

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 807

(Ano IX)

(24/06/2017)

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=2.589345>

SUMÁRIO

COLUNISTA DA SEMANA



16/06/2017 Eduardo Luiz Santos Cabette

» [Infiltração virtual: alguns breves apontamentos](#)

ARTIGOS

23/06/2017 Giuliana Freitas Spano

» [A quebra do sigilo das operações financeiras sob a ótica da fazenda pública](#)

23/06/2017 Clóvis dos Santos Andrade

» [Considerações sobre a atuação das associações em juízo](#)

23/06/2017 Luiza Zacouteguy Bueno

» [A responsabilidade civil nas relações paterno-filiais](#)

23/06/2017 Erick Joseph Rabelo Chagas

» [Da impossibilidade de dedução do Pis e da Cofins em vendas não adimplidas](#)

23/06/2017 Maria Tereza Targino Hora

» [O Direito de Arrependimento no Código de Defesa do Consumidor](#)

23/06/2017 Aline Antelo Machado de Oliveira

» [O conceito de sentença estrangeira para fins de processo de homologação de sentença estrangeira](#)

23/06/2017 Altamiro Modesto da Silva Filho

» [Limites aos meios de produção de prova: a ação controlada como meio de produção de prova](#)

23/06/2017 Vitor Hugo Medeiros Galvão

» [Time-share e o direito de arrependimento](#)

22/06/2017 Mateus Benato Pontalti

» [Fenomenologia das isenções tributárias](#)

22/06/2017 André Diego de Lima Leite

» [O Imposto Sobre Grandes Fortunas no Direito Comparado e na Lei Brasileira](#)

22/06/2017 Pedro Ramos Lyra da Silva

» [Da \(in\)aplicabilidade da técnica de julgamento do art. 942 do CPC/2015 em sede infracional recursal](#)

22/06/2017 Luiza Zacouteguy Bueno

» [A responsabilidade civil nas relações conjugais](#)

22/06/2017 Erick Joseph Rabelo Chagas

» [Da inexistência de isenção de Pis e Cofins nas vendas realizadas em operações internas na zona franca de manaus](#)

22/06/2017 Eric Costa Candido

» [Intolerância religiosa e o Estado democrático de direito](#)

22/06/2017 Maria Tereza Targino Hora

» [A aplicação do Código de Defesa do Consumidor nos contratos de serviços públicos](#)

22/06/2017 Fábio André Uema Oliveira

» [Direito de preferência da Administração Pública na aquisição de bens tombados](#)

22/06/2017 Aline Antelo Machado de Oliveira

» [A relação entre o processo de homologação de sentença estrangeira e o processo brasileiro sobre a mesma lide](#)

21/06/2017 Clóvis dos Santos Andrade

» [A advocacia pública e o Novo Código de Processo Civil](#)

21/06/2017 Maria Tereza Targino Hora

» [A Responsabilidade Civil dos Pais à luz da Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça](#)

21/06/2017 Erick Joseph Rabelo Chagas

» [A correção monetária no ressarcimento do crédito escritural](#)

21/06/2017 Eric Costa Candido

» [O papel do Poder Judiciário na efetivação do direito à saúde](#)

21/06/2017 Amanda Expósito Tenório de Araújo

» [Direito à repactuação nos contratos administrativos devido aos instrumentos coletivos de trabalho](#)

21/06/2017 Raphael Rodrigues Valença de Oliveira

» [Considerações sobre a aposentadoria especial do servidor público federal](#)

21/06/2017 Raul Cesar Junges Carvalho

» [A denúncia da lide na visão ampliada e restritiva](#)

21/06/2017 Luiza Zacouteguy Bueno

» [Do dano moral indenizável](#)

21/06/2017 Eliziane Chagas Silva

» [O pedido de final de fila em concursos públicos e a jurisprudência dos tribunais pátrios](#)

20/06/2017 Raphael Rodrigues Valença de Oliveira

» [O princípio da fundamentação das decisões judiciais e o Código de Processo Civil de 2015](#)

20/06/2017 Amanda Expósito Tenório de Araújo

» [Direito à filiação e direito à identidade genética](#)

20/06/2017 Wellington Cacemiro

» [A liquidação de sentença à luz do vigente CPC: apontamentos acadêmicos ao tema](#)

20/06/2017 Eduardo Henrique Ferreira

» [A tutela provisória no Novo Código de Processo Civil e a possibilidade de estabilização da tutela de urgência satisfativa](#)

20/06/2017 Bruno de Ugalde Mello

» [Dos efeitos da condenação pelo crime de tortura imprópria](#)

20/06/2017 Eliziane Chagas Silva

» [A reserva do possível e a efetividade das políticas públicas](#)

20/06/2017 Érica Izabel da Rocha Costa

» [Da inexistência de obrigatoriedade de simetria remuneratória entre a magistratura federal e estadual](#)

20/06/2017 Luiz Cesar Barbosa Lopes

» [Impeachment - confusão jurídica](#)

20/06/2017 Raiane Acioli Matos

» [Os direitos fundamentais nas Constituições brasileiras: com ênfase na Constituição Federal de 1988](#)

20/06/2017 Raul Cