis, conforme previsão do art. 2º da Lei 10.257/2001 - Estatuto das Cidades. [...] (Superior Tribunal de Justiça – Segunda Turma/ AgRg no AgRg no REsp 1.416.470/CE/ Relator: Ministro Herman Benjamin/ Julgado em 04.11.2014/ Publicado no DJe em 27.11.2014).

Ora, é ofuscante que a prestação de saneamento básico contribui, diretamente, para a redução da poluição, seja pela coleta e tratamento do esgoto, agentes poluentes e degradantes do meio ambiente, seja pela limpeza urbana. Desta sorte, o meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo, essencial à sadia qualidade de vida, certamente é preservado, com a observância destas prestações de saneamento básico. Pode-se denotar, destarte, que a adoção de medidas tendentes à implantação de saneamento básico, compreendida a drenagem de águas pluviais, consiste em atividade de cunho preventivo na área da saúde, já que tendente à redução do risco de doenças. Em decorrência de seu aspecto de direito fundamental, o direito à drenagem de águas pluviais não pode encontrar obstáculo com o argumento de reserva do possível, comumente utilizado pela Administração Pública para efetivação dos direitos de índole programático, em especial no que concerne ao núcleo sensível condensado na temática em apreço.

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: . Acesso em 05 mar. 2016.

_____. **Lei nº 6.803, de 02 de julho de 1980**. Dispõe sobre as diretrizes básicas para o zoneamento industrial nas áreas críticas de poluição, e dá outras providências. Disponível em: . Acesso em 05 mar. 2016.

_____. **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: . Acesso em 05 mar. 2016.

_____. **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: . Acesso em: 05 mar. 2016.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: . Acesso em 05 mar. 2016.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: . Acesso em 05 mar. 2016.

_____. **Tribunal Regional Federal da Primeira Região**. Disponível em: . Acesso em 05 mar. 2016.

_____. **Tribunal Regional Federal da Segunda Região**. Disponível em: . Acesso em 05 mar. 2016.

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: . Acesso em 05 mar. 2016.

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: . Acesso em 05 mar. 2016.

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

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: . Acesso em 05 mar. 2016.

NOTAS:

[1] VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: . Acesso em 05 mar. 2016.

[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: . Acesso em 05 mar. 2016.

[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: . Acesso em 05 mar. 2016.

[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: . Acesso em 05 mar. 2016.

[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: . Acesso em 05 mar. 2016.

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

[9] BRASIL. **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: . Acesso em 05 mar. 2016.

[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 Nº 4.029/AM. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei Federal Nº 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: . Acesso em 05 mar. 2016.

[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: . Acesso em 05 mar. 2016: “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 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: . Acesso em 05 mar. 2016.

[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: . Acesso em 05 mar. 2016.

[18] BRASIL. **Lei N° 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: . Acesso em: 05 mar. 2016..

[19] FIORILLO, 2012, p. 467.

[20] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: . Acesso em: 05 mar. 2016..

[21] FIORILLO, 2012, p. 549.

[22] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: . Acesso em: 05 mar. 2016..

[23] FIORILLO, 2012, p. 549.

[24] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: . Acesso em: 05 mar. 2016.

[25] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: . Acesso em: 05 mar. 2016. “**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: . Acesso em: 05 mar. 2016. “**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: . Acesso em: 05 mar. 2016. “**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: .
Acesso em: 05 mar. 2016.

[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: .
Acesso em: 05 mar. 2016.

[33] FIORILLO, 2012, p. 580.

[34] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: . Acesso em 05 mar. 2016.

[35] FIORILLO, 2012, p. 384.



UNIDADE DE ENSINO SUPERIOR DOM BOSCO - UNDB
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

ALEXANDER BARBOSA FERNANDES DOS SANTOS

**A CIDH E A LEI DE ANISTIA NO BRASIL: (IM)POSSIBILIDADE JURÍDICA DE
COMPELIR O ESTADO BRASILEIRO AO CUMPRIMENTO DA SENTENÇA
PROLATADA NO CASO “ARAGUAIA”.**

São Luís

2016

ALEXANDER BARBOSA FERNANDES DOS SANTOS

**A CIDH E A LEI DE ANISTIA NO BRASIL: (IM)POSSIBILIDADE JURÍDICA DE
COMPELIR O ESTADO BRASILEIRO AO CUMPRIMENTO DA SENTENÇA
PROLATADA NO CASO “ARAGUAIA”.**

Trabalho monográfico apresentado ao curso de Direito da Unidade de Ensino Superior Dom Bosco - UNDB como requisito para obtenção do grau de bacharel em direito.

Orientador(a): Prof. Me. Arnaldo Vieira Sousa

São Luís

2016

Santos, Alexander Barbosa Fernandes dos

A CIDH e a lei de anistia no Brasil: (im)possibilidade jurídica de compelir o estado brasileiro ao cumprimento da sentença prolatada no caso “Araguaia”./ Alexander Barbosa Fernandes dos Santos. __ São Luís, 2016.

69f.

Orientador (a): Prof. Me. Arnaldo Vieira Sousa.
Monografia (Graduação em Direito) - Curso de Direito - Unidade de Ensino Superior Dom Bosco, 2016.

**A CIDH E A LEI DE ANISTIA NO BRASIL: (IM)POSSIBILIDADE JURÍDICA DE
COMPELIR O ESTADO BRASILEIRO AO CUMPRIMENTO DA SENTENÇA
PROLATADA NO CASO “ARAGUAIA”.**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em
Direito da Unidade de Ensino Superior Dom Bosco,
como requisito parcial para obtenção do grau de
Bacharel em Direito.

Aprovada em: ___ / ___ /2016

BANCA EXAMINADORA

Prof. Me. Arnaldo Vieira Sousa
Unidade de Ensino Superior Dom Bosco – UNDB

Prof. Dr. Diogo Almeida Viana dos Santos
Examinador

Prof. Ma. Gabriela Heckler
Examinadora

AGRADECIMENTOS

Nenhuma vitória é órfã. Ninguém vence sozinho. Ciente disso, sabendo que a conquista de concluir esta monografia não foge deste parâmetro, como não poderia ser diferente, tenho muito a quem agradecer.

Aos meus pais, por todo auxílio e esforço que empreenderam – e ainda empreendem – para que eu possa ser educado. Pelo amor, incentivo e presença durante toda a minha vida. A eles que, muitas vezes, renunciaram às próprias aspirações e desejos para que eu pudesse cumprir os meus.

Aos meus tios e tias que, no início da minha jornada no curso de direito, com tanto carinho, afeição e disponibilidade, acolheram-me e me auxiliaram aqui em São Luís, para que pudesse cursar e concluir a graduação – ainda em curso, mas em vias de ser concluída. Aos meus avós maternos, pelo incentivo de sempre na educação, afeto e pela maneira com a qual cuidaram e cuidam de mim durante toda a minha formação enquanto pessoa. À minha avó paterna e à memória do meu avô paterno, pelas mesmas razões.

Ao meu sempre presente e acessível orientador, prof. Arnaldo (~~vulgo “aquele que não deve ser nomeado”~~), pela orientação, mestre que, desde o início do grupo de extensão, suscitou (e ainda suscita) os debates mais instigantes a respeito da justiça de transição brasileira, o que, por certo, gerou a inspiração necessária ao desenvolvimento desta pesquisa. Também aos demais professores do curso, pois cada um deles ajudou, em maior ou menor grau, a construir minha formação acadêmica.

Um agradecimento especial ao prof. Adriano, que durante a monitoria me guiou nos primeiros passos, cuidadosamente, apontando meus erros, em como é trabalhar e conviver em sala de aula, o que, certamente, ajudou bastante na minha formação. Pelas lições de direito penal, que foram muito úteis para o deslinde deste trabalho.

Aos meus amigos e colegas de turma. Vocês, com quem tanto convivo e que tanto me fazem bem. Pelo prazer da convivência, ajuda e pelas sempre valorosas discussões (sobre direito ou não). A Thaynara, Aline, Vitor, Wenderson, Gabriel, Amanda, Camila, Dani, Carla,

Julya, Isis, Paulo, Gustavo, Lana e todos os outros. São boa parte do mais importante que levarei da UNDB. Com agradecimento destacado à Carol, sempre disposta a fornecer suas anotações das aulas para que eu possa me guiar com mais facilidade no estudo das disciplinas. Sem essa colaboração, com certeza, não haveria logrado êxito no transcorrer da graduação da forma como vem acontecendo, e nem haveria poupado o tão precioso tempo para dedicar a esta monografia.

Aos meus amigos que não são colegas de turma. Pela convivência, amizade e disposição. Pela ajuda na minha formação como pessoa e pelas discussões sempre frutíferas, ainda que divergentes (afetas ou não ao objeto desta pesquisa). Ao Khalleb, Daniel, Matheus, Rogério, Hebrano, Dinart, e todos os outros. Representam, também, parte do que de melhor levo comigo.

Aos meus supervisores. Ao Dr. Fabrício Santos Dias, a quem muito admiro pela competência imensurável com a qual ajudou a mim nas primeiras linhas, das primeiras minutas, das primeiras peças, do primeiro estágio, na defesa do erário. Pela forma com a qual sempre soube apontar e corrigir, com paciência, os meus equívocos – dos erros de português aos de direito.

Ao Dr. Rodolfo Soares Ribeiro Lopes, pela supervisão espetacular e amizade - já no segundo estágio, e na defesa dos interesses de quem mais precisa de um sopro de esperança e acesso ao poder judiciário. Também pela competência indescritível com a qual me ajudou (e ainda ajuda) a caminhar enquanto estudante e futuro jurista. Fico feliz pela sorte de ter sido por ele assistido durante sua breve passagem em São Luís como defensor público. Pela ajuda com a indicação bibliográfica, nesta monografia, sem a qual, por certo, não haveria como concluir o trabalho.

Ao Dr. Álvaro Veras, ou, simplesmente “Álvaro”, como gosta de ser chamado (☹ Sr: ~~“não sou doutor, meu nome não é doutor, não me chame assim”~~). Pelo incentivo, oportunidade e supervisão suplementar na DPU. A quem também muito admiro por ser tão grande (competente) e ao mesmo tempo tão pequeno (humilde), se é que me permitem a metáfora. Pelas lições dentro e fora do ofício.

Aos meus amigos colegas de estágio. Pela amizade, convívio, pela ajuda durante as dúvidas, pelas discussões que sempre muito acrescentam. Aos servidores da DPU, que, apesar da carência de recursos, estão sempre atuando da forma possível no único afã de trazer

o serviço público de assistência jurídica da melhor maneira. As Lorena(s), Sabrina, Aline, Thales, Orlando, Louremar, Luciana, Lara, Vatusi, Nathalia, e todos os outros. Com um agradecimento destacado à JB, sabemos eu e ele o porquê. São vocês, com certeza, parte do que de mais especial vou levar da DPU.

Aos funcionários da UNDB, em especial a Samira e Arthur, pela competência com a qual desempenham seu labor, junto a todos os demais.

Também àquela carinhosamente chamada “tia da Hilux”. Por sua atividade na venda de lanches, que tanto me nutriu e tanto foram essenciais para que pudesse me desenvolver durante todos estes períodos.

Á Geizy, ou “neném”, como amorosamente a chamo. Porque existe na minha vida e porque foi - e é - tão compreensiva na minha ausência, durante a confecção deste trabalho e todas as outras coisas que, por mais importantes que sejam, acabam subtraindo o precioso tempo do qual disponho para ficar ao seu lado.

Caía a tarde feito um viaduto
E um bêbado trajando luto
Me lembrou Carlitos
A lua tal qual a dona do bordel
Pedia a cada estrela fria
Um brilho de aluguel
E nuvens lá no mata-borrão do céu
Chupavam manchas torturadas
Que sufoco!
Louco!
O bêbado com chapéu-coco
Fazia irreverências mil
Pra noite do Brasil
Meu Brasil!
Que sonha com a volta do irmão do Henfil
Com tanta gente que partiu
Num rabo de foguete
Chora
A nossa Pátria mãe gentil
Choram Marias e Clarisses
No solo do Brasil

Mas sei que uma dor assim pungente
Não há de ser inutilmente
A esperança
Dança na corda bamba de sombrinha
E em cada passo dessa linha
Pode se machucar
Azar!
A esperança equilibrista
Sabe que o show de todo artista
Tem que continuar

João Bosco e Aldir Blanc
- O bêbado e o equilibrista

RESUMO

Este trabalho monográfico objetiva investigar qual o alcance e os limites da tutela internacional de direitos humanos efetuada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), especificamente, no caso “Araguaia”, após a Decisão do STF nos autos da ADPF nº 153. Notadamente naquilo que tange à (im)possibilidade jurídica de compelir o Estado brasileiro ao cumprimento da decisão proferida pela CIDH, quando contrária a precedente do STF. São relatadas as violações objeto da apreciação da Corte Internacional, tecendo considerações a respeito da eficácia da lei de anistia após sua declaração de constitucionalidade pelo STF para, então, explanar-se uma abordagem jurídica a respeito de quais os mecanismos dispomos (ou não) para executar a decisão proferida pela CIDH, nesse cenário específico. É feito um breve relato a respeito do contexto histórico onde se deu o levante nominado “guerrilha do Araguaia” – que deu azo às violações apreciadas pela CIDH –, bem como um estudo a respeito do teor da própria decisão do STF e da CIDH, contrapondo ambos os entendimentos. Isso, para se concluir que o precedente da Suprema Corte deve ser superado, de modo que é possível executar comando da Corte Internacional tanto internamente (em âmbito doméstico/nacional) quanto externamente.

Palavras chave: Caso “Araguaia”. CIDH. Justiça de Transição. Lei de Anistia. Tutela internacional dos direitos humanos.

ABSTRACT

This monograph aims to investigate what the scope and limits of the international protection of human rights carried out by the Inter-American Court of Human Rights (IACHR), in the case "Araguaia", after the Supreme Court decision in the case of ADPF No. 154. Notably what terms the (in) possibility to compel the Brazilian government to comply with the decision of the IACHR, when contrary to the precedent of the Supreme Court. Are reported the appreciation object violations of the International Court, with considerations regarding the effectiveness of the amnesty law after its declaration of constitutionality by the Supreme Court to then explain a legal approach as to what mechanisms we have (or not) to perform decision of the Commission. It made a brief report about the historical context in which it gave the named uprising "Araguaia guerrilla" - which gave rise to the violations examined by the IACHR -, as well as a study on the own decision of the content of the Supreme Court and the IACHR, opposing both understandings. This, to conclude that the precedent of the Supreme Court must be overcome, so that you can run command of the International Court both internally (in domestic / national) and externally.

Keywords: Case "Araguaia". CIDH. Transitional justice. International protection of human rights. Brazilian Amnesty Law.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI:	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADCT:	Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
ADPF:	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
CADH:	Convenção Americana de Direitos Humanos
CIDH:	Corte Interamericana de Direitos Humanos
CIDH:	Comissão Interamericana de Direitos Humanos
CNV:	Comissão Nacional da Verdade
CRFB:	Constituição da República Federativa do Brasil
Min.:	Ministro
MC ADI:	Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade
MP:	Ministério Público
OAB:	Ordem dos Advogados do Brasil

OEA:	Organização dos Estados Americanos
ONU:	Organização das Nações Unidas
PCdoB:	Partido Comunista do Brasil
PGR:	Procuradoria Geral da República
PSOL:	Partido Socialismo e Liberdade
STF:	Supremo Tribunal Federal
TPI:	Tribunal Penal Internacional

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	14
2	AS GRAVES VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS NO CONTEXTO DO “CASO ARAGUAIA” ANALISADAS NA DECISÃO PROFERIDA PELA CIDH.....	17
2.1	Breves considerações a respeito da tipificação de crimes no direito internacional e dos crimes de lesa-humanidade.....	17
2.2	As graves violações objeto de apreciação pela CIDH no caso “Araguaia” e posição da Corte.....	22
3	A EFICÁCIA E O ALCANCE DA LEI DE ANISTIA BRASILEIRA APÓS A DECISÃO DO STF NOS AUTOS DA ADPF 153.....	30
3.1	O entendimento adotado pelo STF nos autos da ADPF nº	30

153/DF	
3.1.1	A Lei nº 6683/73 como “Lei-medida” e a impossibilidade de controle judicial da Lei de Anistia..... 31
3.1.2	A limitação temporal da força vinculante dos atos normativos internacionais e a Natureza das infrações penais abarcados pela conexão criminal..... 32
3.1.3	O princípio da legalidade em âmbito criminal e a irretroatividade da Lei mais gravosa. A Constituição de 1969 como parâmetro para analisar a Lei de Anistia..... 33
3.1.4	O caráter bilateral, amplo e irrestrito da Lei de Anistia Nacional. A Lei de Anistia como ato político e discricionário..... 34
3.1.5	A Lei de anistia como pressuposto para uma transição do regime de exceção para um Estado de Democrático..... 35
3.2	Críticas feitas à posição adotada pela Corte Nacional 36
3.2.1	O caráter coletivo da Lei de Anistia a impossibilidade de sua caracterização como “Lei-medida”..... 37
3.2.2	A postura contraditória dos Precedentes do STF. A CRFB de 1988 como parâmetro para analisar a Lei de Anistia..... 38
3.2.3	A natureza de Lesa-humanidade dos crimes praticados durante o regime militar..... 40
3.2.4	A superação do argumento a respeito da irretroatividade da Lei penal mais gravosa..... 40
3.2.5	O limite temporal da competência contenciosa da CIDH e a eficácia dos atos normativos internacionais. Superação do argumento de que a Anistia foi condição para a instalação de um Estado democrático..... 43
3.2.6	Justiça de transição..... 46
3.2.7	A tese da razão sem voto..... 48

4	A (IM)POSSIBILIDADE JURÍDICA DE COMPELIR O ESTADO BRASILEIRO AO CUMPRIMENTO DA SENTENÇA, PROLATADA PELA CIDH, NO CASO ARAGUAIA.....	50
4.1	O papel das Cortes Internacionais no plano da aplicação dos Direitos Humanos.....	50
4.2	Os meios de execução das Sentenças exaradas pela CIDH no ordenamento brasileiro.....	53
4.2.1	A discussão e possível desfecho da ADPF N° 320/DF.....	56
5	CONCLUSÃO.....	58
	REFERÊNCIAS.....	62

INTRODUÇÃO

O evento nominado “Guerrilha do Araguaia” foi um levante histórico, ocorrido na década de 70, fruto da insurgência de militantes do Partido Comunista do Brasil (PCdoB) e opositores políticos que, durante o regime militar, opuseram-se ao Estado de exceção que seguiu o 31 de março de 1964. Foram diversas as investidas militares empreendidas pelo Estado brasileiro no afã de sufocar a insurgência. Neste processo de reprimenda, muitos excessos foram cometidos pelos agentes do Estado, que, nesta qualidade, patrocinaram várias violações de direitos humanos, tais como execuções extrajudiciais sumárias, prisões arbitrárias, desaparecimentos forçados e torturas.

Após a transição para um Estado de direito, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, diversos familiares e algumas vítimas dos que se opuseram ao regime militar durante a falada Guerrilha buscaram, pela via judicial interna, a persecução penal e responsabilização individual dos agentes do Estado da repressão.

Contudo, como é cediço, a Lei de Anistia nacional, promulgada em 1979, tornou impossível a responsabilização de “todos quantos houvessem cometido crimes políticos ou conexos a estes, no período de 2 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979”. Decisão do STF, nos autos da ADPF n° 153, em abril de 2010, confirmou a compatibilidade da mencionada lei com a Constituição Federal – confirmando, na integralidade, os efeitos do ato normativo em questão. Sendo que a interpretação do STF inclui torturas, execuções e demais violações tipificadas como crimes comuns, como sendo abarcadas pela anistia cedida pelo Congresso.

Ocorre que, em dezembro de 2010, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), ao julgar graves violações de direitos humanos ocorridas durante a dita “Guerrilha do Araguaia” (1972/1975), considerou que a Lei de Anistia brasileira é incompatível com a Convenção Americana de Direitos Humanos e determinou ao país, dentre outras coisas, que, nesse caso concreto, promova as investigações e responsabilize os agentes do Estado que, nessa qualidade, atuaram em detrimento dos direitos humanos das vítimas, além de ter estabelecido que o governo brasileiro deveria apurar os fatos relativos a esse evento histórico e reparar civilmente as vítimas e os familiares.

Em decorrência deste embaraço e desencontro de entendimentos entre o STF e a CIDH, e da inércia do Estado brasileiro, a propósito, cerca de três anos e meio após a sentença da Corte Internacional, o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), já em maio do ano de 2014,

ajuizou uma nova ADPF, de nº 320, perante o Supremo Tribunal¹ objetivando que esta Corte reconhecesse o efeito vinculante da sentença proferida pela CIDH (ainda aguardando julgamento).

Assim, pergunta-se: não obstante a lei de anistia e o julgamento do STF, é juridicamente (im)possível compelir o Estado brasileiro ao cumprimento da sentença proferida, pela CIDH, no caso “Araguaia”?

Especificamente, indaga-se: como se deram as graves violações de direitos humanos na "Guerrilha do Araguaia" que foram objeto de apreciação pela CIDH? Qual a eficácia e o alcance da lei de anistia brasileira após a decisão do STF nos autos da ADPF 153? É juridicamente (im)possível falar em algum mecanismo para compelir o Estado Brasileiro ao cumprimento da sentença proferida pela CIDH no caso Araguaia?

Assim, esta pesquisa se destina, de modo geral, a investigar qual a eficácia, extensão e os limites da decisão exarada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), proferida no caso “Guerrilha do Araguaia”, frente à Lei de Anistia do Brasil e sua declaração de constitucionalidade pelo STF, nos autos ADPF nº 153.

Além do que, busca-se: i) relatar como se deram as graves violações de direitos humanos no contexto da "Guerrilha do Araguaia", no que toca aos fatos que foram objeto da decisão exarada pela CIDH – tecendo-se breves comentários sobre a tipificação dos crimes na ordem internacional e a própria ideia de “graves violações de direitos humanos”; ii) discutir a eficácia e o alcance da Lei de anistia brasileira após sua declaração de constitucionalidade pelo STF; iii) apontar a (im)possibilidade jurídica ou a existência de algum mecanismo para compelir o Estado brasileiro ao cumprimento da sentença, proferida pela CIDH, no caso Araguaia.

Partindo de uma análise inicial, portanto ainda precária, a hipótese a respeito da questão geral do trabalho é a de que não existe, na seara do direito internacional, mecanismo capaz de compelir o Estado brasileiro ao cumprimento da decisão proferido pela CIDH, no caso Araguaia.

Especificamente, as hipóteses iniciais são de que a declaração de constitucionalidade da lei de anistia, pelo STF, não exclui a necessidade de um juízo da *convencionalidade* a respeito da aludida norma, de modo que ela não deve ser aplicada ao caso “Araguaia”, nem ser obstáculo ao cumprimento da decisão elaborada pela CIDH.

¹ <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=267078>

Igualmente, a ideia inaugural é de que as graves violações de direitos humanos ocorridas durante a guerrilha do Araguaia se deram de uma forma tão brutal, que, de fato, foi necessária a intervenção da CIDH para o julgamento do caso.

Por fim, também *prima facie*, a noção é de que, embora legítima e dotada de imperatividade, a decisão da CIDH não dispõe de um meio jurídico capaz de compelir o Estado brasileiro a respeitar suas decisões – para além do constrangimento político internacional.

O interesse em escrever a respeito da temática surgiu quando comecei a frequentar um grupo de extensão que trata do processo de justiça transacional do Brasil, sob orientação do Prof. Me. Arnaldo Vieira. Assim, em uma perspectiva pessoal, considerando o valor dado ao sofrimento e desamparo das vítimas, a elaboração da pesquisa se justifica, pois nos aproximará de uma resposta sobre qual é a responsabilidade do Estado brasileiro e dos seus agentes, após a transição para um regime democrático, por atos praticados durante o período de exceção.

Na sua faceta social, a pesquisa busca discutir qual amparo podem receber as vítimas e familiares que sofreram graves violações de direitos humanos, durante o período de exceção, logo após a mudança para o regime democrático.

Por um viés científico - jurídico, a pesquisa se fundamenta por explorar o escasso debate a respeito da autonomia e autoridade da CIDH, no que se refere à eficácia da tutela internacional de Direitos Humanos, no contexto do nosso processo de justiça de transição (na mudança de Estado regime de exceção para um Estado de direito).

Ademais, a atualidade do tema, considerando que o STF ainda não se pronunciou oficialmente a respeito da aludida decisão da CIDH, também confere um fundamento para elaboração da pesquisa.

A respeito da metodologia, trata-se de pesquisa que, no que tange ao método de abordagem, possui natureza hipotético-dedutiva, uma vez que a partir das hipóteses gerais listadas busca desenvolver um raciocínio para alcançar a resposta para as questões do caso concreto.

Utilizando a classificação de Gil (2008), quanto aos objetivos, a pesquisa é tida como exploratória, uma vez que tentará dissecar o tema em prol dos objetivos listados. Em relação a seus procedimentos, abrange a natureza bibliográfica e documental recorrendo a teóricos e suas respectivas obras a respeito da temática, além de documentos oficiais.

2 AS GRAVES VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS NO CONTEXTO DO “CASO ARAGUAIA” ANALISADAS NA DECISÃO PROFERIDA PELA CIDH

*“Fico pensando no silêncio,/ nas palavras não ditas/
Nas perguntas todas/ que até hoje nunca/ encontraram respostas/
Até hoje ecoam em minha/ mente as palavras/ de que logo as teria.
Penso no silêncio/ que não cala dentro de mim/
Sabe o que penso?/ Penso que não há justiça no silêncio.
Não há justiça nesta solidão de mãos dadas [...]”.*

- Maria

Antes de adentrar, especificamente, nas graves violações de direitos humanos ou crimes de lesa-humanidade apreciados pela CIDH, no caso em estudo, faremos breves considerações a respeito destes institutos em si, tecendo alguns comentários a respeito da tipificação dos crimes na ordem internacional para, então, logo após, relatarmos quais violações, exatamente, foram objeto de análise da CIDH para condenar o Brasil, contrariando precedente do STF (que será devidamente discutido no capítulo seguinte).

É o que se faz a seguir.

2.1 Breves considerações a respeito da tipificação de crimes no direito internacional e dos crimes de lesa-humanidade

A primeira noção de “crime internacional” remonta a um período anterior a primeira guerra mundial. Condutas como a pirataria eram tidas como “crimes contra o direito das gentes”. Crimes de guerra também eram tomados, numa perspectiva internacional, como violação aos costumes (como fora reconhecido na convenção de Haia, de 1899 e 1907). Entretanto, não havia uma noção de que uma jurisdição internacional apreciasse estes delitos. (TRAINDADE, 2003).

Foi após o desfecho da primeira guerra mundial, e com o julgamento do Tribunal de Nuremberg e de Tóquio que, pela primeira vez, afirmou-se a responsabilidade individual e internacional do indivíduo. De modo que, a partir dos precedentes deixados nestes casos, passou-se a codificar e tipificar as modalidades de crimes no seara internacional.

De um modo geral, como coloca Trindade (2003, p. 168) estes delitos ostentam características comuns que, justamente, os definem como “crimes internacionais”, a saber:

[...] [I] as condutas são levadas a cabo em ataques sistemáticos dirigidos contra qualquer população civil (caso dos crimes contra a humanidade); [II] são atos conduzidos como parte de um plano ou política e são condutas repetidas e em larga escala (caso dos crimes de guerra); [III] são crimes geralmente ordenados por um chefe de Estado, funcionários de alto escalão, líderes políticos ou líderes de grupos criminosos organizados (exceto no caso de agressão).

Atualmente, na doutrina de Mazzuoli (2016), por exemplo, são quatro os delitos tipificados na ordem internacional: i) genocídio²; ii) crimes de guerra³; iii) crimes contra humanidade (de lesa-humanidade); e iv) crimes de agressão.

A ideia de crimes de lesa-humanidade, propriamente dita ou como nomina una parte da doutrina do Direito Internacional “graves violações de direitos humanos” - que é o que mais interessa ao estudo a que se pretende esta monografia -, possui embrião no próprio julgamento de Nuremberg, promovido pelos Aliados, pouco após o desfecho da Segunda Grande Guerra, para julgar os líderes nazistas pelas diversas atrocidades cometidas neste regime alemão. Como bem coloca Sousa (2015, p. 173):

[...] por ser um tribunal de exceção, dos vitoriosos, o Tribunal de Nuremberg, pela isenção e autonomia com que agiram os juízes, apresentou-se como um grande avanço na internacionalização da proteção aos direitos humanos, sendo indiscutível a sua contribuição para a formação das atuais Cortes Internacionais de proteção a esses direitos. Foram quatro as modalidades das acusações nesse tribunal, sendo elas: 1 – Conspiração e atos deliberados de agressão; 2 – Crimes contra a paz; 3 – Crimes de Guerra; e 4 – Crimes contra a Humanidade. Dessas, destaca-se, até então, a inédita modalidade de crimes contra a humanidade [lesa-humanidade].

A primeira tipificação, propriamente dita, dos ditos crimes de lesa-humanidade ocorrera, justamente, no estatuto do Tribunal de Nuremberg, que foi

²O crime de genocídio, por se tratar de um ataque à diversidade humana, é estruturalmente ligado à gestão totalitária. A expressão é a junção do vocábulo grego *genos* (raça, nação ou tribo) e do sufixo latino *cidio* (matar). O termo surgiu oficialmente pela primeira vez na Resolução n. 96, adotada em 11 de dezembro de 1946, pela Assembleia Geral das Nações Unidas, certamente como uma reação às práticas nazistas de genocídio. No entanto, foi a *Convenção para Prevenção e Repressão do Genocídio*, de 1948, o primeiro tratado a conceituar juridicamente o genocídio como um crime internacional. Posteriormente, o genocídio foi separado do conceito de crimes contra a humanidade em razão de suas características próprias (TRINDADE, 2033, P. 168)

³ O conceito de crimes de guerra, atualmente, está descrito e positivado no estatuto de Roma, nos seguintes termos: Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por ‘crimes de guerra’: a) As violações graves às Convenções de Genebra, de 12 de agosto de 1949, a saber, qualquer um dos seguintes atos, dirigidos contra pessoas ou bens protegidos nos termos da Convenção de Genebra que for pertinente: (...) b) Outras violações graves das leis e costumes aplicáveis em conflitos armados internacionais no âmbito do direito internacional, a saber, qualquer um dos seguintes atos: c) Em caso de conflito armado que não seja de índole internacional, as violações graves do art. 3º comum às quatro Convenções de Genebra, de 12 de Agosto de 1949, a saber, qualquer um dos atos que a seguir se indicam, cometidos contra pessoas que não participem diretamente nas hostilidades, incluindo os membros das forças armadas que tenham deposto armas e os que tenham ficado impedidos de continuar a combater devido a doença, lesões, prisão ou qualquer outro motivo (BRASIL, 2002)

posteriormente ratificado pela Organização das Nações Unidas (ONU) (SOUSA, 2015, p. 174)⁴.

Este conceito, com o transcorrer do tempo, foi sendo trabalhado e (re)elaborado pelo direito internacional, servindo de base tanto para Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes Contra a Humanidade, quanto para a criação do Estatuto de Roma – ratificado pelo Brasil, estatuto esse que, como já mencionando anteriormente, dispõe da definição mais expressiva no âmbito de Direito Internacional para crimes desta natureza, como se vê nos seus artigos. 5.1 e 7^os.

No que se refere ao ordenamento interno, o constituinte de 1988, ao estabelecer determinados mandados constitucionais de criminalização, definiu delitos que muito se assemelham àqueles de natureza grave para o direito internacional (art. 5^o, XLII, XLIV)⁶.

Mais. Inobstante a previsão na ordem internacional, como bem concluíram Moreira e Carvalho (2013), caso façamos uma leitura sistemática e mais acurada do texto Magno, podemos inferir que os crimes de lesa-humanidade foram reconhecidos, também, constitucionalmente pelo legislador político.

Isso porque no art. 4^o, II, da Magna Carta, está disposto que o Brasil deve-se reger nas suas relações internacionais pelo princípio de prevalência dos direitos humanos; já no art. 5^o, § 2^o, podemos ler que “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”; temos a submissão do país à jurisdição do Tribunal Penal Internacional, no § 4^o do referido artigo; e a premissa que atribui o status de

⁴CRIMES CONTRA A HUMANIDADE: a saber, homicídio, exterminação, escravidão, deportação, e outros atos desumanos cometidos contra qualquer população civil, antes ou durante guerras; ou perseguições por motivos políticos, raciais ou religiosos na execução de ou em conexão com quaisquer crimes dentro da jurisdição do Tribunal, violando ou não a lei doméstica do país no qual foram perpetrados (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1950) - No original: crimes against the humanity: namely murder, extermination, enslavement, deportation and other inhuman acts done against a civilian population, or persecutions on political, racial or religious grounds, when such acts are done or such persecutions are carried on in execution or for connexion with any crime against Peace or anywar crime.

⁵a) Homicídio; b) Extermínio; c) Escravidão; d) Deportação ou transferência forçada de uma população; e) Prisão ou outra forma de privação da liberdade física grave, em violação das normas fundamentais de direito internacional; f) Tortura; g) Agressão sexual, escravatura sexual, prostituição forçada, gravidez forçada, esterilização forçada ou qualquer outra forma de violência no campo sexual de gravidade comparável; h) Perseguição de um grupo ou coletividade que possa ser identificado, por motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais, religiosos ou de gênero, tal como definido no parágrafo 3o, ou em função de outros critérios universalmente reconhecidos como inaceitáveis no direito internacional, relacionados com qualquer ato referido neste parágrafo ou com qualquer crime da competência do Tribunal; i) Desaparecimento forçado (BRASIL, 2002).

⁶Prática do racismo, da tortura, do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, do terrorismo, dos ditos crimes hediondos e da ação de grupos armados, civis ou militares contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (BRASIL, 1988).

emenda constitucional aos tratados de direitos humanos ratificados pelo país – art. 5º, § 3º, também da Constituição Federal (MOREIRA; CARVALHO, 2013, p. 143-144).

Para Ventura (2011, p. 342), a propósito, a expressão “crimes contra a humanidade/de lesa-humanidade” suporta o peso de um senso coletivo, no qual se misturam testemunhos, criação literária, discursos jurídicos e a imaginação política. Isso porque, como se percebe, seu conceito foi sendo (re)construído, sistematizado e acelerado de um lado, pela construção ideológica de dignidade da pessoa humana; e de outro, das diversas intercorrências a atrocidades perpetradas durante o século XX.

Com estas considerações, é interessante aclarar duas características ontológicas muito peculiares desta modalidade de crime para o direito internacional. A saber: sua imprescritibilidade e seu caráter de norma *jus cogens*.

Mendéz e Covelli (2008, p. 20-22) esclarecem que a imprescritibilidade é a característica que garante a persecução penal de determinados delitos independente do decurso do tempo, e nos crimes de lesa-humanidade é regra geral e integra o costume internacional, possuindo eficácia *erga omnes* para todos os Estados-membros. E, ainda:

Lembrando este caráter dos crimes contra a humanidade, em sua resolução 2338 (XXII) de 18 de dezembro de 1967, anterior à aprovação da Convenção sobre a imprescritibilidade dos crimes de guerra e dos crimes de lesa-humanidade, a Assembleia Geral das Nações Unidas observou, em relação à sua persecução e punição, que **“em nenhuma das declarações solenes, instrumentos ou convenções para o ajuizamento e o castigo por crimes de guerra e por crimes de lesa-humanidade, foi prevista limitação no tempo”** [Grifo nosso].

O dever internacional dos Estados de cumprir e garantir o princípio de imprescritibilidade dos crimes de lesa-humanidade corresponde também ao dever que os Estados têm de garantir, segundo suas obrigações gerais internacionais, o direito de acesso à administração de justiça e o direito de exigir justiça (MENDÉZ; COVELLI, 2008, p. 24-25).

Soares e Bastos (2010, p. 292-293) rememoram que a jurisprudência da própria CIDH, há bastante tempo, em reiterados julgados, sedimentou o seguinte entendimento, no caso *Barrias Altos x Peru*, por exemplo, conforme se vê a seguir:

A prescrição em matéria penal determina a extinção da pretensão punitiva pelo transcurso do tempo e geralmente limita o poder punitivo do Estado para perseguir a conduta ilícita e punir seus autores. Esta é uma garantia que deve ser devidamente observada pelo julgador para todo imputado por um delito. Sem prejuízo do anterior, **a prescrição da ação penal é inadmissível e inaplicável quanto se tratar de violações muito graves aos direitos humanos nos termos o Direito Internacional. A jurisprudência constante e uniforme da Corte assim o**

assinalou (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2001)
[Grifo nosso].

Ademais, enquanto os demais tratados internacionais possuem força de norma infraconstitucional, os tratados de proteção de direitos humanos e garantias fundamentais possuem hierarquia constitucional. São tamanhas a importância e prioridade que são dadas aos direitos fundamentais e à dignidade da pessoa humana, justificadas pelo caráter especial e superior dos tratados no plano internacional, tendo em vista que integram o chamado *jus cogens* (direito cogente e inderrogável) (PIOVESAN, 2014).

Dizer que uma norma, internacionalmente, é detentora do status de *jus cogens* denota uma norma cogente e inderrogável (norma peremptória). Como bem colocam Moreira e Carvalho (2013, p. 159), na comunidade internacional não é sequer necessária a efetiva ratificação de determinado tratado para que eles sejam imperativos: sobrepõem-se à autonomia dos Estados certos princípios e normas internacionais que, por serem de conhecimento e necessidade de aplicação gerais, têm efeitos *erga omnes*.

Isto significa assumir que, mesmo que não fosse o caso de o Brasil haver ratificado tratados e convenções que dispusessem a respeito dos crimes de lesa-humanidade – como os citados anteriormente, apenas por escolher ser parte de uma comunidade internacional, já estaria sujeito à responsabilização internacional em função destes delitos que, além de imprescritíveis, também não admitem anistia política aos seus autores (PIOVESAN, 2009, p. 181-182).

A existência de normas *jus cogens*, no plano internacional dos direitos humanos, deste modo, não se afigura como, propriamente, uma norma-regra ou princípio. Importando a categoria construída por Ávila (2005), elas são definidas como postulados normativos, que, para este autor, seriam normas de “segundo grau”, que não impõem um fim ou um comportamento específico, mas estruturam o dever de realizá-lo. São descrições estruturantes da aplicação de outras normas cuja função é otimizar e efetivar princípios e regras. Desta forma, os postulados não se confundem com os princípios nem com as regras porque não buscam um “fim” nem estabelecem uma “conduta”.

Na doutrina de Bassiouni (1996, p. 67-68), corroborando o que já foi dito pelos autores anteriormente citados, é assente a premissa de que se trata de uma norma peremptória:

The term “jus cogens” means “the compelling law” and, as such, a jus cogens norm holds the highest hierarchical position among all other norms and principles. As a consequence of that standing, jus cogens norms are deemed to be “peremptory” and non-derogable. [...] The legal literature discloses that the following international crimes are jus cogens: aggression, genocide, crimes against humanity, war crimes,

piracy, slavery and slave-related practices, and torture. Sufficient legal basis exists to reach the conclusion that all these crimes are part of jus cogens. This legal basis consists of the following: (1) international pronouncements, or what can be called international *opinio juris*, reflecting the recognition that these crimes are deemed part of general customary law; (2) language in preambles or other provisions of treaties applicable to these crimes which indicates these crimes' higher status in international law; (3) the large number of states which have ratified treaties related to these crimes; and (4) the *ad hoc* international investigations and prosecutions of perpetrators of these crimes⁷.

A consequência de assumir o caráter *Jus cogens* para crimes de lesa-humanidade, é importante dizer, como faz o próprio Bassiouni (1996), implica recohecê-los como um dever e não simplesmente como norma sugestiva. Trata-se de norma imperativa no plano internacional. O que determina ao Estado-membro o dever de responsabilizar (processar e extraditar, se for o caso) independente do local onde estes crimes foram cometido, quem os cometeu (inclusive chefes de Estado), contra qualquer categoria de vítimas que seja e independente do contexto em que se deram (período de guerra de paz). É justamente desse status normativo dos crimes contra humanidade – e destas peculiaridades - que decorre seu caráter *cogente*.

2.2 As graves violações objeto de apreciação pela CIDH no caso “Araguaia”

O evento nominado “Guerrilha do Araguaia” foi um levante histórico, ocorrido na década de 1970, fruto da insurgência de militantes do Partido Comunista do Brasil (PCdoB) que, durante o regime militar, se opuseram ao estado de exceção que seguiu o 31 de março de 1964.

Conforme salientam Afonso e Krsticevic (2011), na década de 1970, o regime militar brasileiro iniciou uma política pública muito intensa de incentivo à ocupação do norte do país. Muitas famílias pobres se dirigiram até a região com a esperança de conseguirem terras. Com a extinção dos partidos políticos e a perseguição dos membros remanescentes,

⁷O termo "jus cogens" significa "lei imperativa" e, como tal, uma norma jus cogens mantém a posição hierárquica mais elevada entre todas as outras normas e princípios. Como consequência dessa posição, as normas do jus cogens são consideradas "peremptórias" inderrogáveis. [...] A literatura jurídica, de um modo geral, revela que os seguintes crimes internacionais são jus cogens: agressão, genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra, pirataria, escravidão e práticas relacionadas com escravos e tortura. Existe uma base jurídica suficiente para concluir que todos estes crimes fazem parte do jus cogens. Esta base jurídica consiste no seguinte: (1) pronunciamentos internacionais, ou o que pode ser chamado de *opinio juris* internacional, refletindo o reconhecimento de que esses crimes são considerados parte do direito consuetudinário geral; (2) linguagem em preâmbulos ou outras disposições de tratados aplicáveis a esses crimes que indique o status superior desses crimes no direito internacional; (3) o grande número de Estados que ratificaram tratados relacionados com esses crimes; e (4) as investigações e processos penais internacionais *ad hoc* dos perpetradores desses crimes (Tradução nossa).

diversos militantes foram ao local e se instalavam por lá – no intuito de formarem uma resistência rural ao regime autoritário de Estado então vigente.

Em sua maioria os militantes políticos eram compostos por estudantes clandestinos, profissionais liberais e camponeses da região. Entre os anos de 1972 e 1975 foram empreendidas diversas operações militares no intuito de erradicar os militantes do PCdoB e os seus apoiadores.

Nesse contexto, anota o Relatório da Comissão Nacional da Verdade - CNV (2014, p.686) que:

Os primeiros confrontos diretos entre guerrilheiros e militares se deram em abril de 1972. Não obstante, uma série de operações foi realizada anteriormente em zonas próximas ao local de trabalho dos guerrilheiros. Se incluirmos essas movimentações na periodização, a cronologia de ações militares na região fica da seguinte forma: construção do Batalhão de Infantaria de Selva em Marabá (janeiro de 1970); classificação de Marabá como Área de Segurança Nacional (outubro de 1970); Operação Carajás (1970); Operação Mesopotâmia (1971); descoberta dos guerrilheiros no Araguaia (1972); operação de informações e primeira campanha (abril a junho de 1972); Operação Papagaio (setembro de 1972); Operação Sucuri (maio a outubro de 1973); e Operação Marajoara (outubro de 1973 a 1974).

Afonso e Krsticevic (2011) informam que a grande maioria das operações desbocou em intimidações e agressões aos camponeses da região. A primeira operação, inclusive, prendeu cerca de 400 camponeses e os submeteu a torturas, tratamentos cruéis e desumanos. Todos sob a justificativa de serem “suspeitos de colaborar com o PCdoB”.

As mesmas pesquisadoras seguem aduzindo que, nas operações intermediárias, os militares optaram por incluir relações contratuais com a população local: oferecendo pagamento em dinheiro por militante entregue, vivo ou morto. No segundo caso, a prova apresentada era um pedaço do corpo do guerrilheiro morto identificável (cabeça e/ou mãos) (AFONSO e KRSTICEVIC, 2011, p. 362).

Os depoimentos de camponeses e ex-soldados prestados ao Ministério Público Federal, noticiaram diversas prisões ilegais, execuções sumárias e desaparecimentos forçados nesse período de combate à Guerrilha. Segundo dados informados pelo dossiê elaborado pela Comissão de Mortos e Desaparecidos Políticos durante o regime militar, estão desaparecidas cerca de cento e quarenta e quatro pessoas (número que continua a aumentar na medida em que seguem as diligências de busca) (COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE, 2014).

Dessa estatística, metade das pessoas é oriunda do movimento da Guerrilha do Araguaia, no interregno 1972/1974. E quando se falam das investidas militares que visavam asfixiar o levante do Araguaia, relatos de militantes sobreviventes e moradores locais,

afirmam que a repressão era generalizada, com prática de tortura. A intenção era de não deixar qualquer vestígio da operação militar e de apagar a guerrilha da história, negando a existência e impedindo a imprensa de dar notícias a seu respeito. Fora imposto um silêncio absoluto, negado qualquer acesso a documentos ou relatórios que remetessem a este evento (SANTOS, 2010, p. 138).

Após a promulgação da lei de anistia em 1979, o desfecho da assembleia nacional constituinte de 1988, e a inércia do Estado brasileiro, mesmo depois de diversas solicitações em elucidar para os familiares o paradeiro de pessoas que participaram da Guerrilha, motivou-se o Centro pela justiça e o direito internacional, conjuntamente a outras comissões, a enviar denúncia contra o Estado brasileiro perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA.

A atribuição precípua da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), criada já no ano 1959, é garantir a defesa dos direitos humanos no continente americano, averiguando as alegadas violações e recomendando aos Estados-membros da Organização dos Estados Americanos (OEA) os mecanismos cabíveis de proteção e reparação. Os instrumentos normativos da CIDH são a Carta da Organização dos Estados Americanos, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, ambas adotadas pela OEA em 1948, e a Convenção Americana de Direitos Humanos, adotada pela OEA em 1969 e em vigor desde 1978 (SANTOS, 2010, p. 129).

A CADH estatui que dois órgãos compõem o sistema de proteção dos direitos humanos na região americana, a saber, a própria Comissão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos. A Comissão possui competência para receber petições e denúncias, independentemente de os Estados terem ratificado a Convenção ou reconhecerem a jurisdição da Corte (que é obrigatória e vincula todos os Estados que optaram por fazer parte da OEA). Mas a dita Comissão, por certo, não é um órgão jurisdicional e, ao contrário da Corte, as suas decisões (resoluções e recomendações) não gozam de caráter jurídico vinculante – que são características próprias dos pronunciamentos emanados pela própria CIDH. (SANTOS, 2010, p. 132).

Após 13 anos tramitando junto à Comissão, o caso “Araguaia” foi levado para julgamento na Corte interamericana de Direitos Humanos (CIDH), em 2009. Em novembro de 2010, a aludida Corte Internacional condenou o Estado brasileiro a reparar as vítimas, responsabilizar os violadores de direitos humanos, e tomar as devidas precauções para que o evento não se repetisse – não obstante a lei de anistia vigente no país, que foi declarada,

pela própria CIDH, incompatível com a Convenção Americana de Direitos Humanos (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2010).

Ao relatar o contexto histórico em que se inserem as graves violações que analisara, a própria Corte Interamericana de Direitos Humanos (2010, p. 32-24), fazendo menção ao parecer técnico elaborado pela comissão especial constituída, assentou o seguinte:

Entre 1969 e 1974, produziu-se “uma ofensiva fulminante sobre os grupos armados de oposição”. O mandato do Presidente Médici (1969-1974) representou “a fase de repressão mais extremada em todo o ciclo de 21 anos do regime militar” no Brasil.⁷³ Posteriormente, durante “os três primeiros anos [do governo do Presidente] Geisel [1974-1979], o desaparecimento de presos políticos, que antes era apenas uma parcela das mortes ocorridas, torna-se a regra predominante para que não ficasse estampada a contradição entre discurso de abertura e a repetição sistemática das velhas notas oficiais simulando atropelamentos, tentativas de fuga e falsos suicídios”. Como consequência, a partir de 1974, “oficialmente não houve mortes nas prisões [t]odos os presos políticos mortos ‘desapareceram’ [e] o regime passou a não mais assumir o assassinato de opositores”. [...]

Segundo a Comissão Especial, **cerca de 50 mil pessoas teriam sido detidas somente nos primeiros meses da ditadura; cerca de 20 mil presos foram submetidos a torturas; há 354 mortos e desaparecidos políticos; 130 pessoas foram expulsas do país; 4.862 pessoas tiveram seus mandatos e direitos políticos suspensos, e centenas de camponeses foram assassinados.** A Comissão Especial destacou que o “**Brasil é o único país [da região] que não trilhou procedimentos [penais] para examinar as violações de [d]ireitos [h]umanos ocorridas em seu período ditatorial, mesmo tendo oficializado, com a lei nº 9.140/95, o reconhecimento da responsabilidade do Estado pelas mortes e desaparecimentos denunciados**”. Isso tudo devido a que, em 1979, o Estado editou uma Lei de Anistia. [...]

O Tribunal encontra provado que, entre os anos 1972 e 1974, na região conhecida como Araguaia, agentes estatais foram responsáveis pelo desaparecimento forçado de 62 pessoas identificadas como supostas vítimas do presente caso. (Grifo nosso).

Demais disso: como bem coloca Peixoto (2011, p. 482-483), já no término de 1974, não havia mais guerrilheiros no Araguaia, e há informação de que seus corpos foram desenterrados e queimados ou atirados nos rios da região. Por outro lado, o governo militar impôs silêncio absoluto sobre os acontecimentos do Araguaia e proibiu a imprensa de divulgar notícias sobre o tema, enquanto o Exército negava a existência do movimento.

Este mesmo autor, inclusive, fez um paralelo histórico, aduzindo que a Guerrilha do Araguaia se assemelha à Guerra de Canudos (1896-1897), quanto às barbaridades cometidas nos seus estertores, como a decapitação de prisioneiros de guerra. [...] O tempo, aliás, não foi suficiente para abrandar a violência do Estado contra humildes brasileiros, camponeses massacrados tanto numa ocasião como na outra (PEIXOTO, 2011).

As vítimas tratadas nos autos da decisão prolatada no caso “Guerrilha do Araguaia”, que puderam ser individualizadas, elencadas pela Corte internacional são,

especificamente: 1) Diva Soares Santana; 2) Victoria Lavínia Grabois Olímpio e Aldo Creder Corrêa; 4) Clovis Petit de Oliveira; 5) Dilma Santana Miranda; 6) Dinorá Santana Rodrigues; 7) Dirceneide Soares Santana; 8) Elena Gibertini Castiglia; 9) Elza da Conceição Oliveira; 10) Helenalda Resende de Souza Nazareth; 11) Igor Grabois Olímpio; 12) João Carlos Schmidt de Almeida; 13) José Dalmo Ribeiro Ribas; 14) Junília Soares Santana; 15) Lorena Moroni Girão Barroso; 16) Luíza Gurjão Farias; 17) Luiza Monteiro Teixeira; 18) Maria Eliana de Castro Pinheiro; 19) Maria Leonor Pereira Marques; 20) Maristella Nurchis; 21) Rosa Olímpio; 22) Rosana de Moura Momente; 23) Sônia Maria Haas; 24) Terezinha Souza Amorim; 25) Valéria Costa Couto, 26) Viriato Augusto Oliveira; 27) Laura Petit da Silva; 28) Criméia Alice Schmidt de Almeida; 29) Elizabeth Silveira e Silva (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2010, p. 23).

Trata-se de civis, estudantes, militantes políticos, profissionais liberais que sofreram desaparecimentos forçados, perseguições políticas, execuções sumárias e extrajudiciais, além de detenções arbitrárias e diversas torturas. Como prova, a Corte Internacional acatou os testemunhos de algumas vítimas e familiares, pareceres técnicos, documentos, depoimentos de ex-militares, e perícias realizadas com material genético de determinadas vítimas e familiares, encontrados no banco de dados formados por certas comissões de alguns órgãos estatais brasileiros - como a Comissão Interministerial e do Ministério Público, a Comissão de Justiça e Paz da Arquidiocese de São Paulo, Comissão Especial e também pela Comissão de Direitos Humanos da Câmara dos Deputados (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2010).

Portanto, fazendo referência aos conceitos e premissas teóricas e normativas invocadas no subtópico anterior (1.1), é possível inferir que as condutas lesivas imputadas aos agentes do Estado brasileiro, durante o regime militar, e no caso “Guerrilha do Araguaia”, são tipificadas como verdadeiros crimes de lesa-humanidade/Graves violações de direitos humanos.

Nesse ponto, houve um destaque da não observância, pelo Estado brasileiro, das garantias básicas como o direito à vida, à dignidade, a não ser submetido à tortura e a tratamento degradante ou desumano. Ficou decidido, ademais, por unanimidade, que o Estado brasileiro não observou seu dever de adequar o direito interno aos termos da Convenção Americana de Direitos Humanos, da qual é signatário. A Corte Interamericana de Direitos Humanos (2010, p. 38-39), também, afirmou essa premissa, quanto à natureza das violações apreciadas, nos seguintes termos:

Adicionalmente, no Direito Internacional, a jurisprudência deste Tribunal foi precursora da consolidação de uma perspectiva abrangente da gravidade e do caráter continuado ou permanente da figura do desaparecimento forçado de pessoas, na qual o ato de desaparecimento e sua execução se iniciam com a privação da liberdade da pessoa e a subsequente falta de informação sobre seu destino, e permanece enquanto não se conheça o paradeiro da pessoa desaparecida e se determine com certeza sua identidade. Em conformidade com todo o exposto, **a Corte reiterou que o desaparecimento forçado constitui uma violação múltipla de vários direitos protegidos pela Convenção Americana, que coloca a vítima em um estado de completa desproteção e acarreta outras violações conexas, sendo especialmente grave quando faz parte de um padrão sistemático ou prática aplicada ou tolerada pelo Estado.** [...] A Corte verificou a consolidação internacional na análise desse crime, o qual **configura uma grave violação de direitos humanos, dada a particular relevância das transgressões que implica e a natureza dos direitos lesionados** (Grifo nosso).

Impõe-se destacar também que, embora não reconheça, expressamente, a sua responsabilidade quanto aos desaparecimentos na Guerrilha do Araguaia, o Estado Brasileiro pronuncia-se no processo ressaltando que já assumira a responsabilidade por diversas pessoas vitimadas durante regime militar, que indenizou famílias, e, mesmo, algumas vítimas ainda sobreviventes. Como dispõe a Lei nº 9.140/95:

Art. 1º São reconhecidas como mortas, para todos os efeitos legais, as pessoas relacionadas no Anexo I desta Lei, por terem participado, ou terem sido acusadas de participação, em atividades políticas, no período de 2 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979, e que, por este motivo, tenham sido detidas por agentes públicos, achando-se, desde então, desaparecidas, sem que delas haja notícias (BRASIL, 1995).

Na própria exposição de motivos deste mesmo texto normativo, fica esclarecido que:

O reconhecimento pelo Estado dos desaparecidos e das pessoas que tenham falecido por causas não naturais [...] traduz o restabelecimento dos direitos fundamentais de tais pessoas e uma forma de reparação que [...] alcance a justiça que o Estado brasileiro deve a quem seus agentes tenham causado danos. [...] a lista [de desaparecidos] arrola 136 pessoas que foram detidas por agentes [...] pertencentes aos vários braços do que se chamou sistema de segurança do regime de exceção que o Brasil viveu e, a partir daí, delas nunca mais se teve qualquer notícia. Caracterizou-se, assim, um ilícito de gravidade máxima praticado por agentes públicos ou a serviço do poder público: deviam guardar quem tinham sob sua responsabilidade e não o fizeram. (BRASIL, 1995).

Inobstante isso, e considerando as provas produzidas, debates e demais argumentos suscitados no transcorrer do processo perante a Comissão, a Corte Internacional condenou o Estado Brasileiro, entre outras coisas, 1) ao pagamento de Indenizações, custas e gastos ; 2) a adotar todas as medidas cabíveis de reabilitação, satisfação e garantias de não repetição (como ato público de reconhecimento de responsabilidade internacional, publicação da sentença, dia dos desaparecidos políticos no Brasil e memorial, amparo médico e

psicológico à vítimas e familiares, educação em direitos humanos nas Forças Armadas, criação de uma Comissão da Verdade etc.); 3) a investigar os fatos, julgar e, se for o caso, punir os responsáveis, e a determinar o paradeiro das vítimas (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2010, p. 245, 320-325).

A respeito deste terceiro item, quanto à determinação de investigar os fatos e, se for o caso, punir os responsáveis, há, como já aventado anteriormente, um óbice na Lei de Anistia (Lei nº 6683/79). Isso porque suas disposições extinguem a punibilidade de:

[...] Todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexo com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares (BRASIL, 1979).

Todavia, quando enfrentou este tema, a CIDH, corroborando sua própria jurisprudência, em síntese, identifica quatro princípios violados pelas anistias cedidas internamente, no que diz respeito ao direito das vítimas, a partir das disposições da CADH: (I) o direito de acesso à justiça, o direito à garantia judicial e o direito a um julgamento (II) o direito à proteção judicial, também interpretado como o direito a um remédio efetivo, (III) o direito à reparação e (IV) o direito à verdade⁸ (SOARES; BATOS, 2010, p.300-301).

E, deste modo, a CIDH declarou incompatível a Lei de Anistia Nacional em relação à CADH.

Entretanto, como já fora posto na problematização deste trabalho monográfico, pouco antes da sentença prolatada no caso Araguaia, o STF, por maioria, entendeu de maneira

⁸A **respeito do direito de acesso à justiça**, vide os arts. 1, § 1º e 2º da Convenção Americana de Direitos Humanos, tal como foram interpretados no Relatório da Comissão Interamericana de Direitos Humanos nº 36/96 sobre o caso nº 10.843 (Caso *Hermosilla versus Chile*), parágrafo 59: “ A violação do direito à justiça e a consequente impunidade gerada no presente caso constituem uma concatenação de fatos que se iniciam, segundo ficou estabelecido, quando o governo militar expediu em benefício próprio e no dos agentes do Estado que cometeram violações dos direitos humanos uma sucessão de normas destinadas a formar uma complexa rede jurídica de impunidade, que tem seu início formal em 1978, ano em que o governo militar sancionou o decreto-lei no 2.191, de autoanistia”. E Relatório da Comissão Interamericana de Direitos Humanos nº 136/99 sobre o caso no. 10.488 (caso *Ellacuria versus El Salvador*), parágrafo 198: (Amnesty laws) **leave the victim so serious human rights violations unprotected, since they deprive them of the rights to seek justice** (Grifo nosso); **sobre o direito à verdade**, vide a posição do Relatório da Comissão Interamericana de Direitos Humanos nº 136/99 sobre o caso nº 10.488 (caso *Ellacuria versus El Salvador*), parágrafos 223 e 224: 223. The interpretations of the Inter-American Court in the *Castillo Paez* case and other cases relating to the generic obligations of Article 1(1) of the Convention point to the conclusion that “the right to know the truth” arises as a basic and indispensable consequence for every State party to that instrument, since lack of knowledge of the facts relating to human rights violations means, in practice, that there is no system of protection capable of guaranteeing the identification and eventual punishment of those responsible. 224. The right to know the truth is a collective right that ensures society access to information that is essential for the workings of democratic systems, and it is also a private right for relatives of the victims, which affords a form of compensation, in particular, in cases where amnesty laws are adopted (Grifo nosso).

diversa e confirmou, em integralidade, a validade dos efeitos da Lei de Anistia, entendimento este explanado no transcorrer do próximo capítulo.

3 A EFICÁCIA E O ALCANCE DA LEI DE ANISTIA BRASILEIRA APÓS A DECISÃO DO STF NOS AUTOS DA ADPF 153

O conhecimento é sempre uma certa relação estratégica em que o homem se encontra situado. [...] seria totalmente contraditório imaginar um conhecimento que não fosse em sua natureza obrigatoriamente parcial, oblíquo, perspectivo.

- Michel Foucault, A verdade e as formas jurídicas

No transcorrer deste capítulo serão discutidas e contrapostas as fundamentações do STF, ao julgar a questão relativa à compatibilidade da Lei de Anistia com a ordem constitucional vigente, com as críticas feitas a este posicionamento da Suprema Corte Nacional. Isso para fins de averiguar qual a extensão e os limites da conexão criminal tratada na lei de anistia, após o julgamento do Supremo e da própria CIDH.

Assim, em um primeiro momento, serão relatados os fundamentos adotados pelo STF nos autos da ADPF nº 153 para, posteriormente, explicitar as críticas a respeito do teor deste julgado. Senão vejamos.

3.1 O entendimento adotado pelo STF nos autos da ADPF nº 153/DF

O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil optou pelo ajuizamento da ADPF Nº 153/DF, atraindo a jurisdição concentrada do Supremo Tribunal Federal, após uma série de debate entre setores da sociedade civil e diversos órgãos públicos, a respeito da polêmica anistia cedida pelo Congresso brasileiro em 1979.

Buscava o órgão de classe que o STF desse à expressão “crimes conexos”, constante do art. 1º, § 1º, Lei de Anistia de 1979 (Lei nº 6.683/1979), interpretação conforme a Constituição de 1988, para refutar o sentido de que ela impediria a investigação, a persecução penal e a eventual responsabilização de agentes públicos por crimes de natureza comum cometidos na ditadura e em nome do Estado (MEYER, 2012, p. 35).

A dita ADPF foi julgada improcedente, por maioria de votos, declarando-se a recepção da lei de anistia e seus dispositivos questionados nos autos da arguição. O acórdão da ADPF 153, entretanto, não fez menção direta ao caso Araguaia – embora a lei englobe o período em que se deu esse evento.

Como bem rememora Ramos (2012, p. 111) na sessão de julgamento, em 28 de abril de 2010, houve a participação de apenas nove ministros, pois o Min. Joaquim Barbosa estava licenciado e, ainda, declarou-se suspeito o Min. Dias Toffoli.

Inicialmente, foram rejeitadas as preliminares, vencido o Min. Marco Aurélio, que votou pela extinção da ação por falta de interesse de agir. No mérito, sete Ministros declararam improcedente a arguição (Ministros Eros Grau – Relator, Cármen Lúcia, Ellen Gracie, Marco Aurélio, Cezar Peluso, Celso de Mello e Gilmar Mendes) e dois votaram pela procedência parcial (Ministros Ricardo Lewandowski e Carlos Britto).

Assim, para a maioria formada, a lei da anistia brasileira (Lei nº 6.683/79) é aplicada aos crimes comuns cometidos pelos agentes da repressão política durante o regime militar, não se restringindo aos atos praticados pelos opositores ao mesmo regime, nem, estritamente, aos crimes políticos (RAMOS, 2012, p. 110).

3.1.1 A Lei nº 6683/73 como “Lei-medida” e a impossibilidade de controle judicial da Lei de Anistia

Nos termos do voto do relator, o então Min. Eros Grau, em síntese, caberia ao Poder Legislativo brasileiro a revisão da Lei da Anistia, de modo que seria uma intromissão ilegítima nas atribuições do Legislativo eventual pronunciamento da Suprema Corte a respeito do mérito de seu teor (BRASIL, 2010).

Tratando especificamente da fundamentação esposada no voto elaborado pelo relator, o Ministro repisou, por diversas passagens, as questões que remontam à diferença entre “norma” e “texto normativo”. Também destaca os pedidos contidos na inicial apresentada pelo Conselho Federal da OAB, os quais consistem, segundo ele, em: a) que se dê interpretação conforme a constituição a lei de anistia; e, b) excluir da expressão crimes conexos os crimes comuns praticados por agentes da repressão (BRASIL, 2010).

O Ministro Eros Grau constrói um raciocínio que conduz à concretização da ideia de um “acordo político irrefutável” e de uma “impossibilidade de controle de constitucionalidade da Lei de Anistia”. Para tanto, resgata conceitos hermenêuticos, tais quais “compreensão”, “interpretação”, “contexto”, e “nexos de sentido”. Isto, no intuito de sustentar a noção, com base hermenêutica, de que o intérprete jurídico deve ser limitado ao pedido e saber que nem todo texto normativo possui uma norma, bem como nem toda norma possui texto. Traduzindo-se, assim, a premissa de uma “norma em sentido formal” e “norma em sentido material”. Significa dizer que normas em sentido formal não são passíveis de interpretação, já que não têm conteúdo (norma) a ser extraído. Enquadra, pois, o Ministro em

seu voto a Lei de Anistia como sendo formal, e, em função disso, impassível de controle judicial, o que, por consequência lógica, torna o pedido da ADPF improcedente (MEYER, 2012).

Outra razão - ainda conforme o Ministro relator - seria a natureza de “Lei-medida” da anistia cedida pelo Congresso Nacional, e os impactos que sua revogação causaria nos cofres públicos, além da agressão ao princípio da segurança jurídica. Isso, claro, partindo de uma compreensão que conferisse importância ao contexto histórico, mais do que ao sentido gramatical (BRASIL, 2010).

Entendendo-se, neste sentido, “lei medida” – uma norma individual dirigida, exclusivamente a um caso concreto - como um resgate que Grau fez de uma teoria criada pela Corte Constitucional Alemã, que designa “normas que são delimitadas temporalmente e se destinam a um grupo individual de pessoas e, por essa razão, não são possíveis de interpretação, apenas de execução”. Fenômeno analógico a um procedimento administrativo extraordinário – no qual resta ao agente público apenas executar o comando posto, sem margem para um juízo de mérito (MEYER, 2012).

No seu voto, o Min. Grau considerou que a anistia atendia aos requisitos de *temporalidade* e *individualidade* para considerá-la “lei-medida”, e julgar improcedente o pedido da ADPF nº153, sustentando a posição de que a lei deve ser vista como um acordo político e aos olhos das características históricas do período no qual foi promulgada, que permitem a validade dos seus termos (BRASIL, 2010).

Ele diz mais: que a anistia vincula e que não é possível extrair normas que restrinjam seus efeitos, pelas características próprias da sua natureza jurídica, ligando-se à questão de que, normalmente, um intérprete conhece mais de um texto que seu próprio autor, ou, melhor ainda, ao fato de que cada época compreende, a seu modo, um texto transmitido, e de que é preciso estabelecer fronteiras que distingam o mundo do ser do mundo dos fatos (BRASIL, 2010).

3.1.2 A limitação temporal da força vinculante dos atos normativos internacionais e a Natureza das infrações penais abarcados pela conexão criminal

Ao enfrentar a questão a respeito da imprescritibilidade e da natureza de crimes de lesa-humanidade dos crimes conexos anistiados pela Lei brasileira, o Relator fez a seguinte colocação:

Em primeiro lugar, instrumentos normativos internacionais só adquirem força vinculante após o processo constitucional de internalização, e o Brasil não subscreveu a Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade de 1968, nem qualquer outro documento que contivesse cláusula similar; em segundo lugar, o costume internacional não pode ser fonte de Direito Penal sem violação de uma função básica do princípio da legalidade; e, em terceiro lugar, conjurando o fantasma da condenação pela Corte Interamericana, a exemplo do precedente *Arellano x Chile*, a autoridade de seus arestos foi por nós reconhecida plenamente em 2002 (Dec. no 4.463, de 8/11/2002), porém apenas para fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998 (BRASIL, 2010, p. 37).

Acompanhando o raciocínio do Min. Eros Grau, o Min. Celso de Melo, em seu voto, corrobora a posição no sentido de que a Lei nº 6.683/79 não estaria sujeita a controle por parte de atos internacionais posteriores a seu advento. Ele repete o argumento do voto do Ministro Eros Grau de que a lei teria exaurido seus efeitos tão logo adentrou o ordenamento jurídico brasileiro (BRASIL, 2010).

3.1.3 O princípio da legalidade em âmbito criminal e a irretroatividade da Lei mais gravosa. A Constituição de 1969 como parâmetro para analisar a Lei de Anistia

O Min. Celso de Melo, ademais, acrescenta que, de todo modo, a Lei de Anistia não poderia ser suprimida, tendo em vista a irretroatividade da lei penal mais gravosa, nos termos do art. 5º, inc. XL, da Constituição da República. Nem haveria meios para se aplicar, nesse caso concreto, a imprescritibilidade dos crimes contra humanidade, já que a Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes contra a Humanidade não foi ratificada pelo Brasil nem incorporada ao ordenamento na forma do art. 5º §3º da Magna Carta. Além disso, o sentido da anistia discutida nos autos da ADPF só poderia ser conferido pelo Constituição de 1969 (MEYER, 2010).

Sendo mais específico, o Ministro, inclusive, coloca que, no fundo, é preciso destacar que a Constituição sob égide da qual foi editada a Lei nº 6.683/79, embora pudesse fazê-lo, não reservou a anistia apenas aos crimes políticos, o que conferia liberdade decisória ao Poder Legislativo da União, para, com apoio em juízo eminentemente discricionário, cedê-la (BRASIL, 2010, p. 176).

Por diversas vezes o Min. Celso de Mello fez menção a uma série de atos internacionais dos quais o Brasil é signatário que repudiam a tortura, como a Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes (Decreto nº 40/1991), a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (Decreto nº

98.836/1989) e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Decreto nº 678/1992) (MEYER, 2012).

Mas, nos termos postos pelo próprio Min. Celso de Mello:

[...] relevante assinalar que, para efeito dessa medida excepcional [edição de Lei de Anistia] fundada na **indulgência soberana do Estado**, o diploma legislativo em questão, mediante interpretação autêntica, **considerou conexos “os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política”** (Lei nº 6.683/79, art. 1º, § 1º). [...] Os seus efeitos em matéria penal são radicais, incidindo, retroativamente, sobre o próprio fato delituoso. [...] É certo, como sabemos, que o domínio no qual incidem, ordinariamente, as leis concessivas de anistia é o dos ilícitos políticos. **Nada obstava, contudo, que essa expressiva manifestação da indulgência soberana do Estado abrangesse, também, como era possível, então, sob a égide da Carta Federal de 1969, as infrações penais de direito comum** [...] A possibilidade jurídica de extensão da anistia a outros ilícitos penais (como os crimes de direito comum), além dos delitos de natureza política, é igualmente admitida pela doutrina, que não lhe opõe qualquer restrição, exceto aquelas que somente foram estabelecidas no texto superveniente da Constituição promulgada em 1988 (BRASIL, 2010, p. 170-171) (Grifo nosso).

Assim, reitera a assertiva de que apenas a lei nacional poderia dispor a respeito de (im)prescritibilidade de crimes e, de que não há óbice para que a anistia opere efeitos plenos – para além dos crimes políticos, atingindo também os crimes comuns (como torturas, homicídios e sequestros).

3.1.4 O caráter bilateral, amplo e irrestrito da Lei de Anistia Nacional. A Lei de Anistia como ato político e discricionário

Além do que foi dito, o aludido Ministro reconheceu que a jurisprudência da CIDH, por diversas vezes, já havia rechaçado qualquer possibilidade de admissão de leis internas de anistia, em vários casos na América do Sul, por serem elas incompatíveis com a CADH⁹. Mas, faz a ressalva de que a lei de anistia brasileira é diferente, pois, ao contrário dos demais casos discutidas pela Corte internacional, a anistia nacional possuía um caráter

⁹A razão dos diversos precedentes firmados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos apoia-se no reconhecimento de que o Pacto de São José da Costa Rica não tolera o esquecimento penal de violações aos direitos fundamentais da pessoa humana nem legitima leis nacionais que amaram e protegem criminosos que ultrajam, de modo sistemático, valores essenciais protegidos pela Convenção Americana de Direitos Humanos e que perpetraram, covardemente, à sombra do poder e nos porões da ditadura que serviram, os mais ominosos e cruéis delitos, como homicídio, o sequestro, o desaparecimento forçado das vítimas, o estupro e outros atentados às pessoas que se opuseram ao regime de exceção que vigoraram, em determinado momento histórico, em inúmeros países da América Latina (BRASIL, 2010).

geral e bilateral, o que, no seu entendimento, afastaria a aplicação dos precedentes da CIDH, aptos a invalidar ou desconstituir os plenos efeitos da Lei nº 6683/79 (BRASIL, 2010)¹⁰.

Por conseguinte, o Min. Gilmar Mendes, quando do seu pronunciamento a respeito do mérito da Arguição, repisou diversos argumentos já sustentados nos votos de outros Ministros, para julgar improcedente o pedido, firmando, em resumo, as seguintes proposições: i) a anistia é um ato, em sua essência, político, que não admite a intromissão de terceiros no seu mérito (motivos e objeto); ii) houve agressões mútuas, tanto por parte do Estado, quanto por parte de grupos opositores politicamente organizados (durante o período anistiado pela Lei nº 6683/79), de modo que não seria possível reconhecer a ilicitude de alguns atos e ao mesmo tempo conferir natureza distinta a outros de igual repercussão e violência – o que legitimaria o caráter bilateral da benesse; iii) a Lei de Anistia foi um acordo político legítimo, e funcionou como condição de possibilidade para o avanço democrático e institucional do Brasil, no processo de transição do regime militar para o Estado de direito instruído pela CFRB de 1998 (BRASIL, 2010).

3.1.5 A Lei de anistia como pressuposto para uma transição do regime de exceção para um Estado de Democrático

O Min. Gilmar Mendes também alicerça seu julgamento de improcedência da APDF desenvolvendo o argumento segundo o qual a Carta Magna de 1988 viabilizou uma solução feita através de posturas transacionais, de forma que o constituinte não teria ignorado a Lei de Anistia e a teria recepcionado como um meio de pacificação institucional. Em suas palavras:

A nova ordem constitucional pode ser compreendida como resultado de um pacto firmado entre forças plurais e, de alguma forma, antagônica o que lhe dá a natureza de Constituição Compromisso, encartada no grupo de cartas ocidentais que foram geradas após períodos de crise, como foi o caso da Constituição portuguesa de 1830. [...] Sequestros, torturas e homicídios foram praticados de parte a parte, muito embora se possa reconhecer que, *quantitativamente*, mais atos ilícitos foram praticados por agentes do Estado, do que pelos militantes opositores do Estado [...] O fortalecimento democrático enquanto regime se dá na sua capacidade de resolver os conflitos. E um dos instrumentos de fortalecimento desse ideário é exatamente a **formação de uma Constituição pactuada, que proceda à superação de determinado momento crítico [...] A ideia de anistia, como integrante deste *pacto político constitucionalizado*, não pode ser tomada de forma restrita [...] É sua natureza de instrumento global que lhe dá o tom [de anistia propriamente dita] (BRASIL, 2010, p. 237-238) (Grifo nosso).**

¹⁰ Vide caso Loayza Tamayo vs. Perú. Sentença de 17 de setembro de 1997; caso Barrios Altos vs. Peru. Sentença de 14 de março de 2001; caso Velásquez Rodríguez. Sentença de 29 de julho de 1998.

A Ministra Ellen Gracie e os Ministros Marco Aurélio e Cesar Peluso acompanharam o voto do relator e dos demais colegas, formando a maioria que julgou improcedente a ADPF posta em análise. Entretanto, vale destacar que, desde a data da publicação do acórdão até o presente momento, a aludida Arguição ainda não transitou em julgado, pendente a análise de vários embargos de declaração opostos pela arguente.

Além do tema em si (Lei de Anistia), a ADPF 153 chama atenção por um fato inédito: pela primeira vez uma ação perante o Supremo Tribunal Federal com efeito vinculante e *erga omnes* foi processada simultaneamente a um processo internacional com objeto semelhante em curso perante a CIDH. E, como já ventilado anteriormente, a situação culminou no desencontro entre a nossa Suprema Corte e a Corte Internacional (RAMOS, 2012, p. 111).

As repercussões políticas e jurídicas deste fenômeno, em respeito à decisão prolatada nos autos da ADPF 153, julgada improcedente, deu azo a diversas críticas empreendidas em desfavor da posição adotada pelo STF - no sentido que o entendimento adotado, exposto até aqui, deva ser superado - críticas estas regularmente esposadas no subtópico seguinte.

3.2 Críticas feitas à posição adotada pela Corte Nacional

Inicialmente, como destaca Meyer (2014, p. 96-97) após o transcurso do devido processo junto à Comissão, a Corte Interamericana refutou veementemente os argumentos esposados pelo voto do ministro Eros Grau (Relator) na ADPF nº 153/DF. Segundo o Tribunal internacional, o Brasil violou uma série de dispositivos da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, sejam os concernentes às garantias judiciais, à integridade pessoal ou ao acesso à informação.

3.2.1 O caráter coletivo da Lei de Anistia e a impossibilidade de sua caracterização como “Lei-medida”

Primeiramente, para refutar os argumentos dispostos no voto do Min. Relator, Meyer (2012, p. 54-55) resgata um fenômeno hermenêutico chamado “giro-linguístico”, o qual não se mencionou no voto. Este evento trouxe novas visões e constatações para o mundo hermenêutico e, por via de consequência, também ao direito constitucional. Com este

fenômeno, percebeu-se que a linguagem desempenha um papel de “auto interpretação”, isto é, constatou-se que o interprete não alcança para além de suas vivências e pré-compreensões do mundo. Significando, pois, como sugere Gademar, que é impossível analisar uma Lei com bases em estruturas históricas de um período passado estando com os olhos no presente.

Daí exsurge o chamado “anacronismo”. Ora, não se pode querer situar-se objetivamente no ano de 1979. E, se assim o é, a tese proposta pelo Min. Eros Grau, em seu voto, é anacrônica e impossível epistemologicamente, ilegítima, portanto. E, por isso mesmo, deve ser superada a proposição de que “interpreta-se a Lei de Anistia, em conjunto com seu texto, a realidade no e do momento histórico no qual ela foi editada, não na realidade atual”. Ademais, a Lei de Anistia possui um caráter coletivo, não possui o pressuposto de individualidade para ser caracterizada “lei-medida” (MEYER, 2012, p. 58-59):

Defender que as chamadas “leis-medida” não estão sujeitas à interpretação por serem leis apenas em sentido formal ou medidas de execução [no regime constitucional vigente] e que, por isto, estariam sujeitas a uma interpretação no contexto em que produzidas significa negar à hermenêutica o papel universal a ela imputado; pois se interpretação e aplicação coincidem, a Lei de Anistia só poderia mesmo ser interpretada à luz do presente “constitucionalizado democraticamente” a partir de 1988, não à luz do regime ditatorial de outrora” (MEYER, 2012, p. 73).

Streck (2008, p. 1), por seu turno, consigna que:

A Lei 6.683/79 concedeu anistia apenas aos crimes políticos; a tortura ficou efetivamente fora do seu alcance; o art. 8 do ADCT não concede anistia a qualquer atitude violadora dos direitos humanos; as leis 9.140 e 10.559 não dizem respeito ao “apagamento” de crimes que não os de índole política. Ou seja: como a tortura não é crime político, não poderia ser alcançada por qualquer lei ou Constituição. Mas, mais do que isso, nenhuma lei pode proteger de forma deficiente ou insuficiente os direitos humanos fundamentais. O Estado Democrático de Direito tem o dever de proteger os direitos dos cidadãos, tanto contra os ataques do Estado como dos ataques dos demais cidadãos. No direito constitucional do segundo pós-guerra denominamos isso de *Schutzpflicht* [dever de proteger].

Para além disso, e explicando melhor este ponto da impossibilidade de caracterização da Lei de Anistia como “Lei-Medida”, há a premissa sustentada, além de por outros juristas, pelo constitucionalista Canotilho (1993, p. 708-712), de que as leis restritivas de direitos fundamentais (como é a Lei nº 6683/79) só podem ser editadas de maneira individual, dirigida a um ponto específico e destituída de caráter coletivo, o que não é o caso da Lei de Anistia nacional, uma vez que abrange um número indeterminado e generalizado de pessoas e, também, restringe como já discutido anteriormente, uma série de direitos fundamentais das vítimas e familiares.

3.2.2 A postura contraditória dos precedentes do STF. A CRFB de 1988 como parâmetro para analisar a Lei de Anistia

Mais relevante é notar que se permitir a interpretação da anistia pelos moldes do período de exceção é dizer que a Constituição permite seu descumprimento! E permite violar o que ela própria estabelece acerca de devido processo legal, isonomia, dignidade da pessoa humana, e direito à memória. A Constituição Federal de 1988 possui força normativa e, se assim o é, não pode ser afastada para aferir a validade das disposições constantes na Lei de Anistia (VENTURA, 2011).

Nesse sentido, compreende Silva apud Sousa (2010, p. 43) acerca do teor da lei de anistia:

[...] está claro no *caput* e nos parágrafos do artigo. Vale dizer: os agentes estatais que reprimiram, mataram, torturaram e deram sumiço a pessoas não foram beneficiados, nem poderiam sê-lo, não apenas por caracterizar-se ilegítima auto-anistia, mas, sobretudo, porque a própria Constituição tem como “insuscetível de graça ou anistia a prática da tortura”, reputada, além disso, crime hediondo (art. 5º, XLIII).

Vale acrescentar a discussão: até pelo princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, CRFB/88)¹¹, não seria possível negar o controle da legislação infraconstitucional, nem mesmo para as ditas “normas formais” ou “leis-medida”.

É de se equacionar, neste contexto, a postura contraditória da Corte Suprema em julgados nos quais seus membros já haviam se manifestado no sentido de ignorar o teor impassível de controle de constitucionalidade das “leis-medidas”, incluindo-se aí o próprio Min. Eros Grau, que tanto repisou essa questão no seu voto. No bojo da **MC-ADI nº 4.048-1/DF**, proferida cerca de 2 anos antes do julgamento da ADPF 153, quando ficou afastada a impossibilidade de controle da “lei formal”, como se vê a seguir:

Os estudos e análises no plano da teoria do direito indicam que tanto se afigura possível formular uma lei de efeito concreto — lei casuística — de forma genérica e abstrata quanto seria admissível apresentar como lei de efeito concreto regulação abrangente de um complexo mais ou menos amplo de situações. **Todas essas considerações parecem demonstrar que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não andou bem ao considerar as leis de efeito concreto como inidôneas para o controle abstrato de normas [em sede de jurisdição concentrada do STF]** (BRASIL, 2008, p. 9-10) (Grifo nosso).

¹¹Art. 5º, XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (BRASIL, 1988);

No voto do então relator da aludida ADI, o Min. Gilmar Mendes, também fora destacado que, sem a possibilidade de controle judicial de normas tidas como estritamente formais, ficaria inviabilizada a busca por qualquer outro meio apto a questionar a legitimidade destas normas nas outras instâncias. Nesta Medida Cautelar em sede de ADI, o relator foi acompanhado por Marco Aurélio e, paradoxalmente, pelo próprio relator da ADPF nº 153, Min. Eros Grau, que tanto sustentou a tese da impossibilidade de controle judicial das Leis em sentido Formal, como seria o caso da Lei de Anistia (BRASIL, 2008). O que alicerça a conclusão de que a jurisprudência do STF se estabelece de forma desconexa, inclusive.

Ademais, antes mesmo de julgar a aludida MC-ADI, sob a relatoria do Min. Carlos Britto, em 2006, o STF, ao julgar a **ADI nº 3573/DF**, já havia confirmado a tese da lei-medida como óbice à apreciação da norma via controle concentrado de constitucionalidade. O acórdão desta ADI foi publicado nos seguintes termos:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DECRETO LEGISLATIVO N. 788, DE 2005, DO CONGRESSO NACIONAL. AUTORIZAÇÃO AO PODER EXECUTIVO PARA IMPLEMENTAR O APROVEITAMENTO HIDROELÉTRICO BELO MONTE NO TRECHO DO RIO XINGU, LOCALIZADO NO ESTADO DO PARÁ. ATO CONCRETO. **LEI-MEDIDA. AUSÊNCIA DE ABSTRAÇÃO E GENERALIDADE NECESSÁRIOS AO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE CONCENTRADO. INVIABILIDADE DA AÇÃO DIRETA.** ARTIGO 102, INCISO I, a, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL.

1. Compete ao Supremo Tribunal Federal julgar originariamente a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual [artigo 102, I, a, CB/88]. Os atos normativos que se sujeitam ao controle de constitucionalidade concentrado reclamam generalidade e abstração.

2. **Não cabe ação direta como via de impugnação de lei-medida. A lei-medida é lei apenas em sentido formal, é lei que não é norma jurídica dotada de generalidade e abstração.**

3. Ação direta de inconstitucionalidade não conhecida (BRASIL, 2006).

Neste aspecto, Meyer (2012) corrobora, ainda, o conceito Gademeriano do papel de um jurista e do historiador do direito. Ao jurista competiria conhecer o sentido originário da lei aplicá-la/interpretá-la. Ao historiador seria reservado o dever de localizar o valor posicional da história das leis e institutos jurídicos. Portanto, o Min. Relator e os demais que o acompanharam haveriam invertido seu papel institucional como juristas, escusando-se de sua função institucional de interpretar/aplicar o direito, em prol de uma busca do “valor histórico da norma”.

3.2.3 A natureza de Lesa-humanidade dos crimes praticados durante o regime militar

No que se refere à argumentação desenvolvida no voto do Min. Celso de Mello, dizer que as violações anistiadas, questionadas pelo Conselho Federal da OAB, não são imprescritíveis, é afirmar que não são elas crimes de lesa-humanidade, o que não se afigura plausível ou sustentável juridicamente, como bem destacou o Juiz *Ad Hoc*¹², no próprio julgamento do caso Araguaia:

Os crimes de desaparecimento forçado, de execução sumária extrajudicial e de tortura perpetrados sistematicamente pelo Estado para reprimir a Guerrilha do Araguaia são exemplos acabados de crime de lesa-humanidade. Como tal merecem tratamento diferenciado, isto é, seu julgamento não pode ser obstado pelo decurso do tempo, como a prescrição, ou por dispositivos normativos de anistia (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2010, p. 122).

E, além disso, na contramão do que também sustenta o voto do Min. Celso de Mello, acompanhado pela maioria da Corte, não é necessária a subscrição, pelo Estado membro, de algumas normas de direito internacional para que elas operem efeitos plenos no âmbito interno do país – ditas normas *jus cogens*, como é o caso da imprescritibilidade dos crimes de lesa-humanidade. Por mais que o Brasil não haja, formalmente, ratificado a convenção que trata, especificamente, da imprescritibilidade destes delitos de índole intencional, não é este argumento válido para afastar sua aplicação (MOREIRA; CARVALHO, 2013)¹³.

3.2.4 A superação do argumento a respeito da irretroatividade da Lei penal mais gravosa

No que toca à questão da irretroatividade da lei penal mais gravosa e da violação ao princípio da legalidade na esfera criminal, impõe-se destacar, como bem fazem Mendéz e Covelli (2008), que os delitos anistiados (como tortura, sequestro e execuções sumárias) já eram tipificados na ordem intencional – da qual o Brasil fazia parte (vide cap. 1.1) -, durante a

¹² Diz-se “Ad Hoc” o juiz da Corte Interamericana que, nacional ou não do Estado-nação que é parte no julgamento, participa do processo decisório mediante a elaboração de parecer. Numa função análoga à do Ministério Público brasileiro quando atua nas instâncias extraordinárias.

¹³ A Corte interamericana de Direitos Humanos (2010, p. 125) também enfrentou este ponto, assentando que “42 anos após a sua adoção no âmbito internacional, **o Brasil permanece sem a devida ratificação da Convenção sobre Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e dos Crimes de Lesa-Humanidade, não obstante tê-la assinado. Essa omissão certamente foi fruto de pressão política daquele grupo de militares que praticou as atrocidades descritas neste processo. Entretanto, essa falta de ratificação é superada, pois, como já entendeu esta Corte, a sua observância obrigatória decorre do costume internacional e não do ato de ratificação.** A imprescritibilidade desses crimes surge como categoria de norma de Direito Internacional geral, que não nasce com a dita Convenção, mas sim é nela reconhecido.

instauração do regime militar no país e até mesmo antes disso. E, ademais, esta modalidade de crime possui efeitos contínuos, pela extensão do dano que causam, de modo que não se apagam no decorrer do tempo – além da própria natureza jurídica de crime permanente do delito de sequestro. Assim, a Suprema Corte não estaria dando azo a uma aplicação retroativa de leis com índole criminal, mas viabilizando a persecução penal de delitos cuja consumação ainda não foi cessada.

A própria Corte Interamericana de Direitos Humanos (2010, p. 128), por intermédio do juiz Ad Hoc, rechaçou este ponto específico, nos seguintes termos:

[...] Com respeito à suposta afetação ao princípio de legalidade e irretroatividade, a Corte já ressaltou (...) que o desaparecimento forçado constitui um delito de caráter contínuo ou permanente, cujos efeitos não cessam enquanto não se estabeleça a sorte ou o paradeiro das vítimas e sua identidade seja determinada, motivo pelos quais os efeitos do ilícito internacional em questão continuam a atualizar-se. Portanto, o Tribunal observa que, em todo caso, não haveria uma aplicação retroativa do delito de desaparecimento forçado porque os fatos do presente caso, que a aplicação da Lei de Anistia deixa na impunidade, transcendem o âmbito temporal dessa norma em função do caráter contínuo ou permanente do desaparecimento forçado [Grifo nosso].

Bem lembra Ventura (2011, p. 321-322) que, embora não haja menção alguma, até então, no acórdão da ADPF n° 153, à época das violações discutidos no caso Araguaia – e durante todo o período de 1964-1985 – o Brasil, que foi um dos Estados fundadores da ONU, já havia aderido a uma série de atos normativos internacionais, como os descritos na seguinte tabela, disponibilizada no sitio eletrônico oficial do Ministério das Relações Exteriores:

Título	Data da Assinatura	Promulgação	
		Decreto Nº	Data
Convenção sobre a Escravatura	25/09/1926	66	14/07/1965
Convenção sobre o Instituto Indigenista Interamericano	24/02/1940	36098	19/08/1954
Acordo Relativo à Concessão de Título de Viagem para Refugiados sob Jurisdição do Comitê Intergovernamental de Refugiados	15/10/1946	38018	07/10/1955
Convenção Interamericana sobre a Concessão dos Direitos Cíveis à Mulher	02/05/1948	31643	23/10/1952
Convenção Interamericana sobre a Concessão dos Direitos Políticos à Mulher	02/05/1948	28011	19/04/1950
Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio	09/12/1948	30822	06/05/1952
Declaração Universal dos Direitos Humanos	10/12/1948		
Convenção para Melhoria da Sorte de Feridos e Enfermos dos Exércitos em Campanha (I)	12/08/1949	42121	21/08/1957
Convenção para Melhoria da Sorte dos Feridos, Enfermos e Náufragos das Forças Armadas no Mar (II)	12/08/1949	42121	21/08/1957
Convenção Relativa ao Tratamento dos Prisioneiros de Guerra (III)	12/08/1949	42121	21/08/1957
Convenção Relativa à Proteção dos Cíveis em Tempo de Guerra (IV)	12/08/1949	42121	21/08/1957
Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados	02/07/1951	50215	28/01/1961
Convenção sobre os Direitos Políticos da Mulher	31/03/1953	52476	12/09/1963
Convenção Relativa à Escravatura de 1926, em. pelo Protocolo aberto à assinatura na ONU	07/12/1953	58563	01/06/1966
Convenção Suplementar sobre a Abolição da Escravatura, do Tráfico de Escravos e das Instituições e Práticas Análogas à Escravatura	07/09/1956	58563	01/06/1966
Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial	07/03/1966	65810	08/12/1969
Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados	31/01/1967	70946	07/08/1972

Quadro 1 – Atos normativos internacionais já internalizados no ordenamento brasileiro antes das violações ocorridas no contexto da “Guerrilha do Araguaia”.

Em uma análise a respeito desta omissão por parte do STF, Ventura (2011, p. 323) faz o seguinte apontamento:

[...] a Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio já traz, em 1948 (e para o ordenamento positivo brasileiro, por força de sua incorporação, no ano de 1952), a noção de crime internacional. Em segundo lugar, no que diz respeito ao alcance das Convenções de Genebra, nunca é demais precisar que, em virtude de seus três primeiros artigos, comuns às quatro Convenções, as Partes comprometem-se a respeitá-las “em todas as circunstâncias” (art. 1). Dito de modo singelo, as Convenções de 1949, muito além de um direito da guerra entre Estados, “cobrem essencialmente as regras que se aplicam às pessoas em poder de uma Parte adversa”. [como] Prescreve o artigo 3^o¹⁴ [desta convenção].

¹⁴Art. 3^o No caso de conflito armado que não apresente um caráter internacional e que ocorra no território de uma das Altas Partes Contratantes, cada uma das Partes no conflito será obrigada, pelo menos, a aplicar as seguintes disposições: 1) As pessoas que não tomem parte diretamente nas hostilidades, incluindo os membros das Forças Armadas que tenham deposto as armas e as pessoas que tenham sido postas fora de combate por doença, ferimentos, detenção ou por qualquer outra causa, serão, em todas as circunstâncias, tratadas com humanidade, sem nenhuma distinção de caráter desfavorável baseada na raça, cor, religião ou crença, sexo, nascimento ou fortuna, ou qualquer outro critério análogo. Para este efeito, são e manter-se-ão proibidas, em qualquer ocasião e lugar, relativamente às pessoas acima mencionadas: a) As ofensas contra a vida e a integridade física, especialmente o homicídio sob todas as formas, mutilações, tratamentos cruéis, torturas e suplícios; b) A tomada de reféns; c) As ofensas à dignidade das pessoas, especialmente os tratamentos humilhantes e degradantes; d) As condenações proferidas e as execuções efetuadas sem prévio julgamento

Deste modo, houve uma omissão durante o debate, e, conseqüentemente, no próprio acórdão da ADPF nº 153. Isto é, ao considerar isoladamente as violações que se pretendia excluir do alcance da anistia cedida pela Lei nº 6833/79 (observando estritamente ordenamento interno), o STF não enfrentou devidamente o ponto controverso à luz do direito internacional, o que levou a um provimento judicial incompleto por parte da Suprema Corte. Vale lembrar, aliás, que isto acarretou a oposição de embargos de declaração, pelo Conselho federal da OAB, aduzindo argumentação neste sentido (omissão no acórdão).

3.2.5 O limite temporal da competência contenciosa da CIDH e a eficácia dos atos normativos internacionais. Superação do argumento de que a Anistia foi condição para a instalação de um Estado democrático.

No que tange ao fundamento de que a competência contenciosa da CIDH só poderia ser exercida a partir 1998 (quando da ratificação, pelo Brasil, da CADH), sustenta Ramos (2012, p. 112):

[...] No caso brasileiro, em face do ocorrido na chamada “Guerrilha do Araguaia” e nos casos de tortura, homicídios e desaparecimentos forçados, a situação é semelhante. **Os fatos e a lei da anistia são da década de 1970, bem antes do reconhecimento brasileiro da jurisdição obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, mas os corpos continuam desaparecidos e os responsáveis por eventuais violações de direitos humanos continuam impunes, uma vez que a anistia impediu as possíveis ações penais.** Assim, a lógica do Caso Blake pode ser perfeitamente aplicada ao Brasil, tornando ineficaz a cláusula temporal inserida no nosso ato internacional de reconhecimento da jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Saliente-se, por fim, que o Caso Blake, que nos traz essa interpretação sobre os **limites à jurisdição temporal da Corte, foi sentenciado em 24 de janeiro de 1998, quase um ano antes do reconhecimento pelo Brasil da jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos (1998). Ou seja, o Brasil tinha ciência e sabia desse precedente antes de reconhecer a jurisdição da Corte.** (Grifo nosso).

Para Piovesan (2009, p.181), naquilo que tange à premissa de que a Lei de Anistia se legitima por seu caráter amplo, geral e bilateral:

[...] a lei de anistia de 1979, que abrange crimes políticos praticados entre 1961 a 1979, **há que se afastar a insustentável interpretação de que, em nome da conciliação nacional, a lei de anistia seria uma lei de “duas mãos”, a beneficiar torturadores e vítimas. Esse entendimento advém da equivocada leitura da expressão “crimes conexos” constante da lei. Crimes conexos são os praticados**

realizado por um tribunal regularmente constituído, que ofereça todas as garantias judiciais reconhecidas como indispensáveis pelos povos civilizados (BRASIL, 1957).

por uma pessoa ou grupo de pessoas, que se encadeiam em suas causas. Não se pode falar em conexidade entre fatos praticados pelo delinquente e pelas ações de sua vítima. A anistia perdoou a estas e não a aqueles; perdoou as vítimas e não os que delinquem em nome do Estado. Ademais, é inadmissível que o crime de tortura seja concebido como crime político, passível de anistia e prescrição. [Grifo nosso]

Desta forma, o STF deveria posicionar-se expressa e oficialmente a respeito do julgamento da CIDH, e rever sua jurisprudência para, fazendo uma análise a respeito da convencionalidade da lei de anistia brasileira, declará-la inválida e viabilizar a persecução penal daqueles agentes do Estado que patrocinaram crimes comuns durante o regime de exceção (PIOVESAN, 2009).

Piovesan (2009, p. 183-184), de outra banda, também anota que se considerarmos o sistema global de proteção dos direitos humanos, caberia menção à recomendação nº 20, de abril de 1992, adotada pelo comitê de Direitos Humanos a respeito do art. 7º do Pacto de Direitos Civis e Políticos, que enuncia que as anistias são geralmente incompatíveis com o dever dos Estados de investigar tais atos; para garantir a não ocorrência de tais atos dentro de sua jurisdição; e para assegurar que não ocorram no futuro.

Os Estados não podem privar os indivíduos de seu direito a um recurso eficaz, inclusive à possibilidade de compensação e plena reabilitação.

Para essa autora, ademais, respeitar e programar mecanismos de justiça de transição na experiência brasileira é um imperativo decorrente das obrigações jurídicas assumidas pelo Estado Brasileiro no campo dos direitos humanos, de tal forma que:

Faz-se fundamental romper com o continuísmo autoritário no ambiente democrático. **A justiça de transição demanda o direito à justiça, o direito à verdade e reformas institucionais – temas que permanecem negligenciados na experiência brasileira. Faz-se necessário viabilizar transformações profundas no aparato repressivo de segurança herdado do regime militar** (PIOVESAN, 2009, p. 187) (Grifo nosso).

A norma - neste caso, a Lei de Anistia -, deve ser vista, não isoladamente, mas a partir de uma ótica constitucional e também internacional/convencional. O próprio Grau (2014, p. 137), em uma de suas obras, já pontuou isso de maneira bem clara, no sentido de que não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços. A interpretação é do direito, não de textos isolados, desprendidos do direito. Um texto de direito isolado [...] não expressa significado normativo algum.

E, apesar do seu dito caráter “bilateral” a Lei nº 6683/79 é, perfeitamente, caracterizada como uma Lei de “Auto anistia”, pois cede anistia aos opositores para melhor

extinguir a punibilidade dos crimes consumados pelos próprios agentes do Estado, prática esta absolutamente repudiada pela comunidade internacional. Isto é, essa bilateralidade é um reconhecimento por parte do Estado da sua própria torpeza.

Demais disso, afora o caso peruano, as demais leis de anistia editadas na América Latina (como no Chile e na Argentina¹⁵) possuíram um caráter tão bilateral quanto a Lei de Anistia nacional, e justamente por isso foram consideradas como “leis de auto anistia”¹⁶ (SOUSA, 2010, p. 40-41):

A própria Corte Interamericana de Direitos Humanos (2006) foi categórica ao afastar a incidência da Lei de Anistia chilena, assentando que:

El Estado incumplió sus obligaciones derivadas de los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y violó los derechos consagrados en los artículos 8.1 y 25 [...] Al pretender amnistiar a los responsables de delitos de lesa humanidad, el Decreto Ley No. 2.191 es incompatible con la Convención Americana y, por tanto, carece de efectos jurídicos, a la luz de dicho tratado [...] Las autoamnistías no son verdaderas leyes, por cuanto desprovistas del necesario carácter genérico de éstas, de la idea del Derecho que las inspira (esencial inclusive para la seguridad jurídica), y de subyugación del bien común. Ni siquiera abusan la organización o reglamentación de las relaciones sociales para la realización del bien común. **Todo lo que pretenden es substraer de la justicia determinados hechos, encubrir violaciones graves de derechos, y asegurar la impunidad de algunos. No satisfacen los mínimos requisitos de leyes, todo lo contrario, son aberraciones antijurídicas**(Grifo nosso)¹⁷

Sendo assim, parafraseando Ramos (2011), a técnica de distinção aplicada pelo Min. Celso de Melo, na DPF nº 153, acompanhada pela maioria de seus pares, para que fosse excluído entendimento de que a anistia nacional não deveria se submeter ao entendimento de

¹⁵O Dec. Lei nº 2.191 de 1978 do Chile instituiu que “Artículo 1º Concédese amnistía a todas las personas que, en calidad de autores, cómplices o encubridores hayan incurrido en hechos delictivos, durante la vigencia de la situación de Estado de Sitio, comprendida entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1978, siempre que no se encuentren actualmente sometidas a proceso o condenadas” (CHILE, 1978).

¹⁶O Tribunal, mais do que o processo de adoção e à autoridade que emitiu a Lei de Anistia, se atém a as *ratio legis*: deixar impunes graves violações ao direito internacional cometidas pelo regime militar. A incompatibilidade das Leis de anistia com a convenção Americana nos casos de graves violações de direitos humanos não deriva de uma esfera formal, como sua origem, mas sim de aspecto material na medida em que violam direitos consagrados nos art. 8 e 25, em relação com os arts. 1.1 e 2 da Convenção (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2010, p. 65).

¹⁷O Estado descumpriu obrigações derivadas dos artigos 1.1 e 2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, e violou os direitos consagrados nos artigos 8.1 e 25 [...] Ao pretender anistiar os responsáveis por delitos de lesa humanidade, o Decreto Lei nº 2191 é incompatível com a Convenção Americana, e, portanto, carece de efeitos jurídicos, à luz do citado tratado. As auto-anistias não são verdadeiras leis, porque desprovidas do necessário caráter genérico destas, da Ideia de Direito que as inspira (essencial inclusive para a segurança jurídica), e de sua busca pelo bem comum. Nem mesmo buscam a organização ou regulamentação das relações sociais para a realização do bem comum. **Tudo o que pretendem é retirar da justiça determinados fatos, encobrir violações graves de direitos e assegurar a impiedade de alguns. Não satisfazem os mínimos requisitos de leis, pelo contrário, são aberrações antijurídicas** (tradução nossa).

que era incompatível com a CADH, foi completamente apartada da jurisprudência reiterada da mencionada Corte Internacional.

Como bem conclui Ventura (2011, p. 340), aliás, a sistemática tentativa de equiparar resistentes e violadores, embora prospere facilmente no plano ideológico, não prevalece no âmbito jurídico, de modo que o julgamento do Supremo se afigura politicamente indispensável, mas juridicamente incorreto.

3.2.6 Justiça de transição

Outro motivo que apontamos para o equívoco da posição adotada pelo STF, ao julgar improcedente a ADPF nº 153, é que seria este julgado um entrave para o desenvolvimento do processo de justiça transacional no Brasil. Sem nenhuma pretensão de esgotar o debate acerca do tema, ou traçar considerações mais profundas a seu respeito, faremos uma breve exposição no tocante a como a decisão do STF afeta a ideia de justiça de transição.

A Justiça de Transição, de uma maneira mais direta, é o conjunto de medidas jurídicas, políticas e sociais, voltadas para o restabelecimento da democracia em uma sociedade marcada por um período de forte violação de direitos humanos, como em guerras civis, guerras entre Estados ou durante regimes autoritários.

O processo de justiça de transição após estas experiências autoritárias compõe-se de pelo menos quatro dimensões fundamentais: (i) a reparação, (ii) o fornecimento da verdade e a construção da memória, (iii) a regularização da justiça e o restabelecimento da igualdade perante à lei, com a responsabilização criminal dos autores das violações aos direitos humanos e (iv) a reforma das instituições perpetradoras de violações contra os direitos humanos (ABRÃO; TORELLY, 2011, p. 212).

Como bem rememora Santos (2010), o termo *transitional justice* (justiça de transição) foi cunhado pela professora de direito Ruti Teitel em 1991, referindo-se aos processos de transformação política e jurídica nos contextos de transições para as “novas democracias” na América Latina e na Europa do Leste.

O Estado de Direito adquire características excepcionais em momentos fundacionais como os de transição política [...] tanto prospectivo quanto retrospectivo, contínuo e descontínuo, e vai além de suas funções habituais, interligando-se à política em um esforço construtivo. [...] nos momentos de transição, como a função do direito é promover a construção da mudança política, manifestações jurídicas transicionais são mais vivamente afetadas por valores políticos em regimes de transição do que

em contextos onde o Estado de Direito encontra-se firmemente estabelecido. (SANTOS, 2010, p. 136).

Em síntese, trata-se da necessidade de uma adoção de uma política pública, após a instituição de um Estado de Direito, a qual objective reconciliar uma sociedade com seu passado, esclarecendo e garantindo o direito à informação acerca dos eventos ocorridos durante um Estado de exceção anterior, para que experiências autoritárias não mais se repitam e, para que haja a devida reparação em favor daqueles que foram perseguidos ou vitimados de qualquer forma pelo regime de Estado anterior.

Exemplos claros de medidas de justiça transacional, inclusive dentre as adotadas no Brasil, estão na criação de uma Comissão da Verdade, na reparação pecuniária das vítimas sobreviventes e familiares, ou mesmo em um pedido oficial de desculpas efetuado pelos dirigentes do atual governo, e, além disso, na reestruturação das instituições e responsabilização criminal dos agentes do Estado que, no regime de exceção, patrocinaram graves violações de direitos humanos.

A garantia de não repetição, mais especificamente, como prevê a Resolução nº 60/147 da ONU, refere-se à titularização da sociedade civil no controle às ações do Estado e das forças militares e de segurança, ao fortalecimento da independência do Poder Judiciário, à modificação da legislação para coibir novas violações e à criação de mecanismos de resolução e monitoramento de conflitos sociais. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2005).

No que tange ao amparo a ser ofertado para as vítimas, o qual se encontra expresso no Direito Internacional dos Direitos Humanos, computa-se a ajuda material, a assistência psicológica e as medidas como os memoriais, os monumentos e os museus.

A mesma resolução 60/147 da ONU prevê, de maneira bastante elucidativa, que a reparação deve-se dar por diversas perspectivas e simultaneamente compreendendo i) restituição; ii) compensação, iii) reabilitação, iv) satisfação e v) garantias de não-repetição (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2005).

Para Sousa (2010, p. 72), a busca pela verdade, a reparação, a reforma das instituições e os julgamentos, em conjunto, possibilitam que as memórias dos oprimidos encontrem seu lugar dentro do espaço público e, dando voz oficial a estes, abre margem para que o perdão, embora ainda difícil, seja possível.

No que toca à crítica feita ao posicionamento do STF, no sentido de que ele obstará um processo de justiça de transição completo no Brasil, o ponto que interessa é a

reforma das instituições e a persecução criminal dos agentes que cometeram graves violações de direitos humanos. Estender os efeitos da anistia a crimes comuns é inviabilizar a persecução criminal dos agentes do Estado e, por via obliqua, tolher o direito de acesso à justiça e à verdade das vítimas e familiares.

Deste modo, tomando como base a premissa de que a instauração de um Estado de direito pressupõe a concretização de todas as dimensões da justiça transacional, superar o precedente firmado na ADPF nº 153, nos moldes em que atualmente se encontra, é condição de possibilidade para que a sociedade brasileira se reconcilie com seu passado e possa assentar bases concretas para um período de estabilização democrática institucional (BRAGATO; COUTINHO, 2012).

3.2.7 A tese da razão sem voto

Por fim, é interessante apontar, ainda que muito brevemente, uma terceira perspectiva (além daquela adotada pela CIDH e doutrina, e pelo STF) a respeito deste fenômeno – o desalinhamento entre a decisão do STF e da CIDH. O agora Ministro da Suprema Corte, Luís Roberto Barroso, em artigo científico intitulado “*A razão sem voto*”, veicula a ideia de que nem sempre é possível chegar-se a uma única resposta juridicamente adequada, para cada caso concreto. Como coloca Barroso (2015, p. 35):

Qual a resposta correta? Onde está a verdade? **O fato inegável é que, mesmo quem se oponha ao relativismo moral e reconheça a existência de um núcleo essencial do bem, do correto e do justo, há de admitir que nem sempre a verdade se apresenta objetivamente clara, capaz de iluminar a todos indistintamente.** Dependendo de onde se encontre o intérprete, do seu ponto de observação, será noite ou será dia, haverá sol ou haverá sombra. É preciso conjurar o risco do stalinismo jurídico, em que algum “farol dos povos” de ocasião venha a ser o portador da verdade revelada, com direito a promover o expurgo dos que pensam diferentemente. [Grifo nosso].

Para Barroso (2015), mesmo neste caso da APDF nº 153, tanto é possível concluir que a Lei de Anistia foi uma escolha política legítima, quanto que foi ela uma saída escusa daqueles que detinham o poder para se imunizarem. Posição esta que é contrária à teoria do direito de Dworkin – para quem só há uma única resposta juridicamente adequada para cada caso específico -, como reconhece o próprio Barroso, inclusive.

Streck (2002), já parte de uma perspectiva teórica que busca afastar estas teses relativistas do direito. Parafraseando suas colocações, interpretar é diferente de dar opinião,

assim como decidir é diferente de escolher. Sustenta que o direito deve possuir autonomia frente a questões morais ou políticas. De modo que é possível (e bastante frequente) a coexistência de duas ou mais respostas políticas ou morais possíveis para o mesmo caso. Porém, há somente uma resposta correta pela perspectiva jurídica. Ao tratar desse fenômeno de divergência interpretativa a respeito da Lei de Anistia, Streck (2008, p.1) sugere que:

Antes de tudo, parece que as divergências se dão principalmente em razão da visão de mundo de cada um. Misturam-se, inclusive, as concepções pessoais com a análise jurídica (algo como “esquerda” e “direta” do direito). Mas não deve ser assim. Por isso tem razão Ronald Dworkin, jurista norte-americano, cujas posições se aproximam das de Gadamer - com as quais concordo -, para quem os argumentos no direito devem ser de princípio, e não de política (ou de moral). Não importa a concepção moral que o juiz tem sobre determinada matéria; pode importar para ele (e, com certeza, importa), mas isso não significa que ele possa colocá-las acima da Constituição.

E, quando trata de forma mais direta da interpretação ampla conferida à conexão criminal disposta na Lei de Anistia, que foi questionada pelo Conselho Federal da OAB na ADPF nº 153, Streck (2008, p. 1) veicula a seguinte perspectiva:

A Lei da Anistia sequer necessita ser declarada nula, porque, afinal, ela jamais englobou os torturadores. O que é nulo, defeituoso em termos jurídicos, é a sua interpretação e o alargamento de seus efeitos, é dizer que a eficácia da Lei foi para além de seu conteúdo semântico aceito pela tradição (no sentido gadameriano da palavra). Fizeram com a Lei da Anistia e as leis subseqüentes o que estas não previam. [...] Mesmo que a Constituição atual seja posterior à Lei de Anistia, isso não significa que o Parlamento brasileiro poderia ter aprovado qualquer tipo de lei que protegesse deficientemente ou insuficientemente os direitos humanos das vítimas do regime militar. Os limites já estavam lá, conforme se pode ver nos Tratados Internacionais dos quais o Brasil era firmatário, naquela época. Logo, se o Brasil se comprometeu a punir com rigor a tortura, seria incoerente que aprovasse uma lei “inocentando” aqueles que praticaram esse tipo de crime.

Tecidas estas considerações, no capítulo seguinte faremos uma exposição a respeito de quais mecanismos dispomos (ou não) para executar a sentença do caso Araguaia, neste cenário específico.

4 A (IM)POSSIBILIDADE JURÍDICA DE COMPELIR O ESTADO BRASILEIRO AO CUMPRIMENTO DA SENTENÇA, PROLATADA PELA CIDH, NO CASO ARAGUAIA

Quis custodiet ipsos custodes?
(quem vigia os vigilantes?)
- Juvenal, poeta romano

Este último capítulo desenvolve-se no intuito de apontar a (in)viabilidade jurídica de compelir o Estado Brasileiro ao cumprimento da Sentença proferida pela CIDH, objeto desta pesquisa. Para alcançar este fim, serão abordados os meios dos quais dispomos (ou não) para executar as sentenças da CIDH em território brasileiro, assim como a discussão feita no bojo da ADPF nº 320/DF e os impactos do possível desfecho desta arguição, no que tange ao tema deste capítulo.

E, antes de se tratar mais diretamente destes objetivos, serão tecidas algumas considerações a respeito da relevância e do papel da existência das Cortes Internacionais, no plano da aplicação dos direitos humanos. Vejamos.

4.1 O papel das Cortes Internacionais no plano dos Direitos Humanos

Antes de adentrar mais diretamente o objetivo deste capítulo, é interessante ressaltar a razão pela qual a existência das Cortes Internacionais é tão relevante, sendo esta questão, mesmo que por via reflexa, objeto de debate desde o berço da civilização ocidental.

Platão (2002) em sua obra a República, numa passagem do livro onde descreve, para seu mentor Sócrates, os moldes de uma sociedade ideal, aduz que seria ela composta, basicamente, por três camadas: os escravos, os civis e os “guardiões”, sendo estes últimos uma espécie de dirigentes governantes da *polis*, que deliberariam entre si e decidiriam as questões relativas ao setor público, em prol do bem comum.

É aí que, durante as linhas de diálogo, Sócrates faz uma indagação no sentido de perquirir - embora os guardiões atuem em favor da polis, e seja essa sua razão de existir - quem guarda os guardiões? Platão, então, tenta responder à questão afirmando que eles próprios nos defenderiam deles mesmos (PLATÃO, 2002). Se transpusermos o raciocínio da pergunta de Sócrates para o contexto em que se desenvolve este trabalho monográfico,

tomando os guardiões como o Estado (no sentido de governo), chegamos ao ponto que interessa.

O Estado brasileiro, assim como os guardiões de que falava Platão, existe para gerir os recursos públicos e promover o bem comum – como determina o art. 3º da própria CRFB¹⁸. Mas quem nos protege quando quem, em tese, deveria fazê-lo mas, na contramão disso, abusa de seu poder e prejudica seus tutelados? A resposta é similar à do próprio Platão, mas com algumas peculiaridades.

Primeiro, o Estado brasileiro, da forma como foi desenhado institucionalmente pelo constituinte de 1988, de fato, visa proteger-nos dele próprio (com a incorporação da ideia iluminista de separação dos poderes¹⁹). Mas, além disso, nos viabiliza uma segunda via para nos proteger de seus abusos, que é, justamente, a possibilidade de recorrer a Cortes Internacionais de Direitos Humanos – como já foi discutido no primeiro capítulo. Nenhum poder, democraticamente concebido, é absoluto, irrestrito ou incontestável. É dessa premissa que surge, a propósito, a noção de Estado de Direito (STRECK, 2002).

Não que seja a CIDH, por exemplo - importante esclarecer - uma instância de revisão das decisões exaradas pela Suprema Corte que tratem ou não de abusos dos agentes do Estado – como é o caso do debate que orbita a ADPF nº153 e a convencionalidade da Lei de Anistia. Com efeito, nas palavras de Ramos (2011, p. 3), as Corte Internacionais servem para coibir, de maneira perene, a ocorrência do que chama: “efeito ilusionista”. O autor nomina o dito fenômeno como sendo a prática de um país que, contraindo obrigações e responsabilidades no plano internacional, descumpre-as de maneira contumaz, e sustenta as estar cumprindo mediante sua própria interpretação. Essa “mágica de ilusionista” é possível por ser a sociedade internacional paritária e descentralizada, na qual o Estado é, ao mesmo tempo, produtor, destinatário e aplicador da norma.

No Brasil, o reconhecimento da jurisdição de diversos Tribunais Internacionais, como é o caso da própria CIDH e do TPI, faz com que o país se destaque neste aspecto de evitar o efeito indesejável. Neste contexto, Ramos (2011, p. 175-176) pondera que:

No campo dos direitos humanos era fácil o “ilusionismo” e talvez isso tenha distorcido a aplicação dos tratados dessa matéria no Brasil. [...] Era possível

¹⁸Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (BRASIL, 1988).

¹⁹Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário (BRASIL, 1988).

[inclusive] que um determinado Tribunal Superior brasileiro invocasse as garantias processuais penais à luz da CADH e sequer citasse um precedente da CIDH, criando uma “convenção paralela” ou ainda uma verdadeira “Convenção Americana de Direitos Humanos Brasileira” [...] Isso era tão absurdo quanto imaginarmos a interpretação e aplicação por anos a fio da Constituição brasileira sem menção a qualquer precedente do STF: Depois de algum tempo teríamos uma “Constituição B”, totalmente diferente daquela aplicada diuturnamente pelo STF.

Isso ignifica dizer que não basta a simples ratificação de um tratado internacional, ou defender o status supralegal das normas internacionais de proteção de direitos humanos. É preciso reconhecer uma instituição que interprete, de maneira legítima e definitiva, o teor destes textos – tanto numa jurisdição contenciosa quanto consultiva. Mazzuoli (2009, p. 2-3) corrobora essa premissa e, ainda, considera que é necessário compatibilizar a jurisprudência do STF sobre os direitos protegidos por este tratado com a posição hermenêutica dos citados órgãos internacionais. E este é um desafio que, com o julgamento da ADPF nº 153, torna-se bastante agudo.

Todo ato normativo interno ou mesmo qualquer ato e soberania dos Estados modernos, para que opere efeitos jurídicos válidos, deve-se submeter a uma dupla compatibilidade vertical material. Isto é, o controle da produção normativa doméstica deve respeitar tanto os parâmetros de constitucionalidade quanto de convencionalidade, tanto na via concentrada quanto difusa, umas vez que os tratados e convenções internacionais são materialmente constitucionais - art. 5º, §2º, CRFB/88 – (MAZZUOLI, 2009). Elucida bem esta questão o autor quando coloca:

Sob esse ponto de vista – de que, em geral, os tratados internacionais têm superioridade hierárquica em relação às demais normas de estatura infraconstitucional, quer seja tal superioridade constitucional, como no caso dos tratados de direitos humanos, quer supralegal, como no caso dos demais tratados, chamados de comuns –, é lícito concluir que a produção normativa estatal deve contar não somente com limites formais (ou procedimentais), senão também com dois limites verticais materiais, quais sejam: a) a Constituição e os tratados de direitos humanos alçados ao nível constitucional; e b) os tratados internacionais comuns de estatura supralegal. Assim, uma determinada lei interna poderá ser até considerada vigente por estar de acordo com o texto constitucional, mas não será válida se estiver em desacordo com os tratados de direitos humanos (que têm estatura constitucional) ou com os demais tratados dos quais a República Federativa do Brasil é parte (que têm status supralegal) (MAZZUOLI, 2009, p. 9-10).

Ademais, a prática reiterada dos Estados e das Cortes Internacionais é considerar a norma interna um mero fato, que expressa a vontade do Estado. Ou seja, não se reconhece sequer o caráter jurídico das mesmas normas, uma vez que o Direito Internacional possui suas próprias fontes normativas e o Estado é considerado *uno* perante a comunidade internacional (RAMOS, 2012).

Neste contexto, o papel da CIDH, no âmbito sua jurisdição internacional (consultiva e contenciosa) é de uniformizar a interpretação e aplicação da CADH para materializar um Estado de Direito que observa também, como determina a própria CRFB/88, o ordenamento internacional.

4.2 Os meios de execução das Sentenças exaradas pela CIDH no ordenamento brasileiro

A CIDH é um dos instrumentos existentes no sistema americano de proteção dos direitos humanos que não possui, propriamente, as atribuições e poderes inerentes aos órgãos jurisdicionais internos dos Estados que se submetem à sua jurisdição. Seus julgados, por exemplo, não são autoexecutáveis. E, embora as sentenças da CIDH possuam uma natureza constitucional²⁰, que dispensa, inclusive, homologação pelo STJ²¹, as decisões emanadas da Corte de San Jose, para que sejam exequidas, dependem, em grande medida, que o país signatário de sua jurisdição as cumpra de espontaneamente.

Apesar da nomenclatura “Corte” ou “Tribunal”, a natureza jurídica da CIDH é de órgão de deliberação internacional, assim como a Assembleia Geral da ONU. E isso redundando na lógica conclusão de que não há hierarquia entre a CIDH e os Tribunais locais. (RAMOS, 2012, p. 113).

A CIDH dá os parâmetros e institui obrigações ao Estado-nação condenado, mas não possui mecanismos diretos para compelir, *stricto sensu*, o país que não respeita suas decisões (seja as de cunho indenizatório ou as que instituem obrigação de fazer). São ausentes institutos como penhora, sequestro, arresto ou uma polícia judiciária sob o seu comando, por

²⁰O reconhecimento da interpretação internacional dos tratados ratificados pelo Brasil é consequência óbvia dos vários comandos constitucionais que tratam de “tratados de direitos humanos”, como os parágrafos 2º e 3º do art. 5º. [...] Além disso, o sistema constitucional brasileiro possui uma particularidade: a existência do art. 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), que dispõe expressamente que “O Brasil propugnará pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos”. [...] Assim, a conclusão é de que as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, cuja jurisdição o Brasil reconheceu, são vinculantes e possuem força constitucional (RAMOS, 2012, p. 113).

²¹Segundo Ramos (2011), a sentença exarada pela CIDH não se equipara a sentença estrangeira, para fins do art. 105, I, “i”, da CRFB, cuja redação foi dada pela Emenda Constitucional nº 45. Homologação esta que é um processo pelo qual se averigua a possibilidade, ou não, de a decisão de outro país ofender a ordem pública nacional. A Corte Interamericana de Direitos Humanos é um órgão internacional, sua sentença tem a natureza jurídica de decisão de uma organização internacional. A decisão de uma organização internacional não encontra identidade em uma sentença judicial oriunda de um Estado estrangeiro. Logo, não é necessário nem autorizado, pelo nosso ordenamento, a homologação da citada sentença internacional pelo Superior Tribunal de Justiça, sob pena de violarmos a própria Constituição brasileira que estabelece os limites da competência do STJ.

exemplo, o que não significa que não haja caminhos por via indireta para que o Estado-membro obedeça seus comandos, ainda que com certa relutância ou mesmo que não exista responsabilização internacional para caso de uma inércia contumaz (RAMOS, 2004).

Sendo assim, tomando por base o caso específico da Guerrilha do Araguaia e a ADPF nº 153, podemos destacar algumas hipóteses para que o país proceda ao cumprimento integral da decisão proferida pela CIDH, ainda que contrária a precedente do STF.

A primeira possibilidade para que isto ocorra se dá no âmbito interno do país, com uma reconsideração do STF acerca da própria decisão da ADPF nº 153, que ainda não transitou em julgado, conferindo efeitos infringentes aos embargos de declaração opostos e ainda pendentes de julgamento, considerando, também, que a composição do STF foi bastante alterada desde o início do julgamento. Desde o julgamento da ADPF, ingressaram na Corte os Ministros Luiz Fux, Rosa Weber, Teori Zavascki, Edson Fchin e Luís Roberto Barroso.

A segunda hipótese para cumprimento da aludida decisão da CIDH também se dá na via interna. Sendo através de uma ação política (por uma atuação dos três poderes e do Ministério Público) e da sociedade civil, independente de um pronunciamento oficial do próprio STF, a qual buscasse efetivar, desde já, as determinações dispostas na decisão da CIDH.

Neste contexto, caberia ao Executivo Federal (enquanto legítimo representante administrativo da União), promover a maior parte das obrigações impostas na sentença do caso “Araguaia”. Como leciona Ramos (2011, p. 220), primeiramente caberia ao Ministério da Justiça, numa atuação conjunta com o Departamento de Polícia Federal, o dever de investigar e elaborar os inquéritos pertinentes às violações, que, até pelo grau de complexidade, devem receber atenção e atuação diferenciada.

E outro ponto fulcral a ser empreendido pelo Executivo é a plena disponibilização de documentos e arquivos pertinentes às operações realizadas no Araguaia, a fim de facilitar a busca pela verdade e pelos restos mortais das vítimas. Além de instituir políticas públicas de favorecimento às vítimas e familiares, como acompanhamento psicológico e publicação das sentenças, e pedidos públicos de retratação.

Já ao Legislativo caberia elaborar as leis, para incluir no orçamento as indenizações, fixar parâmetros para estruturar uma comissão da verdade, além de tipificar o delito de desaparecimento forçado (RAMOS, 2012).

Ao Poder Judiciário caberia, como não poderia ser diferente, superar o precedente da ADPF °153, à luz do direito internacional dos direitos humanos, além de viabilizar a concretude da atuação dos demais poderes e do Ministério Público.

E, ao *Parquet*, pelo teor da sentença do caso “Araguaia”, que impacta diretamente nas suas atribuições constitucionais²², caberia a propositura de ações penais com vistas à responsabilização pessoal dos agentes repressores, bem como o arquivamento de eventuais inquéritos policiais que ensejam esta diligência.

Uma segunda opção para que se torne a decisão da CIDH efetiva é, além de uma revisão política ou judicial interna da Lei de Anistia, e de uma atuação conjunta dos poderes da República, independentemente de um pronunciamento oficial do STF, seria através de uma pressão política externa, no âmbito da própria OEA.

E isso inclui a instauração de um longo processo de responsabilização internacional que pode culminar em diversas sanções, como as de caráter econômico, e inclusive com a expulsão do país da OEA. Na doutrina de Ramos (2012, p. 115):

Com o desenvolvimento da prática internacional de responsabilidade internacional do Estado por violação de direitos humanos, observa-se uma tendência de supervisão internacional da execução de suas decisões. É aberta a porta para uma dupla condenação do Estado: por violação de direitos humanos protegidos e pelo não cumprimento em boa-fé da decisão internacional. É o que acontece no sistema interamericano, no qual a Corte Interamericana de Direitos Humanos averigua o cumprimento dos termos dispositivos de suas sentenças antes de determinar o arquivamento do feito. Essa dupla condenação pode acarretar a imposição de sanções coletivas capazes de obrigar o Estado infrator a finalmente cumprir as deliberações internacionais. Como já vimos, há a possibilidade do recurso às sanções coletivas no plano universal, através da ação do Conselho de Segurança, no plano regional europeu, através do Comitê de Ministros do Conselho da Europa, e mesmo no plano interamericano, através de uma deliberação da Assembleia Geral da OEA (RAMOS, 2012, p. 106).

Bragato e Coutinho (2012), também salientam, no mesmo sentido, que é inviável a possibilidade do Brasil sequer cogitar em descumprir a decisão, pois, afora o constrangimento político na seara institucional, o país pode até ser expulso da OEA, respondendo a mais processos no âmbito da CIDH.

²²Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: **I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;** II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia; III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; IV - promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição; V - defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas; VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva; VII - exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior; **VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;** (BRASIL, 1988) (Grifo nosso).

4.2.1 A discussão e possível desfecho da ADPF N° 320/DF

Como já foi aventado na parte introdutória deste trabalho monográfico, ante a inércia do Estado brasileiro, e do próprio STF, o PSOL ajuizou uma segunda APDF, de n° 320, provocando o Supremo Tribunal para que se pronunciasse a respeito da força vinculante ou não da decisão emanada da CIDH no caso Araguaia. A arguição foi posta para julgamento em apenso junto aos autos da ADPF n° 153.

Já houve parecer da PGR no bojo desta ação constitucional, pelo provimento parcial da ADPF, consignando muito do que já foi discutido até aqui. Dentre outras tantas coisas relevantes, destacam-se os seguintes trechos:

No mérito, a arguição de descumprimento de preceito fundamental merece procedência parcial, nos termos e pelas razões abaixo enumerados [...] **A omissão do Estado brasileiro em dar cumprimento à decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos fere preceitos fundamentais do art. 5o , §§ 2 o e 3o** , que determinam a prevalência, no ordenamento interno, até mesmo sobre normas constitucionais, dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pela República Federativa do Brasil [...] Como no caso, ao ignorar a jurisdição da Corte Interamericana e considerar suas decisões como não vinculativas do Brasil, o efeito prático é a negativa de vigência a ambos os dispositivos. O cumprimento de suas sentenças é mandatório, nos termos da obrigação internacional firmada pela República. O artigo 68.1 da própria Convenção estabelece: “Os Estados-partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo caso em que forem partes.” Dever idêntico resulta da própria Constituição brasileira. É correto o entendimento explicitado por ANDRÉ DE CARVALHO RAMOS e outros acadêmicos, segundo o qual não há conflito entre a decisão do STF na ADPF 153/DF e a da Corte de São José no caso GOMES LUND, uma vez que finalidade essencial de ambos os tribunais é a proteção dos direitos fundamentais (BRASIL, 2014, p. 37-49).

Sendo assim, caso acompanhe o raciocínio sustentado pela PGR no parecer que oferta, o STF pode rever seu precedente e superá-lo. E, caso assim aconteça, também haverá efetivação da sentença da CIDH. Contudo, desde a sua propositura em 2014, a aludida ADPF, proposta pelo PSOL, não foi pautada para julgamento.

E, mesmo após a decisão da CIDH, o STF, ainda que pela estrita via da reclamação, vem se pronunciando no sentido contrário ao que foi deliberado na Corte Interamericana. Em setembro de 2014, por exemplo, o STF, determinou o trancamento da ação penal ao julgar a medicação cautelar na reclamação constitucional n° 18.686/RJ, que versava a respeito do trancamento ou não de uma ação penal que imputava aos reclamantes a participação no homicídio e ocultação de cadáver do Deputado Rubens Beyrodt Paiva, além de fraude processual e quadrilha, relacionados com aqueles fatos típicos, que teriam ocorrido em janeiro de 1971, durante o regime de exceção e com ligações políticas relacionadas aos

crimes. E o fez, justamente, porque a ação penal ignorava o precedente firmado na ADPF nº 153.

Em vez de acompanhar o raciocínio da CIDH, afastando a incidência da Lei de Anistia, o STF se manifestou no sentido de que não há como negar que a decisão reclamada é incompatível com o que decidiu esta Suprema Corte no julgamento da ADPF 153, em que foi afirmada a constitucionalidade da Lei 6.683/79 (Lei de Anistia) e definido o âmbito da sua incidência (crimes políticos e conexos no período de 02/09/1961 a 15/08/1979, entre outros) (BRASIL, 2014, p. 4-7). Com estas considerações, decidiu o relator:

Essa decisão do Supremo Tribunal Federal, proferida no âmbito de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF, é dotada de eficácia erga omnes e efeito vinculante (art. 10, § 3º da Lei 9.882/99), podendo seu cumprimento ser exigido por via de reclamação (art. 13). Defiro a liminar pleiteada, determinando a suspensão da ação penal 0023005-91.2014.4.02.5101, inclusive a audiência designada. Solicitem-se informações ao Juiz Federal da 4ª Vara Federal Criminal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro.

A mesma providência foi tomada na Reclamação 19.760/SP, sob a relatoria da Min. Rosa Weber, já em abril de 2015, a qual, explicitando a ressalva de que, em julgamento definitivo, pode vir a adotar posição contrária, fez remissão direta ao precedente da Reclamação nº 18.686/RJ, e das ADPFs nº 153 e 320, afirmando que são elas prejudiciais de mérito para o andamento das ações ordinárias que tramitam em desfavor dos reclamados (BRASIL, 2015). Posteriormente, ante a notícia de falecimento do reclamante, já em novembro de 2015, a reclamação foi extinta sem exame de mérito.

5 CONCLUSÃO

O regime militar no Brasil foi constituído como um regime de exceção (com supressões e violações arbitrárias de diversos direitos políticos e civis) e o próprio Estado brasileiro admitiu isso ao editar a L. nº 9140/95.

Como observado no primeiro capítulo, certas normas de direito internacional possuem características bem peculiares. São as ditas normas *Jus cogens* que detêm caráter *cogente* e *inderrogável*, operando plenos efeitos independente de uma ratificação formal do Estado, como é o caso da responsabilização por graves violações de direitos humanos. Isto é, por escolher fazer parte de uma comunidade internacional, o Brasil reconhece a existência dos crimes de lesa-humanidade e submete-se à responsabilização em virtude de eventual consumação destes tipos.

Esta modalidade de crime, já tipificado na seara internacional desde o Estatuto do Tribunal de Nuremberg e incorporado ao Estatuto de Roma (que foi ratificado pelo Brasil), é, pela sua própria natureza, imprescritível e insuscetível de anistia. Esta tipificação rigorosa é fruto de um processo histórico surgido a partir de um movimento internacional que visava coibir a repetição da sanguinolência e brutalidade de diversas tragédias ocorridas durante o século XX – como foi o caso da Alemanha nazista, por exemplo.

Fazendo uso da categoria criada por Ávila (2005), a existência de normas *jus cogens* se afirma como um verdadeiro postulado normativo aplicativo. Ou seja, não se trata, propriamente, de uma regra ou princípio, mas de uma descrição estruturante para aplicação de outras normas cuja função é efetivar e otimizar a aplicação de princípios e regras.

Além do que, as violações objeto de análise pela CIDH, no caso “Araguaia”, como coloca a própria Corte Internacional, são caracterizadas, justamente, como crimes de lesa-humanidade, o que, pelo que decidiu a CIDH, dá ensejo à responsabilização pessoal, após a devida persecução penal, dos agentes do Estado que, nessa qualidade, violaram os direitos humanos dos opositores do regime militar brasileiro.

Entretanto, como fora discutido no capítulo 2, o STF, ao julgar a ADPF nº 153, concedeu um alcance bastante amplo à Lei de anistia nacional e estendeu seus efeitos também aos crimes comuns (como homicídio, sequestro, prisões arbitrárias, etc.). E ainda adota uma postura evasiva ao veicular a tese de que eventual revisão da Lei de Anistia caberia ao Legislativo, o que, claro, fez aflorarem diversas críticas a esta decisão e seus fundamentos.

Este fenômeno jurídico de desalinhamento entre a decisão do STF na APDF nº 153 e da CIDH no caso “Araguaia”, no que toca ao alcance e aos limites da lei de anistia Nacional (L. nº 6683/79), suscita uma série de repercussões políticas, mas, em especial, dá azo a um debate jurídico rico e, mais do que isso, necessário.

Valendo lembrar, neste contexto, a razão pela qual foram criadas as Cortes Internacionais para tutela dos direitos humanos, que é, justamente, de evitar a ocorrência do “efeito ilusionista”: quando os Estados assumem obrigações internacionais e as descumprem com desfaçatez, a pretexto de as estarem cumprindo mediante sua própria interpretação.

E, à luz da jurisprudência internacional dos direitos humanos, com precedentes de casos inclusive na América Latina (como ocorrera em julgamentos em que Chile e Argentina eram réus), argumentos - utilizados pelo STF - como os da irretroatividade de lei penal, caráter bilateral e irrestrito da anistia como condição para “reconciliação nacional”, não se sustentam ante a natureza de lesa-humanidade dos crimes efetuados pelos agentes e caráter de autoanistia da Lei nº 6683/79, sendo, portanto, a interpretação conferida pelo STF incompatível com a CADH.

Parafraseando a colação feita por Streck (2002), interpretar não é dar opinião, assim como decidir é diferente de escolher. Isso se aproxima bastante de uma concepção dworkiniana de direito para formatação dos Estados contemporâneos. Isto é: há uma resposta juridicamente adequada, independentemente de existirem concepções políticas e morais múltiplas a respeito de dado fenômeno, sendo papel do jurista encontrá-la. No caso debatido neste trabalho, pelas razões já amplamente explicitadas nos transcórrer dos dois primeiros capítulos, a conclusão não poderia ser outra senão a de que a interpretação que melhor se coaduna com a ordem internacional e constitucional de direitos é a dada pela CIDH.

Como visto no capítulo 3, a soberania interna dos Estados-nação deve possuir limites, assim como todo poder democraticamente concebido o deve, sendo uma dessas fronteiras, justamente, o direito internacional dos direitos humanos. Nenhum poder é absoluto e nem todo ato de soberania do Estado, como uma reprimenda militar ou a promulgação de uma lei, está distante e desvinculado dos deveres e responsabilidades assumidas, pelo mesmo Estado, em âmbito internacional.

É a pergunta que Sócrates fez para Platão quando este lhe descrevia uma sociedade ideal dirigida por um único grupo de pessoas (os guardiões): “quem guarda os guardiões?”. Transpondo o raciocínio desta indagação para o contexto em que se desenvolve esta monografia, a pergunta seria: quem nos protege dos atos do Estado quando são eles abusivos ou arbitrários?

Como também foi visto no capítulo 3, há dois filtros pelos quais os atos emanados da soberania do Estado devem passar para que sejam válidos. São eles o controle de constitucionalidade, cuja última palavra é do STF, e o de convencionalidade, cuja palavra final, em última análise, pertence à CIDH, dentro do sistema americano de proteção dos direitos humanos.

Não consiste a CIDH em uma instância para revisão das decisões tomadas pelo Supremo, mas em uma instância paralela que faz o controle de convencionalidade das normas promulgadas pelos Estados que reconheceram sua jurisdição (como é o caso do Brasil), de modo que, caso o ato questionado não passe por estes dois crivos, não pode ele produzir efeitos jurídicos válidos.

Neste contexto, nossa tutela internacional dos direitos fundamentais/humanos ainda é deficiente em diversos aspectos. O fenômeno de conflito entre as decisões do STF e da CIDH é uma provocação para que nós possamos refletir de que maneira podemos pensa-la de forma mais eficaz.

A superação do precedente firmado nos autos da ADPF nº 153, neste contexto, funcionaria como condição de possibilidade para ampliação e reconhecimento de maior eficácia à tutela internacional dos direitos humanos (efetuada pela CIDH) e, também, como pressuposto para um processo de justiça transacional efetivo (na medida em que ficaria viabilizado o direito à verdade, memória e o acesso à justiça das vítimas e familiares que se opuseram ao regime militar brasileiro).

Importante anotar que, ao utilizarmos o termo *superação*, fazemo-lo por uma perspectiva científica, isto é, no sentido de fazer com o entendimento do STF o que Newton fez com os estudos de Galileu, e o que Einstein fez com os estudos de Newton: apoiar-se no entendimento anterior (exarado pela Corte Nacional) para, então, evoluir.

Superar o precedente da ADPF 153, à luz da CADH – e reafirmando a interpretação legítima da CIDH -, é um passo largo no avanço do processo civilizatório, no sentido de, por um lado, conferir mais força ao movimento de internacionalização dos direitos humanos e, de outro, viabilizar um processo de justiça transacional mais efetiva e necessária em nosso país.

Dito isto, e respondendo à pergunta principal desta pesquisa de maneira mais direta, é possível “executar” a decisão da CIDH, mesmo nesse cenário onde é ela contrária a precedente do STF, como disposto durante o capítulo 3, a partir de três caminhos: 1) internamente, com a reconsideração da decisão pelo próprio STF, cedendo efeitos infringentes aos embargos de declaração opostos pelo Conselho Federal da OAB; ou com uma revisão da

Lei de Anistia feita pelo Congresso Nacional, pressionado ou não pelo constrangimento político internacional; e a depender do desfecho da ADPF nº 320; 2) externamente, com a submissão do país a outros processos que, podem, inclusive, culminar na sua expulsão da OEA; 3) independentemente de qualquer pronunciamento oficial, mediante uma ação conjunta dos três poderes da República e do MP, procedendo-se à imediata execução dos comandos constantes na decisão proferida pela CIDH.

A República Brasileira constitui Estado de Direito, não Estado de pessoas. Estado de direito, não simplesmente direito do Estado. Em tempos de democracia e, fora de um regime de exceção, nos quais se admite a supremacia da Constituição e esta mesma Magna Carta confere imperatividade e impõe respeito aos tratados e convenções internacionais que versam sobre direitos humanos, tomando-os como fonte de direitos fundamentais, a conclusão é de que não é juridicamente possível confirmar a extensão da anistia às graves violações de direitos humanos efetuadas pelos agentes do Estado brasileiro durante nosso regime militar – tanto no caso “Araguaia”, quanto nos demais.

Referências

ABRÃO P. TORELLY M. D. As dimensões da Justiça de Transição no Brasil, a eficácia da Lei de Anistia e as alternativas para a verdade e a justiça **A anistia na era da responsabilização**: o Brasil em perspectiva nacional e comparada. Brasília, nº 1, vl. 1, Ministério da justiça, 2011, p. 212-248.

AFONSO, B. KRSTICEVIC, V. A dívida histórica e o caso Guerrilha do Araguaia na Corte Interamericana de Direitos Humanos impulsionando o direito à verdade e a justiça no Brasil. **A anistia na era da responsabilização**: o Brasil em perspectiva nacional e comparada. Brasília, nº 1, vl. 1, Ministério da justiça, 2011, p. 344-390.

ÁVILA, H. Postulados normativos. In **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 87-125.

BASSIOUNI, M. C. International crimes: jus cogens and obligatio erga omnes. **law and contemporary problems: international crimes**. Autumn, nº 4, vol. 59, 1996, p. 63-74.

BARROSO. L. R. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e governo da maioria. **Revista brasileira de políticas públicas**. Brasília, Vol. 5, nº especial, 2015, p. 23-50.

BRAGATO, F. F.. COUTINHO, I. M. A efetivação do direito à memória e à verdade no contexto brasileiro: o julgamento do caso Julia Gomes Lund pela corte interamericana de direitos humanos. **Revista da direito internacional**. Brasília, nº 1, vl. 9, (Jan./Jun. 2012), p. 125-142, Uniceub, 2012. Disponível em:
<<http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/rdi/article/view/1594>>

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao compilado.htm>. Acesso em 06 out. 2016.

BRASIL. **Decreto nº 30.822**, de 6 de maio de 1952. Promulga a convenção para a prevenção e a repressão do crime de Genocídio, concluída em Paris, a 11 de dezembro de 1948, por ocasião da III Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas. Disponível em:
<<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1950-1959/decreto-30822-6-maio-1952-339476-publicacaooriginal-1-pe.html>>.

BRASIL. **Decreto N° 42.121**, de 21 de agosto de 1957. Promulga as convenções concluídas em Genebra a 12 de agosto de 1949, destinadas a proteger vítimas de defesa. Online. Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1950-1959/decreto-42121-21-agosto-1957-457253-publicacaooriginal-1-pe.html>> Acesso em: 10 de out. 2016.

BRASIL. **Decreto n° 4388**, 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 05 de Set. 2016

BRASIL. **Lei n° 6683**, de 28 de agosto de 1979. Concede anistia e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6683.htm>. Acesso em: 22 de abr. de 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade n° 3.573-8/DF**. Requerente: Procurador-Geral da República. Requerido: Congresso Nacional. Relator Ministro Ayres Britto. Redator para o acórdão Ministro Eros Grau. Brasília, 1° de dezembro de 2006. Disponível em: < <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2948346/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-3573-df>>. Acesso em: 16 ago. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 153**. Arguente: Ordem dos Advogados do Brasil. Arguidos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: ministro Eros Grau. Trecho do voto do ministro Presidente Cezar Peluso. Brasília, 29 de abril de 2010. 2010a. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=125515>>. Acesso em: 13 Jul. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 320**. Arguente: Partido Socialismo e Liberdade (PSOL). Arguidos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: ministro Luiz Fux. Brasília, 29 de abril de 2014. 2014a. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=320&processo=320>>. Acesso em: 25 Jul. 2016.

BRASIL. **Lei. n° 9.140**, de 4 de dezembro de 1995. Reconhece como mortas pessoas desaparecidas em razão de participação, ou acusação de participação, em atividades políticas, no período de 2 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979, e dá outras providências. 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9140.htm> Acesso em: 01 Ago. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade n° 4.048-1/DF**. Requerente: Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB. Requerido: Presidente da República. Relator Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 14 de maio de 2008. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adi4048GM.pdf>. Acesso em 10 jul. 2016

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida cautelar na reclamação 18.686** Rio de Janeiro. Reclamante: José Antônio Nogueira Belham. Reclamado: Juiz Federal da 4ª vara federal criminal da seção judiciária do Rio de Janeiro. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, 29 de setembro de 2014. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/stf-suspende-acao-acusados-morte-rubens.pdf>> Acesso em 16 set. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Reclamação 19.760**. Reclamante: Carlos Alberto Brilhante Ustra. Reclamado: Juiz Federal da 9ª vara federal criminal da seção judiciária de São Paulo. Relatora: Min. Rosa Weber. Brasília, 23 de abr. 2015. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/257417580/andamento-do-processo-n-19760-reclamacao-18-11-2015-do-stf>> Acesso em 16 set. 2016.

COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE. **Relatório, Vol. I, parte IV, cap. 14**. Brasília, 2015. Disponível em: <[http://www.cnv.gov.br/Relatório da Comissão Nacional da Verdade](http://www.cnv.gov.br/Relatório%20da%20Comiss%C3%A3o%20Nacional%20da%20Verdade)>. Acesso em 05 de abril de 2016.

CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6ª ed. Editora Almedina. 1993.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Gomes Lund e Outros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil**. Sentença. 24 de novembro de 2010 (Exceções, Preliminares, Mérito, Reparações e Custas). Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm?idCaso=348>>. Acesso em: 07 abril 2016.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile**. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C N. 154. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf> Acesso em 10 Ago. 2016

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Caso Barrios Altos Vs Peru**. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C N. 75. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_75_esp.pdf>. Acesso em: 21 de set. de 2016

CHILE. **Decreto-Lei n. 2.191**, de 18 de abril de 1978. Concede anistia e dá outras providências. 1978. Disponível em: <http://www.usip.org/sites/default/files/file/resources/collections/commissions/Chile90AmnestyLaw_decree2191.pdf>. Acesso em: 09 de ago. de 2016

GIL, A. C. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2008. Disponível em:
<http://www.uece.br/nucleodelinguasitaperi/dmdocuments/gil_metodos_de_pesquisa.pdf>

GRAU, E. R. **Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MAZZUOLI, V. O. Teoria geral do controle de convencionalidade no direito brasileiro. **Senado Federal**. Brasília a. 46 n. 181 jan./mar. 2009. Disponível em:
<<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194897/000861730.pdf?sequence=3>>
Acesso em 06 de set. 2016.

MAZZUOLI, V. O. ____ Parte IV, cap. I, Seção IX. O Estatuto de Roma do Tribunal penal internacional. **Curso de direito Internacional Público**. -. 10ª Ed. Ver. Ampl. Brasília: Revista dos Tribunais, 2016, p. 1038-1058.

MENDÉZ, Juan; COVELLI, Gilma Tatiana Rincón. **Parecer técnico sobre a natureza dos crimes de lesa-humanidade, a imprescritibilidade de alguns delitos e a proibição de anistias**. Solicitado pelo Ministério Público Federal, Procuradoria da República em São Paulo/SP pelo Ofício nº PR/SP – GABPR12- EAGF – 352/2008 de 04 de julho de 2008. Procedimento nº 1.34.001.008495/2007, Nova Iorque, set. 2008. Disponível em:
<<http://www.prsp.mpf.gov.br/prdc/sala-de-imprensa/pdfs-das-noticias/22-10-08%20%20Orgao%20internacional%20aponta%20que%20Brasil%20viola%20Convencao%20Americana%20de%20DH.pdf>> Acesso em: 31 Jul. 2016.

MEYER, E. P. N. A justiça de transição no Brasil sob os auspícios do direito internacional dos direitos humanos: a mudança de paradigma na responsabilização de agentes públicos por violações de direitos humanos. **Revista anistia política e justiça de transição**. Brasília, nº 10, vl. 1 (jul./dez. 2013), p. 74-110, Ministério da justiça, 2014.

MEYER, E. P. N. **Responsabilização por graves violações de direitos humanos na ditadura de 1964-1985**: a necessária superação da decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 153/DF pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos. 2012. 303 f. Tese (Doutorado em Direito) - Programa de pós-graduação em direito. UFMG, Belo Horizonte.

MOREIRA, O. T. CARVALHO, J. S. Os crimes de lesa-humanidade imprescritíveis da ditadura militar. **Revista Transgressões**: ciências criminais em debate. Vol. 1, nº 2, ano de 2013, p. 140-163. Disponível em:
<<https://periodicos.ufrn.br/transgressoes/article/view/6581/5094>> Acesso em 02 de agosto de 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Estatuto do Tribunal de Nuremberg**. 1950.

Disponível em:

<http://www.cruzroja.es/dih/pdf/estatuto_del_tribunal_militar_internacional_de_nuremberg.pdf>. Acesso em 21 de ago. de 2016

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Assembleia Geral. Resolução 60/147**. 2005.

Disponível em: <<http://daccess>

<ods.un.org/access.nsf/Get?Open&DS=A/RES/60/147&Lang=E>>. Acesso em 05 de set. 2016.

PEIXOTO, R. C. D. Memória social da Guerrilha do Araguaia e da guerra que veio depois.

Bol. Mus. Para. Emílio Goeldi. Cienc. Hum., Belém, v. 6, n. 3, p. 479-499, set.-dez. 2011.

Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/bgoeldi/v6n3/02.pdf>>. Acesso em 03 de agosto de 2016.

PIOVESAN, F. Direito internacional dos direitos humanos e lei de anistia: o caso

brasileiro. **Revista anistia política e justiça de transição**. Brasília, nº 10, vl. 2 (jul./dez.

2009), p. 176-189, Ministério da justiça, 2009.

PIOVESAN, F. **Temas de Direitos Humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. Acervo online.

PLATÃO. O Governo da cidade justa. In **A República**. Rio de Janeiro: Editora Best

Seller, 2002. Tradução de. Enrico Corvisieri. Bauru: Edipro, 1999. Tradução de Edson Bini.

RAMOS, A. de C. Crimes da ditadura militar: a ADPF 153 e a Corte Interamericana de

Direitos Humanos. In: GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Crimes da**

Ditadura Militar: Uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de Direitos Humanos. São Paulo: Revista Dos Tribunais, 2011. p. 175-225.

RAMOS, A. de C. O impacto na vida cotidiana: implementando as decisões internacionais.

In **Processo internacional de direitos humanos**. 2. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012, p. 100-143.

RAMOS, A. de C. **Responsabilidade internacional por violação de direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

SANTOS, C. M. **Questões de Justiça de Transição: a mobilização dos direitos humanos e**

a memória da ditadura no Brasil, in Repressão e Memória Política no Contexto Ibero-Brasileiro: estudos sobre Brasil, Guatemala, Moçambique, Peru e Portugal. Brasília:

Ministério da Justiça, Comissão de Anistia; Portugal: Universidade de Coimbra, Centro de Estudos Sociais, 2010, 127-154.

Disponível em: < <https://rccs.revues.org/1719>> Acesso em 12 nov. 2016.

SOARES, I. V. P, BASTOS L. E.A. F. Direito à verdade na corte interamericana de direitos humanos: as perspectivas no julgamento do Brasil (caso Araguaia). **Revista Anistia Política e Justiça de Transição / Ministério da Justiça**. – N. 3 (jan. / jun. 2010). – Ministério da Justiça, Brasília, 2010.

SOUSA. A. V. Nuremberg e os crimes contra a Humanidade. **Serie o Direito Achado Na Rua**. Vol. 7, introdução crítica à justiça de transição na América Latina. Organizadores: José Geraldo de Sousa Junior; José Carlos Moreira da Silva Filho, et al. Brasília, 2015.

SOUSA, A. V. **Lei da anistia**: o Direito entre a memória e o esquecimento / Arnaldo Vieira Sousa. – São Luís, 2010.

STRECK, L. L. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

STRECK, L. L. Reféns da lei. Que Justiça é essa?: depoiment. [18.08.2008]. Online: **Revista Instituto Humanista Unissinos online**. Entrevista concedida ao IHU On-Line. Disponível em:
<http://www.ihuonline.unissinos.br/index.php?option=com_content&view=article&id=2050&secao=269> Acesso: 03 out. 2016

TRINDADE. A. D. C. Considerações acerca da tipificação dos crimes internacionais previstos no estatuto de Roma. **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**. Online, nº 4, 2003, p. 167-178. Disponível em: < <http://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/14>>. Acesso em: 30 dez. 2016.

VENTURA, D. A interpretação judicial da Lei de Anistia brasileira e o Direito Internacional. **A anistia na era da responsabilização**: o Brasil em perspectiva nacional e comparada. Brasília, nº 1, vl. 1, p. 311-343. Ministério da justiça, 2011.

FACULDADE DE DIREITO DAMÁSIO DE JESUS
DEPTO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM PERÍCIAS CRIMINAIS

PRISCILLA LABANCA

**IDENTIFICAÇÃO E CLASSIFICAÇÃO DE CRIMINOSOS À
LUZ DA INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL**

SÃO PAULO

2013

PRISCILLA LABANCA

**IDENTIFICAÇÃO E CLASSIFICAÇÃO DE CRIMINOSOS À LUZ DA
INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL**

Monografia apresentada no
curso de Pós-Graduação
modalidade *Lato Sensu* na
Faculdade de Direito Damásio
de Jesus para obtenção do título
de Especialista em Perícias
Criminais.
Professor: Dr. Luiz Antônio
Santos de Oliveira.

SÃO PAULO

2013

Labanca, Priscilla.

Perícia Criminal / Priscilla Labanca – São Paulo: P. L., 2013.

Monografia apresentada à Faculdade de Direito Prof. Damásio de Jesus, como exigência para obtenção do título de Especialista em Perícias Criminais, sob a orientação do Prof. Luiz Antônio Santos de Oliveira.

1. Perícia Criminal I. Identificação e classificação de criminosos à luz da Inteligência Artificial.

PRISCILLA LABANCA

Identificação e classificação de criminosos à luz da Inteligência Artificial.

Monografia apresentada à Faculdade de
Direito Damásio de Jesus para apreciação e
aprovação em programa de Pós-Graduação
modalidade *Lato Sensu* sob a orientação do
Prof. Dr. Luiz Antônio Santos de Oliveira.

Banca examinadora

Profa. Dra. Roselle Adriane Soglio

Faculdade de Direito Damásio de Jesus

Prof. Dr. Luiz Antônio Santos de Oliveira

Instituto de Criminalística do Estado de São Paulo

Aprovação:

São Paulo, ___/ ___/ ____

À minha família e aos amigos: Sandra Santos, Lucimaira L. Lima, Marcia C. Toyoda, Alberto Sacco e Marcus Albert A. da Silva.

Agradeço a Deus, aos meus pais, irmãos, amigos e ao Prof. Dr. Luiz Antônio Santos de Oliveira do Instituto de Criminalística do Estado de São Paulo, que, com seus ensinamentos, forneceu os estímulos e as orientações necessárias para a elaboração deste trabalho.

Nada é impossível até que alguém duvide e prove o contrário.

Albert Einstein

Entenda o que você busca para encontrar o que você precisa.

PwCBrazil

RESUMO

LABANCA, Priscilla. Identificação e classificação de criminosos à luz da Inteligência Artificial. Monografia apresentada na Faculdade de Direito Damásio de Jesus, Programa de Pós-graduação modalidade *Lato Sensu* em Perícias Criminais, São Paulo, 2013.

O segmento de segurança pública atualmente conta com sistemas de informação desenvolvidos para auxiliar na identificação de pessoas cujos perfis são de criminosos.

Estes sistemas não possuem uma total integração uns com os outros, pois alguns deles são somente utilizados como cadastros e outros somente fazem o papel de armazenar fotos destes criminosos.

Através do estudo e análise dos sistemas existentes para identificação de indivíduos que possuem o perfil de mente criminosa espera-se identificar quais são as características comuns destes sistemas, e relatar suas eficiências para que no futuro, com base nestas informações, seja proposto um novo modelo que seja “inteligente” o suficiente para identificar com maior precisão perfis de mentes criminosas.

Palavras-chave: criminologia, criminosos, mente criminosa, identificação, inteligência artificial.

ABSTRACT

LABANCA, Priscilla. Identification and classification of criminals in the light of Artificial Intelligence. Paper presented at the Faculdade de Direito Damásio de Jesus, Post Graduate Program *Lato Sensu Model* in Criminal Forensics, São Paulo, 2013.

The segment currently has public safety information systems developed to aid in the identification of people whose profiles are criminals.

These systems do not have full integration with each other, because some of them are only used as entries and others only play the role of storing photos of these criminals.

Through the study and analysis of existing systems to identify individuals who have the profile of the criminal mind is expected to identify what are the common characteristics of these systems, and reporting efficiencies for the future, based on this information is proposed a new model what is "smart" enough to identify with greater precision profiles of criminal minds.

Keywords: criminology, criminal, criminal mind, identification, artificial intelligence.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	5
1. BREVE HISTÓRICO DA PERÍCIA	7
2. O CRIME E OS SEUS CRIMINOSOS	11
2.1. DEFINIÇÃO DE CRIME E CRIMINOSOS	11
3. A NOVA ERA: COMPUTAÇÃO FORENSE	14
3.1. A COMPUTAÇÃO	14
3.1.1. DEFINIÇÃO	14
3.1.2. HISTÓRIA	14
3.1.3. SUBÁREAS	16
3.2. A COMPUTAÇÃO FORENSE	16
3.2.1. HISTÓRIA	17
3.2.2. ÁREAS DE ESTUDO	18
4. UMA SOLUÇÃO “INTELIGENTE”	19
4.1. DEFINIÇÃO	19
4.2. ABSTRAÇÃO	21
5. MATERIALIZAÇÃO DA SOLUÇÃO (PROTÓTIPO)	25
5.1. EXPERIMENTO	25
6. CONCLUSÃO	29
BIBLIOGRAFIA	30
APÊNDICE	36

Introdução

Estabelecer a identidade de uma pessoa tem se tornado um grande desafio desde os primórdios.

Para Federico Olóriz Aguilera¹ “*a identificação é o ato mais frequente e elementar da vida social*”. Usamos todos os nossos sentidos, a visão, o olfato, a audição, o tato e o paladar, constantemente no processo de identificação, seja ele com pessoas ou coisas. [ARAUJO]

Porém, quando nos deparamos com a necessidade específica de imputarmos uma responsabilidade a uma pessoa, e este é o objetivo da Polícia Científica, o termo “*identificação*” precisa ser diferenciado de “*classificação*”. [ARAUJO]

Para este procedimento de identificação é fundamental que haja um método capaz de estabelecer uma relação unívoca entre os elementos em questão, criando um conjunto de caracteres próprios que possam diferenciar pessoas ou coisas entre si. Afinal, mais do que apenas reconhecer uma pessoa, é preciso individualizá-la, estabelecendo uma identidade. [ARAUJO]

A identificação, enquanto processo destinado a estabelecer a identidade de criminosos, vem sendo usada desde os primeiros tempos e tem-se modificado para se obter a identificação.

Atualmente pode-se contar com alguns sistemas de informação desenvolvidos para auxiliar na identificação de pessoas cujos perfis são de criminosos.

Este segmento atualmente vem mapeando a criminalidade não somente no Estado de São Paulo como também em outros países. No estado de São Paulo, por exemplo, podem-se citar cidades como Diadema, onde são registrados os maiores índices de homicídios dolosos, de acordo com reportagem editada no Diário do Grande ABC.

Pode-se citar, ainda, como um dos sistemas do segmento de segurança pública o Infocrim, que realiza o mapeamento temático para desenvolvimento de ações preventivas de grande envolvimento social, utilizado em Diadema. Além do Infocrim, existem outros

¹ Federico Olóriz Aguilera foi médico, antropólogo, e professor de Anatomia nas Universidades de Granada e Madrid, criador do “Sistema Datiloscópico Espanhol”.

sistemas de informação que auxiliam o segmento de segurança pública a combater crimes.

O que se percebe é que estes sistemas não possuem total integração e padronização no tocante à formatação das informações armazenadas (vide apêndice) pois, alguns deles são somente utilizados como cadastros e outros somente fazem o papel de armazenar fotos dos criminosos, onerando procedimentos periciais quando esses são solicitados.

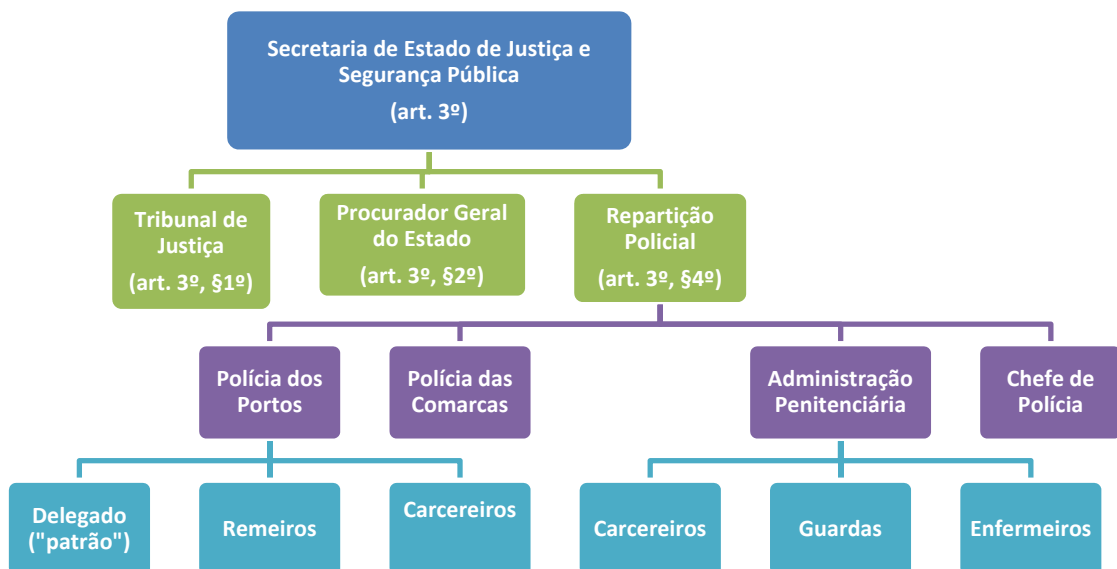
Nesse contexto, espera-se propor uma ferramenta “inteligente” para identificação e classificação de indivíduos que possuam o perfil de mente criminosa, valendo-se de metodologia e conceitos da área de Aprendizado de Máquina, que contribuirá para aperfeiçoar a análise de informações sobre determinado indivíduo (e seus prováveis vestígios deixados no local de crime), fornecendo maior assertividade nos procedimentos periciais, publicando *a posteriori* seus laudos nos inquéritos policiais.

1. Breve histórico da perícia

A perícia brasileira data do fim do século XIX, época de transição entre os regimes monarquista e republicano. Nesse período muitas foram as mudanças, principalmente nas áreas econômica (com o advento da indústria) e social (a chamada “confusão social”).²

Para reorganizar e educar a sociedade, o Estado decidiu valorizar e investir em trabalho científico, contratando profissionais acadêmicos das mais diversas áreas do conhecimento. O objetivo desses acadêmicos era identificar e reconhecer dentre aqueles cidadãos que participavam da sociedade, cidadãos cujos perfis eram de transgressores das leis e bons costumes e conseqüentemente tornando, assim, mais eficiente, consistente e confiável a atividade de investigação policial da época, dando maior suporte ao sistema judiciário.

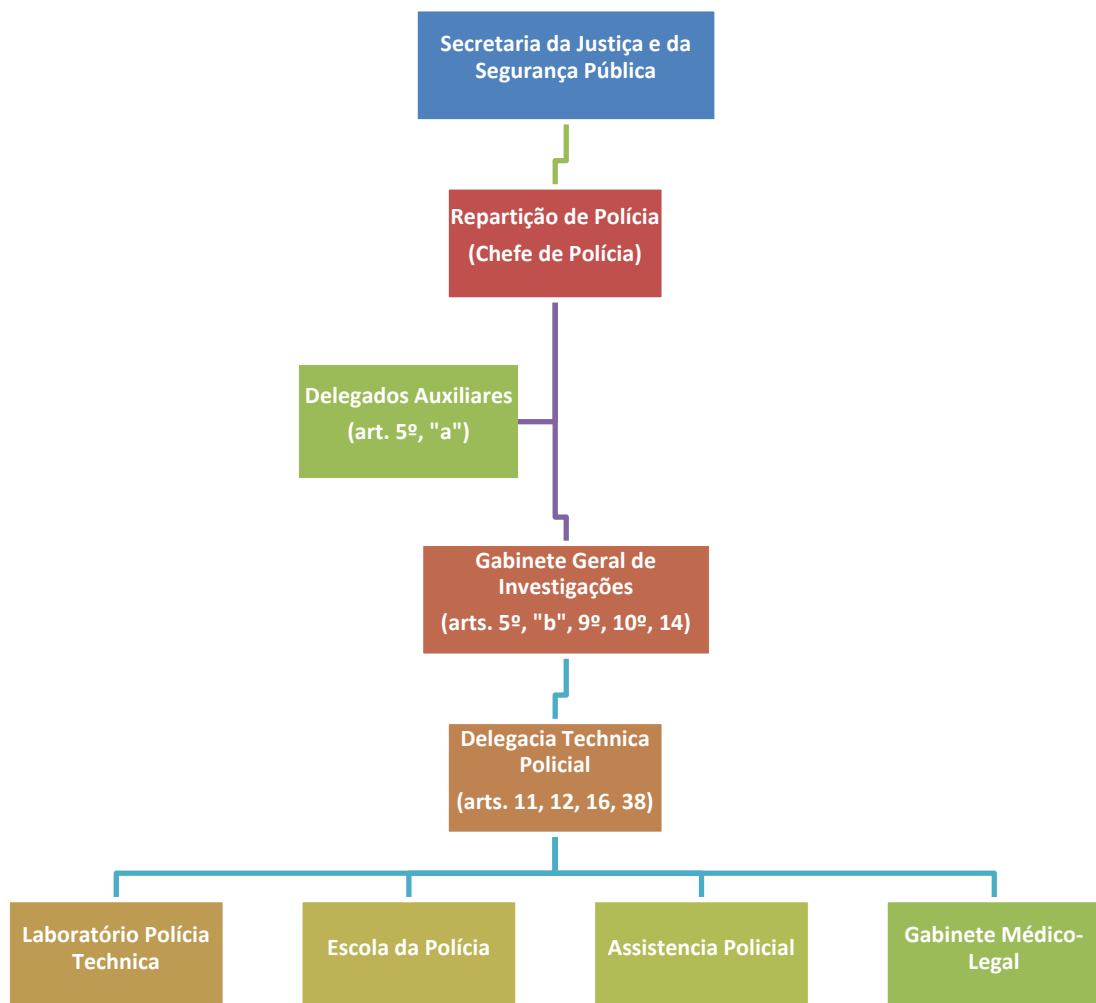
Nessa época o Estado de São Paulo contava com a seguinte organização no tocante às áreas jurídicas e de segurança pública³:



² Lei Federal n. 261 de 3 de dezembro de 1841, arts.10; 11; 25, §3º e 47. Lei Federal n. 2.033 de 20 de setembro de 1871, arts.10, §1º; 15, §§4º e 7º.

³ Lei Estadual n. 15 de 11 de novembro de 1891.

Com o passar das décadas o trabalho desses acadêmicos tornou-se cada vez mais relevante havendo a necessidade de modernização de técnicas de investigação científica e contratação de mais recursos humanos especializados. Em 1924 foi então criada a Delegacia Técnica Policial⁴:



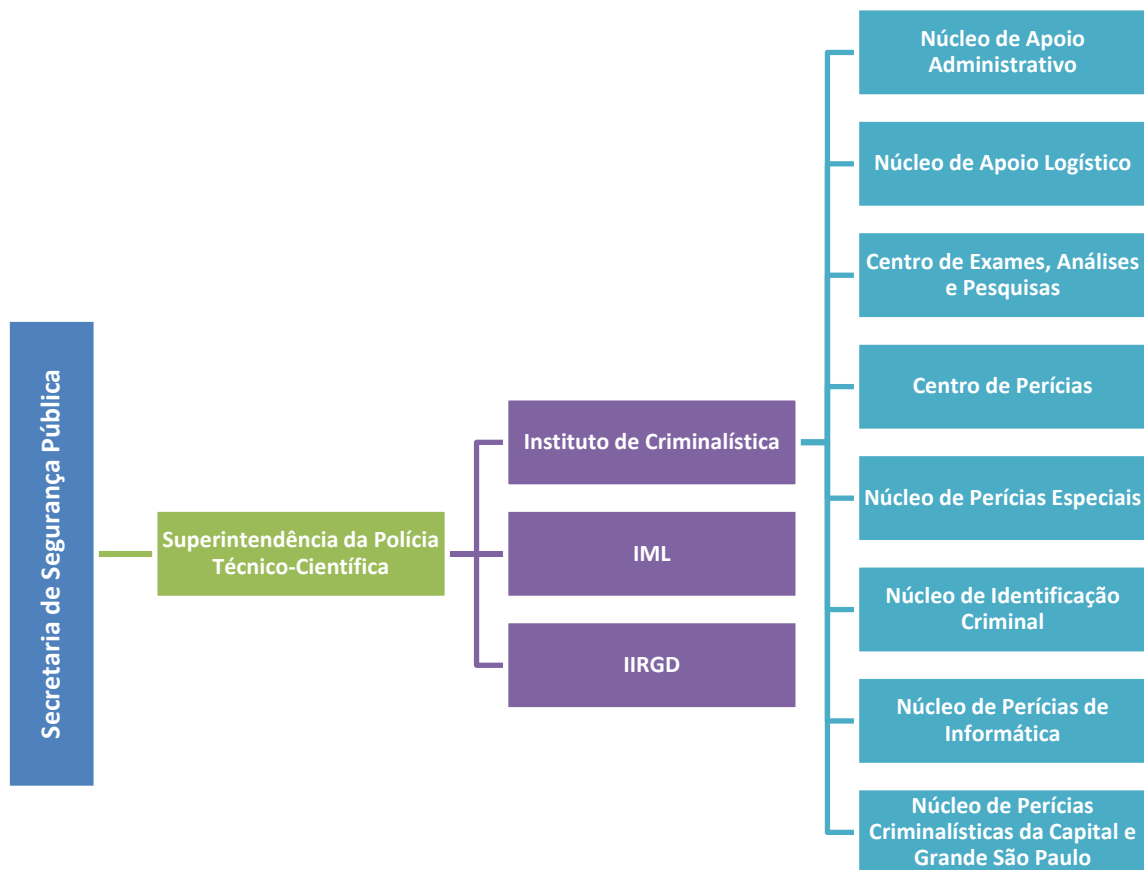
A partir de 1924, inúmeras foram as formas de organização, mas somente em 1994 foi criado um órgão específico que administrasse a Polícia Científica; esse órgão

⁴ Lei Estadual n. 2.034 de 30 de dezembro de 1924.

foi denominado Superintendência da Polícia Técnico-Científica (SPTC) ⁵e estava, à época, assim organizado: Gabinete Superior, Instituto de Criminalística (IC), Instituto Médico-Legal (IML) e Divisão Administrativa.

Em 1998, com estrutura reformulada, os membros da Polícia Científica passaram a ser nomeados policiais técnico-científicos (peritos) e ficaram sob administração da Secretaria de Segurança Pública. Atribuiu-se a eles a missão de “ser um dos sustentáculos da manutenção do Estado Democrático de Direito, garantindo a todo o cidadão, dentro do devido processo legal, o exercício de suas garantias constitucionais por meio de provas respaldadas na ciência e obtidas com a aplicação da alta tecnologia.” [COSTA]⁶

Atualmente a organização da SPTC é a seguinte:⁷



⁵ Lei Complementar nº 756 de 27 de junho de 1994.

⁶ COSTA, Marcos Ferreira Guedes. **Evolução dos Direitos Humanos nas ações das forças de segurança latino-americanas: uma análise comparada das polícias das Repúblicas da Argentina e do Brasil.**

⁷ Decreto Estadual n. 48.009 de 11 de agosto de 2003. (Estrutura apresentada de maneira resumida.)

Justifica-se as várias formas de organização e a constante manutenção dos conhecimentos científicos da área de segurança pública devido ao fato de que o crime também se organizou e se especializou. Mas quem são essas pessoas classificadas como criminosas? O que as leva a agir contra os costumes e leis? O próximo capítulo convida à reflexão e à tentativa de compreendê-los, e procura responder a essas questões.

Para não extrapolar o tema e os objetivos propostos nesse trabalho, não serão apresentados em detalhes a história e os objetivos de cada órgão supracitado, nos esquemas.

2. O crime e os criminosos

No capítulo anterior foram apresentadas as mais diversas formas de organizar a área de segurança pública a fim de oferecer manutenção dos conhecimentos científicos para proporcionar e garantir qualidade de segurança à população; e ao final deste, foram colocadas as questões acerca da definição e características de crimes e criminosos.

O objetivo desse capítulo é convidar o leitor para uma breve reflexão acerca dessas questões e tentar encontrar suas respostas.

2.1. Definição de crime e criminosos

Estabelecer uma definição única e objetiva de crime tem sido um dos maiores desafios dos pesquisadores nas mais diversas áreas de conhecimento⁸. Cada qual possui uma definição calcada em suas experiências e observações, como por exemplo, na Ciência do Direito, doutrinadores a definem como⁹: toda a violação da lei penal, delito, fato típico, antijurídico e culpável, qualquer ato que provoque a reação organizada da sociedade, ato digno de repreensão e castigo, ato condenável de consequências funestas ou desagradáveis ou ainda é um ato político na medida em que reflete as contradições do sistema social¹⁰. Já na Ciência da Sociologia, o crime é a ruptura do vínculo de solidariedade social a que corresponde o direito repressivo. E, além disto, todo ato que, num grau qualquer, determina contra seu autor uma reação característica, que se denomina pena¹¹.

Observa-se que independentemente da área de conhecimento, em um ponto esses pesquisadores concordam: o crime é uma atividade desempenhada contrária às leis e costumes de determinada sociedade¹².

⁸ Foram eleitas essas duas áreas do conhecimento, pois entende-se que suas definições são as mais aceitas e, conseqüentemente de fácil compreensão.

⁹ PENKAL, Maria C. Andrade (apud Ferreira, 2004). **Representações sociais da violência: o crime e o castigo na perspectiva de adolescentes em situação de risco psicossocial**. Universidade Católica de Brasília. Programa de Pós graduação stricto sensu em Educação, 2007.

¹⁰ BRAGA, Ana Gabriela Mendes. **A identidade do preso e as leis do cárcere**. USP. Faculdade de Direito. Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia. Programa de Pós graduação stricto sensu em Direito Penal, 2008.

¹¹ CARVALHO, Glauco Silva de (apud Durkheim, 2004). **A força pública paulista na redemocratização de 1946 – dilemas de uma instituição entre a função policial e a destinação militar**. USP. Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. Departamento de Ciência Política. Programa de Pós graduação stricto sensu em Ciência Política, 2011.

¹² O conceito de crime é observado e diferenciado de país para país.

Adjunto ao conceito de crime vem o conceito de criminoso e aí também existem inúmeras maneiras de conceituá-lo e justificá-lo. Ilustram-se aqui exemplos:

- Na Criminologia: degeneração pessoal identificável por estigmas físicos¹³.
- No Direito: aquele que além de infringir a legislação penal, é punido pelo sistema de justiça, ou seja, percorre um longo caminho que se inicia com a infração à regra penal, passa pelas instâncias policiais e judiciais, até a sentença condenatória e a passagem pelo cárcere¹⁴.
- Na Psicanálise: sujeito que possui distúrbios no desenvolvimento da libido, com projeções destrutivas do instinto de morte, nas seguintes situações: a) por falhas de identificação com o pai na experiência do Édipo, que continua como rival (e não modelo) objeto de agressão e protótipo da agressividade social; b) por repressão excessiva da experiência edipiana, produzindo inconsciente sentimento de culpa e necessidade de punição para reduzir ou excluir o sentimento de culpa, com liberação de agressividade pela prática de crimes (o chamado criminoso por sentimento de culpa).¹⁵
- Na Sociologia: aquele que indivíduo frustrado por não contar com infraestruturas socioeconômicas adequadas à manutenção de suas necessidades fisiológicas¹⁶.

Independente de quaisquer compreensões acerca desses temas, há a ciência de que eles perdurarão e que, a cada dia que passa, estão cada vez mais

¹³ SANTOS, Juarez Cirino dos (apud Lombroso). **Os discursos sobre o crime e a criminalidade**. Disponível em: http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/os_discursos_sobre_crime_e_criminalidade.pdf

¹⁴ BRAGA, Ana Gabriela Mendes (apud Augusto Thompson, 1998). **A identidade do preso e as leis do cárcere**. USP. Faculdade de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia. Programa de Pós-graduação stricto sensu em Direito Penal, 2008.

¹⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos (apud Freud). **Os discursos sobre o crime e a criminalidade**. Disponível em: http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/os_discursos_sobre_crime_e_criminalidade.pdf

¹⁶ DEIMLING, Lizete Cecília (apud Felix, 2002). **Análise de um contexto local e a incidência da criminalidade: crimes de homicídio no município de Toledo (PR)**. Universidade Estadual do Oeste do Paraná. Centro de Ciências Sociais Aplicadas. Programa de Pós-graduação stricto sensu em Desenvolvimento Regional e Agronegócio, 2006.

modernos, apresentando-se em suas mais diferentes formas, estilos e variações tornando-se cada vez mais complexos. Nessa tentativa de paz e reeducação sociais, a área de segurança pública encontra-se também cada vez mais paramentada, habilitada e atualizada no tocante a metodologias, técnicas e procedimentos investigativos.

Nesse sentido, pode-se citar a Computação Forense, uma área nova que tem contribuído para esta tentativa de minimização de desordem e caos sociais. No próximo capítulo serão apresentados conceitos e suas características que coadunam com a “Nova Era” dos crimes e dos criminosos.

3. A Nova Era: Computação Forense

3.1. A Computação

3.1.1. Definição

Sinônimo das palavras cômputo, cálculo, conta e operação, significa “arte de resolver problemas da aritmética elementar”.¹⁷

Em termos técnicos, a computação pode ser definida como a busca de uma solução para um problema a partir de suas entradas as quais são submetidas a análises e processamentos (execuções de sequências lógicas finitas sem ambiguidades) onde o produto final são os resultados (objetivos atingidos).

3.1.2. História

Advinda da matemática, uma das primeiras aparições que se tem notícia foi com a invenção do ábaco por volta de 2400 a.C., na Babilônia; seguida pelos romanos, que introduziram o termo matemático ‘cálculo’.

Alguns historiadores afirmam que a primeira máquina para realizar a computação foi inventada por Wilhelm Schickard (1592 – 1635), onde era possível realizar as quatro operações fundamentais da aritmética. Já outros historiadores informam que foi Blaise Pascal (1623-1662) o inventor da primeira máquina, denominada calculadora.

Observa-se que eram máquinas que apenas executavam ações de forma mecânica, não eram programáveis, ou seja, não havia a transformação desses dados em informações.

Foi na época da Revolução Industrial que houve a inclinação para construir uma máquina que, inserindo alguns dados, esses gerassem informações; mas para isso era necessário realizar uma programação. Em 1837, Charles Babbage construiu uma máquina de calcular onde seu controle era realizado por cartões perfurados. As funções de seu

¹⁷ Dicionário online de Português: <http://www.dicio.com.br/computacao/>

computador era realizar cálculos diferenciais. Alguns anos mais tarde essa mesma máquina foi atualizada, composta por memória, uma unidade central de processamento, alavancas e engrenagens. Essa máquina funcionada da seguinte maneira: através das alavancas eram inseridos os dados desejados e estes eram transferidos para a unidade central de processamento; manuseando as engrenagens, a unidade de central de processamento realizava suas iterações e apresentava suas saídas através de cartões perfurados.

Em parceria com Charles Babbage, Ada Augusta ou Lady Lovelace, escreveu os primeiros programas para essa máquina cujas características são similares aos computadores atuais. Ada Augusta é considerada a primeira programadora da história da computação e foi a primeira a formalizar a lógica de programação, disciplina mais importante do curso universitário de Ciências da Computação.

Após a invenção dessa máquina outras foram apresentadas e acompanhadas das mais diversas teorias, convergindo para que hoje é conhecida como a Teoria da Computação.

O conceito de computador tal qual é conhecido atualmente, foi construído por Konrad Zuse (1910-1995). Em 1936, esse engenheiro alemão construiu, a partir de relés que executavam os cálculos e dados lidos em fitas perfuradas, o Z-1.

Há uma grande polêmica em torno do primeiro computador. O Z-1 é considerado por muitos como o primeiro computador eletro-mecânico.

Zuse tentou vender o computador ao governo alemão, que desprezou a oferta, já que não poderia auxiliar no esforço de guerra. Os projetos de Zuse ficariam parados durante a guerra, dando a chance aos americanos de desenvolver seus computadores, o chamado Eniac. Depois de alguns anos a população começou a usar o chamado computador, e

acabaram ficando dependentes dele, pois hoje essa máquina é cada vez mais precisa, podendo fazer pesquisas e trabalhos¹⁸.

Antes da década de 1920, o computador era um termo associado a pessoas que realizavam cálculos, geralmente liderados por físicos em sua maioria homens. Milhares de computadores eram empregados em projetos no comércio, governo e sítios de pesquisa. Após a década de 1920, a expressão máquina computacional começou a ser usada para referir-se a qualquer máquina que realize o trabalho de um profissional computador, especialmente aquelas de acordo com os métodos da Tese de Church-Turing¹⁹.

O termo máquina computacional acabou perdendo espaço para o termo reduzido computador no final da década de 1940, com as máquinas digitais cada vez mais difundidas. Alan Turing, conhecido como pai da Ciência da Computação, inventou a Máquina de Turing, que posteriormente evoluiu para o computador moderno²⁰.

3.1.3. Subáreas

Pode-se citar algumas subáreas da Computação: computação gráfica, banco de dados, teoria da computação, engenharia de software, arquitetura de sistemas e computação, teleinformática, inteligência artificial etc.

3.2. A Computação forense

A computação forense nada mais é que a interpretação de informações obtidas através da observação e coleta de elementos (evidências) de sistemas de computadores sob o ponto de vista criminal; auxiliando na composição de provas consistentes e confiáveis, reforçando o suporte para determinação de sentenças nos tribunais de justiça.

¹⁸ Trecho extraído na íntegra do site Wikipedia. Disponível em: <<
https://pt.wikipedia.org/wiki/Ci%C3%A7%C3%A2ncia_da_computa%C3%A7%C3%A3o>>

¹⁹ Trecho extraído na íntegra do site Wikipedia.

²⁰ Trecho extraído na íntegra do site Wikipedia.

3.2.1. História

Disciplina que data da década de 80, possui origem nos Estados Unidos quando fora observado que, com a popularização dos computadores, surgiram também criminosos que se especializaram em cometer crimes virtuais.

Pode-se considerar que a base dessa disciplina está intimamente relacionada com a disciplina de segurança da informação, devido a fortes evidências de crimes cometidos através da Rede (www).

Segundo o blog Computer Forense²¹, muitas foram as inclinações acerca desse tema, que podem ser representadas através da seguinte linha do tempo:

- **1984:** Foi criado o Programa FBI Magnetic Media... tornando-se mais tarde a Equipe Responsável de Análise Digital (CART).
- **1993:** Realiza-se a primeira Conferência Internacional de Provas Digitais.
- **1995:** É formada a Organização Internacional sobre Provas Digitais (IOCE).
- **1997:** Em Dezembro, os países do G8 declararam em Moscou que "Os agentes da lei devem ser treinados e equipados para tratar dos crimes de alta tecnologia".
- **1998:** Em Março, o G8 nomeou o IICE para criar princípios internacionais, que regessem os procedimentos relativos às provas digitais.
- **1998:** INTERPOL Forensic Science Symposium.
- **1999:** O trabalho total do FBI em computação forense excede os 2000 casos, através da análise de 17 Terabytes de dados.
- **2000:** Primeiro laboratório regional de computação Forense do FBI.
- **2003:** O trabalho total do FBI em computação forense excede os 6500 casos, através da análise de 782 Terabytes de dados.

²¹ Disponível em: <<<http://computerforense.mrs-soft.com.br/p/e-dificil-indicar-quando-ocorreu.html>>>

3.2.2. Áreas de estudo

Não só de sistemas para mapeamento da Rede consiste a disciplina de computação forense. Observando os significados da palavra forense, descobre-se que um deles é: “o uso da ciência e da tecnologia para a reconstituição e obtenção de provas de crimes”.²²

Nesse sentido, é possível afirmar que sistemas que não necessariamente sejam confeccionados para mapear crimes virtuais, também podem ser classificados como forense desde que, obviamente, eles possuam o objetivo de contribuir para a identificação, classificação e reconhecimento de criminosos.

O próximo capítulo apresenta uma sugestão de solução para a identificação e classificação de criminosos.

²² Dicionário informal. Disponível em <<<http://www.dicionarioinformal.com.br/forense/>>>.

4. Uma solução “inteligente”

4.1. Definição

No capítulo anterior, foram apresentadas algumas subáreas da computação. Em sua totalidade, são utilizadas para obter o mesmo fim: automatizar processos²³.

Dentre as diversas subáreas apresentadas, destaca-se a Inteligência Artificial cuja definição é: aquela que se dedica a buscar métodos ou dispositivos computacionais que possuam ou multipliquem a capacidade racional do ser humano de resolver problemas, pensar ou, de forma ampla, ser inteligente²⁴²⁵. Sua origem data da década de 1950 na Universidade de Carnegie Mellon, onde ali buscava-se construir máquinas realmente capazes de reproduzir a capacidade humana de agir e pensar; mas para que esse objetivo fosse atingido, os pesquisadores dessa universidade tiveram que buscar em outras áreas conceitos como: mente, consciência, pensar, agir e suas formas. As principais áreas estudadas foram: Filosofia (mais especificamente a Filosofia da Mente com atenção especial à: Teoria da Identidade, Funcionalismo, Consciência Simulada), Psicologia (em especial, a Psicologia Comportamental, Psicologia Cognitiva e a Psicologia Social), Sociologia, Antropologia, Neurociência.

A Inteligência Artificial possui áreas de adjacências como, por exemplo, Redes Neurais, Algoritmos Genéticos, Robótica, Aprendizado de Máquina, Inteligência Artificial Distribuída, dentre outras. Atualmente pode-se contar com diversas aplicações em suas mais diversas adjacências, cada qual com seu conjunto de algoritmos²⁶ especializados.

Descata-se dessa subárea a adjacência denominada Aprendizado de Máquina, objeto chave da sugestão de solução desse trabalho.

²³ A palavra foi utilizada como sinônimo da palavra sistema.

²⁴ A palavra inteligente requer muitas interpretações, principalmente no campo da filosofia. Assim, o objetivo desse trabalho não é debater sobre a definição de inteligente, o qual será absterido desse trabalho.

²⁵ Definição extraída do site Wikipedia.

²⁶ Algoritmo: sequência finita e lógica de ações que versam a atingir determinado objetivo.

De maneira bastante simples, o Aprendizado de Máquina é um ramo dedicado a confecção de algoritmos que permitem que o computador (máquina) absorva e reproduza ações realizadas unicamente por humanos. Para que seja possível reproduzir essas ações, existem atualmente muitos algoritmos e técnicas, dentre eles pode-se destacar: Regressões Linear e Logística, Raciocínio Bayesiano, Cadeias de Markov (HMM), Aprendizado Baseado em Transformações (TBL), Máquinas de Vetores de Suporte (SVM) etc.

Para fazer com que a máquina (o computador) “aprenda” algo, é realizado um procedimento que consiste de três fases²⁷, a saber:

- Fase de treinamento: de maneira bastante simplificada, nessa fase são armazenados os dados numa estrutura (banco de dados) que fica dentro da memória do computador.
- Fase de classificação: decorrente da fase anterior, a máquina (o computador) irá comparar e, de acordo com as informações armazenadas, realizará a classificação ²⁸dos dados armazenados.
- Fase de teste: a partir de dados externos, ou seja, de dados informados pelo operador do sistema, esses serão analisados, identificados e classificados de acordo com as operações realizadas entre os dados já armazenados e os dados externos. Nessa fase, verifica-se se a máquina (o computador) “aprendeu” de maneira correta.

Dentre essas técnicas, foi eleita a que versa sobre o Raciocínio Bayesiano (mais precisamente, a Teoria de Naive Bayes que é uma derivação desse raciocínio), por ser mais simples de implementar e de fácil compreensão ao leitor. Ressalta-se que o objetivo principal desse trabalho é mostrar como a Inteligência Artificial - mais precisamente o Aprendizado de Máquina – pode ser capaz de auxiliar na área de Computação Forense.

²⁷ Essas fases são realizadas independentemente do algoritmo a ser materializado para a realização do aprendizado da máquina (computador).

²⁸ Por classificação entende-se que será realizado um agrupamento dos dados armazenados na memória do computador.

4.2. Abstração

Conforme mencionado nas seções anteriores, é possível uma solução construída através da Inteligência Artificial – em especial, o Aprendizado de Máquina e um de seus algoritmos, denominado Raciocínio Bayesiano (Teorema Naive Bayes) – seja considerada uma computação forense, desde que essa solução possua o objetivo de auxiliar na identificação e na classificação de criminosos.

Nos parágrafos a seguir serão apresentados os conceitos e as características do Raciocínio Bayesiano, o qual advém de uma das teorias da probabilidade, denominada Probabilidade Condicional.

O Teorema Naive Bayes

Originário da Teoria de Bayes (também conhecido como Classificador Naive Bayes), é aquele que não leva em consideração as dependências que possam existir entre os dados, portanto sendo chamado de ingênuo (Naive).

Em teoria, uma predição Naive Bayes só será considerada correta se todas as variáveis independentes forem estatisticamente independentes umas das outras (o que é frequentemente falso). Essa afirmação é justificada pelo fato de esse teorema ser:

- Baseado na suposição de que os valores dos atributos são condicionalmente independentes dados o valor alvo.
- Assume que a presença (ou ausência) de uma característica particular de uma classe à qual não está relacionada com a presença (ou ausência) de qualquer outra característica, dada a variável de classe.
- Treinado de forma muito eficiente em um ambiente de aprendizagem supervisionada²⁹.

²⁹ Aprendizagem supervisionada: o objetivo é induzir conceitos a partir de exemplos que estão pré-classificados, ou seja, exemplos que estão rotulados com uma classe conhecida. Se as classes possuírem valores discretos, o problema é categorizado como classificação. Caso as classes possuam valores contínuos, o problema é categorizado como regressão. Segundo Bigus (1996), O aprendizado supervisionado é utilizado quando, em um banco de dados, se tem tanto as perguntas como as respostas. Usado para a realização de treinamento de redes neurais na obtenção de classificação, funções de aproximação ou modelagem e previsões baseadas no tempo. CONDUTA, Bruno C. et al.

A estimativa de parâmetros para modelos Naive Bayes utiliza o método de máxima verossimilhança, em outras palavras, pode-se trabalhar com o modelo de Bayes “ingênuo”, sem acreditar na probabilidade bayesiana ou usar quaisquer métodos bayesianos.

Nesse método, as variáveis independentes são consideradas, isso significa que apenas as variações das variáveis para cada classe precisa ser determinada e não a matriz de covariância³⁰.

A estrutura do modelo de probabilidade de um classificador (cuja origem é um modelo condicional), em termos matemáticos, pode ser representada da seguinte maneira:

$$p(C|F_1, \dots, F_n)$$

Onde:

- p é a probabilidade
- C é a classe
- F_1, F_n são as variáveis independentes que necessita saber o resultado.

O problema é que, se o número de evidências não for muito grande, então a aplicação dessa fórmula torna-se inviável. Para que isso seja evitado, é possível reformulá-la, valendo-se do Teorema de Bayes:

$$P(C | F_1, \dots, F_n) = \frac{p(C)p(F_1, \dots, F_n | C)}{p(F_1, \dots, F_n)}$$

ou, ainda:

$$P[C | \text{evidências}] \propto P[\text{evidências} | C] \cdot P[C]$$

$$\text{POSTERIORI} \propto \text{VEROSSIMILHANÇA} \cdot \text{PRIORI}$$

Aprendizagem de Máquina. UNICAMP. Faculdade de Tecnologia – FT. Programa de Pós-graduação modalidade stricto sensu em Computação. Disciplina de Inteligência Artificial, 2010.

³⁰ Covariância: medida estatística que verifica a relação entre duas variáveis e como elas variam de maneira conjunta. Para saber mais sobre o tema, sugere-se a leitura de livros especializados em estatística.

Na prática, há interesse apenas no numerador da fração, porque o denominador não depende de C e os valores das características³¹ F_i (onde i é um número pertencente ao conjunto dos números Reais) são dados, de modo que o denominador é efetivamente constante.

O resultado final do desenvolvendo essa fórmula, será aquele utilizado para a programação da sugestão de solução proposta nesse trabalho. Esse resultado final é, assim, expresso:

$$p(C|F_1, \dots, F_n) = \frac{1}{Z} p(C) \prod_{i=1}^n p(F_i|C)$$

Onde:

- Z (as evidências) é um fator de escala dependente apenas de F_1, F_n , isto é, será um valor constante se os valores das variáveis características forem conhecidos.
- $p(C)$ é a probabilidade priori da classe a priori .
- $(F_i | C)$ são as distribuições de probabilidade independentes.

Ajustando o Teorema Naive Bayes

Esse teorema, quando aplicado, possui uma pequena imperfeição. Essa imperfeição versa sobre a seguinte questão: dependendo da quantidade de evidências contidas no conjunto de treinamento, o resultado das interações com esses cálculos resulta em zero. Para contornar esse problema, é realizado um ajuste valendo-se da hipótese de Distribuição de Gauss.

Quem usa esse Teorema?

Sistemas que necessitem de análise de diagnósticos em geral (por exemplo, diagnosticar se um paciente está / não está com câncer), sistemas de classificação de: documentos, spammers, tráfego de redes, sistemas de risco de crédito, sistemas de informações geográficas, sistema automático de classificação de voz etc..³²

³¹ O termo pode ser usado como sinônimo de evidências.

³² Confira relação de mais sistemas no Apêndice.

No próximo capítulo será apresentada uma sugestão computacional baseada nessa teoria para identificação e classificação de criminosos, onde serão também, detalhados cada um desses passos.

5. Materialização da solução (protótipo)

5.1. Experimento

Para que a solução seja visualizada, sugere-se uma cena de crime cuja breve descrição de local é uma praia deserta com um corpo identificado como sendo do sexo masculino e, ao redor desse corpo, existem pegadas de pés descalços. Um par dessas pegadas foi identificado como sendo da vítima porém, há outros pares de rastros que não foram identificados. Segue abaixo as fotografias que documentam o local:



Foto 1: Vítima. Fonte: radiogloboparnaiba.blogspot.com



Foto 2: Rastros de pegadas (vestígios). Fonte: brejo.com



Foto 3 – Rastro ampliado (vestígio). Fonte: br.freepik.com

A primeira questão é identificar se realmente houve um crime de homicídio ou se houve suicídio.

Partindo da hipótese que seja homicídio então a segunda questão é: de quem são aqueles rastros (pegadas)? Suponha que, valendo-se da metodologia adequada para a coleta desse vestígio (fotografias números 2 e 3), foram observadas as seguintes características:

Sexo	Altura	Peso	Pés
???	6	130	8

Suponha também que já exista uma base de dados³³ contendo os seguintes dados:

Sexo	Altura	Peso	Pés
Masc.	6	180	12
Masc.	5.92	190	11
Masc.	5.58	170	12
Masc.	5.92	165	10
Fem.	5	100	6
Fem.	5.5	150	8
Fem.	5.42	130	7
Fem.	5.75	150	9

³³ Exemplo para teste extraído do site da Wikipedia.

Analisando o estado do corpo da vítima e os vestígios encontrados (pegadas), é afastada claramente a hipótese da vítima não ter sido atacada por um animal. Afastando-se essa hipótese, logo esse crime pode ter sido experimentado tanto por um homem quanto por uma mulher, ou seja, qualquer pessoa.

Ao inserir na solução os dados coletados no local, essa solução irá confrontar esses dados com aqueles que já estão armazenados. Desse confronto, a máquina (o computador) obtém a seguinte resposta: “Pode-se verificar que se trata de uma mulher”. Mas como a máquina (o computador) chegou a essa conclusão? Abaixo são apresentados os passos de acordo com as fases de seu “aprendizado” e a tela da solução:

Fase de treinamento

- a. Armazenar os dados (criar a base de dados):
- b. Calcular as probabilidades das classes
- c. Realizar ajustes (aplicar Distribuição de Gauss)

Fases de Classificação e Teste

- a. Calcular as probabilidades da amostra desconhecida (cada atributo possui uma probabilidade)
- b. Verificar resultado: é a resposta a seguinte pergunta - Qual é a classe que possui maior probabilidade para a amostra desconhecida?

```

*****
***** Classificador Naive Bayes *****
*****

*** ----- Dados de entrada ----- ***

Sexo          Altura          Peso          Pes
nao conhecido      6             130           8

Aguarde...

Resposta da análise: Trata-se de uma mulher.
-

```

Observe que, com poucos dados foi possível minimizar o universo de possibilidades, ou seja, ao invés de partir do pressuposto que pode ser qualquer pessoa, a solução ofereceu um direcionamento, diminuindo esse universo para um grupo (uma classe) de pessoas (no caso algum infrator que seja do sexo feminino).

A ideia é que quanto mais dados forem armazenados no banco de dados, as classes dessa solução serão mais precisas, facilitando na tomada de decisão no tocante as investigações e reduzindo o tempo de captura desses indivíduos cujos perfis são criminosos.

6. Conclusão

As várias formas de organização e a constante manutenção dos conhecimentos científicos da área de segurança pública é justificada pelo fato de que o crime também se organizou e se especializou, conseqüentemente tornando as formas de transgredir as leis mais complexas e exigindo que as técnicas de investigações policiais fossem mais apuradas. Para isso, os órgãos policiais estão contando cada vez mais com soluções computacionais para os auxiliarem, não se limitando apenas e, investigações de crimes virtuais.

Valendo-se de conceitos de Aprendizado de Máquina (adjacência da disciplina de Inteligência Artificial), observou-se que é possível contribuir com uma solução de apoio; prova disso foi que com poucos dados informados na solução apresentada (solução essa que pode ser classificada como Computação Forense), foi possível minimizar o universo de possibilidades diante de um processo de investigação criminal, ou seja, ao invés de partir do pressuposto que pode ser qualquer pessoa, a solução ofereceu um direcionamento, diminuindo esse universo para um grupo (uma classe) de pessoas; e que quanto mais dados forem armazenados no banco de dados, as classes dessa solução serão mais precisas, facilitando na tomada de decisão e direcionamento dos processos de investigações, reduzindo o tempo de captura desses indivíduos cujos perfis são criminosos.

Bibliografia

AGENCIA BRASIL. **Secretário: localizar bandoleiros do Pará é questão de honra.** Diário do Grande ABC, 15/set/2003 – disponível em: <<www.dgabc.com.br/News/90000383042/secretario-localizar-bandoleiros-do-para-e-questao-de-honra.aspx?ref=history>>

ALVES, Crispin. **Na era da Internet, SP promete agilizar no combate ao crime.** Folha de São Paulo, 21/set/2000. Disponível em: <<www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u10514.shtml>>

ARAUJO, Marcos Elias Claudio. **Histórico dos Processos de Identificação.** Instituto Nacional de Identificação. Departamento da Polícia Federal.

BLOG COMPUTER FORENSE. **Computação Forense.** 15/jun/2013. Disponível em: <<computerforense.mrs-soft.com.br/p/e-dificil-indicar-quando-ocorreu.html>>

BOLSTAD, William M. **Introduction to Bayesian Statistics.** 2nd ed. New Jersey: John Wiley & Sons, 2007.

BRAGA, Ana Gabriela Mendes. **A identidade do preso e as leis do cárcere.** USP. Faculdade de Direito. Departamento de Direito Penal, Medicina Forense e Criminologia. Programa de Pós graduação stricto sensu em Direito Penal, 2008.

BRASIL. **Lei nº 261 de 3 de dezembro de 1841.** Reforma do Código de Processo Criminal.

BRASIL. **Lei nº 2.033 de 20 de setembro de 1871.** Altera diferentes disposições da Legislação Judiciária.

BRASIL, SÃO PAULO. **Lei nº 15 de 11 de novembro de 1891**. Orça a receita e a despesa do Estado para o exercício de 1892.

BRASIL, SÃO PAULO. **Lei nº 2.034 de 30 de dezembro de 1924**. Reorganiza a Polícia do Estado.

BRASIL, SÃO PAULO. **Lei Complementar nº 756 de 27 de junho de 1994**. Organiza a Superintendência da Polícia Técnico-Científica e dá outras providências correlatas.

BRASIL, SÃO PAULO. **Decreto nº 47.694 de 7 de março de 2003**. Autoriza a Secretaria da Segurança Pública a, representando o Estado, celebrar convênios com Municípios do Estado de São Paulo, objetivando o desenvolvimento de programas municipais para prevenção do crime e da violência. Administração Pública. Convênios. Diário Oficial v.113, n.46, 08/03/2003.

BRASIL, SÃO PAULO. **Decreto nº 48.009 de 11 de agosto de 2003**. Dispõe sobre o detalhamento das atribuições das unidades que especifica o Instituto de Criminalística e do Instituto Médico-Legal, ambos da Superintendência da Polícia Técnico-Científica, da Secretaria de Segurança Pública, e dá providências correlatas.

CARVALHO, Glauco Silva de (apud Durkheim, 2004). **A força pública paulista na redemocratização de 1946 – dilemas de uma instituição entre a função policial e a destinação militar**. USP. Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas. Departamento de Ciência Política. Programa de Pós graduação stricto sensu em Ciência Política, 2011.

CONDUTA, Bruno C. et al. **Aprendizagem de Máquina**. UNICAMP. Faculdade de Tecnologia – FT. Programa de Pós graduação modalidade stricto sensu em Computação. Disciplina de Inteligência Artificial, 2010.

COSTA, Marcos Ferreira Guedes. **Evolução dos Direitos Humanos nas ações das forças de segurança latino-americanas: uma análise comparada das polícias das Repúblicas da Argentina e do Brasil**. USP. Programa de Pós graduação stricto sensu em Integração da América Latina, 2001.

DEIMLING, Lizete Cecília (apud Felix, 2002). **Análise de um contexto local e a incidência da criminalidade: crimes de homicídio no município de Toledo (PR)**. Universidade Estadual do Oeste do Paraná. Centro de Ciências Sociais Aplicadas. Programa de Pós graduação stricto sensu em Desenvolvimento Regional e Agronegócio, 2006.

DEL-CAMPO, Eduardo Roberto Alcântara. **Exame e levantamento técnico pericial de locais de interesse à justiça criminal: abordagem descritiva e crítica**. USP. Faculdade de Direito. Programa de Pós graduação stricto sensu em Medicina Legal, 2008.

DICIONÁRIO INFORMAL. 15/06/2013. Disponível em:
<<www.dicionarioinformal.com.br/forense/>>

DICIONÁRIO ONLINE DE PORTUGUÊS. 15/06/2013. Disponível em:
<<www.dicio.com.br/computacao/>>

ESPINDULA, Alberi *et all*. **Local de Crime: Isolamento e Preservação, Exames Periciais e Investigação Criminal**. Brasília: Alberi Espindula, 2002.

FERREIRA, Helder Rogério Sant'anna. **Classes populares, polícia e punição**. Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas – USP, 2002.

GRIZA, Aida. **Polícia, técnica e ciência: o processo de incorporação dos saberes técnico científicos na legitimação do ofício de policial**. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Instituto de Filosofia e Ciências Humanas. Programa de pós graduação stricto sensu em Sociologia, 2009.

KORB, Kevin B.; NICHOLSON, Ann E.. **Bayesian Artificial Intelligence**. 2nd ed. EUA: CRC Press, 2011.

MARTINS, Isnard. **Software Retrato Falado**. 15/set/2003. Disponível em:

<<www.citynet.com.br/retratofalado/software.htm>>

MAURO, Mário César de. **Convênio traz Infocrim a Diadema**. Diário do Grande ABC, 15/set/2003. Disponível em:

<<www.saopaulo.sp.gov.br/spnoticias/lenoticia.php?id=40696&c=5&q=Conv%EAnio+tra+z+Infocrim+a+Diadema>>

NORTON, Peter. **Introdução à informática**. São Paulo: Pearson Makron Books, 1996.

NOVAES, Adauto. A condição humana – as aventuras do homem em tempos de **mutações**. Edições SESC-SP. São Paulo: Ediouro, 2009.

OLIVEIRA, Álan Teixeira de. **A relação entre o tipo penal e a prova pericial contábil: evidências nos laudos contábeis da perícia criminal federal sobre o crime de apropriação indébita previdenciária**. USP. Departamento de Contabilidade e Atuaria. Programa de pós graduação stricto sensu em Contabilidade, 2012.

PENKAL, Maria C. Andrade (apud Ferreira, 2004). **Representações sociais da violência: o crime e o castigo na perspectiva de adolescents em situação de risco psicossocial**. Universidade Católica de Brasília. Programa de Pós graduação stricto sensu em Educação, 2007.

PINKER, Steven. **Como a mente funciona**. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

PEDROSO, Celia Regina. **Os signos da opressão – história e violência nas prisões brasileiras**. Coleção Teses e Monografias vol. 5. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2003.

SANTOS, Cacilda Lopes dos. **Novas perspectivas do instrumento de desapropriação: a incorporação de princípios urbanísticos e ambientais**. USP. Faculdade de Arquitetura e Urbanismo. Programa de pós graduação stricto sensu em Arquitetura e Urbanismo, 2007.

SANTOS, Juarez Cirino dos (apud Lombroso). **Os discursos sobre o crime e a criminalidade**. 15/jun/2013. Disponível em:
<<www.cirino.com.br/artigos/jcs/os_discursos_sobre_crime_e_criminalidade.pdf>>

SILVA, Alexandre Alberto Gonçalves da. **A perícia forense no Brasil**. USP. Escola Politécnica. Programa de Pós graduação stricto sensu em Engenharia Elétrica, 2010.

SIMON, Robert I. **Homens maus fazem o que homens bons sonham: um psiquiatra forense ilumina o lado obscuro do comportamento humano**. Porto Alegre: Artimed, 2009.

SÃO PAULO, Superintendência da Polícia Técnico-Científica do Estado de São Paulo. 10/06/2013. Disponível em: <<www.polcientifica.sp.gov.br>>.

ZARZUELA, José Lopes *et all*. **Laudo Pericial – Aspectos Técnicos e Jurídicos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

WIKIPEDIA. **Ciência da Computação**. 13/06/2013. Disponível em: <<
https://pt.wikipedia.org/wiki/Ci%C3%Aancia_da_computa%C3%A7%C3%A3o>>

WIKIPEDIA. **Computação**. 13/06/2013. Disponível em: <<
https://pt.wikipedia.org/wiki/Ci%C3%Aancia_da_computa%C3%A7%C3%A3o>>

WIKIPEDIA. **Naive Bayes Classifier**. 13/06/2013. Disponível em: <<
https://en.wikipedia.org/wiki/Naive_Bayes_classifier>>

APÊNDICE

Tabela contendo os sistemas de informação existentes atualmente no segmento de segurança pública:

Sistema	Característica	Atuação
GARDIÃO	Sistema de Interceptação Telefônica Guardiã, desenvolvido com tecnologia 100% nacional, foi concebido para suprir as necessidades das Agências de Inteligência Brasileira (ABIN).	No dia 26 de junho a polícia paulista matou 13 pessoas suspeitas de terem ligação com o Primeiro Comando da Capital (PCC). O plano era atacar agentes penitenciários. A operação foi descoberta quinze dias antes com a ajuda de escutas telefônicas.
PHOENIX	Banco de dados de voz, fotos, impressões digitais e Boletim de Identificação Criminal Eletrônico para relacionar as informações.	No auge da crise de Segurança de São Paulo, Roberto Cabrini, repórter da Rede Record, divulgou uma suposta entrevista com Marcola, líder da facção criminosa PCC. Para confirmar a veracidade da entrevista, foi aberto um processo e a voz do criminoso foi coletada para eventual comparação.
FOTOCRIM	Base de Dados informatizada que disponibiliza fotografias criminais reúne fotos de criminosos e disponibilizando-as em rede, cruza a imagem do retrato falado com o banco de fotografias da polícia, buscando identificar o criminoso.	Durante ataques do PCC, indicou quem já tinha antecedentes criminais e quem já tinha participado de ações criminosas organizadas. Tatuagens e outras características dos suspeitos foram disponibilizadas para que, através delas, fossem identificados. Segundo a Assessoria da SSP, o uso sigiloso e estratégico do Fotocrim foi

		um dos motivos para que não fossem divulgados os nomes dos mortos em conflitos com a polícia no mês de maio.
ÔMEGA	Sistema informatizado de suporte que aplica Inteligência Artificial na Investigação Policial e sistema integrador das diversas bases de dados.	Disponibilizou acesso mais rápido na busca de informações sólidas e de valor de acordo com as necessidades de cada usuário.
INFOCRIM	Possibilita a interligação dos Distritos Policiais na cidade de São Paulo, mapeando digitalmente os dados estatísticos da criminalidade, assegurando um processo mais rápido e preciso de tomada de decisões, permitindo um planejamento estratégico de ações preventivas.	Através do fornecimento de dados estatísticos, permite o posicionamento preventivo da Polícia em diferentes regiões da cidade.
Informação Geográfica (SIG)	Serve de base para visualização de áreas problemáticas, análise espacial e de rede, controle e prevenção do aumento da criminalidade urbana.	Segurança do cidadão, a redução de índices de criminalidade, o combate e prevenção do tráfico e do consumo de entorpecentes.
Early Warning System Project	Da Polícia de Chicago, sistema este alimentado por três tipos de fontes: fontes não policiais; fontes policiais e grupos comunitários.	
GPS em tempo real	É possível saber a localização de cada viatura a cada instante. Neste caso, a viatura mais próxima do local da emergência deverá ser acionada, e a unidade da PM responsável pela	Obter o endereço correspondente à chamada com base na detecção automática do número do telefone chamador, e consulta a uma base de dados previamente montada, onde

	viatura deverá ser notificada da chamada.	existe uma correspondência entre o número do telefone e o endereço.
Estadual de Coleta de Estatísticas Criminais	Especifica com maior precisão, clareza e transparência, as estatísticas de ocorrências criminais registradas e disciplina, uniformizam e agilizam o fluxo de dados coletados.	Cada unidade policial encarregada de atividade de polícia judiciária preenche mensalmente suas informações diretamente no Sistema. Foi disponibilizado na página intranet da Polícia Civil, Manual de Orientação para Coleta de Dados com o intuito de padronizar o conteúdo das informações previstas no Sistema.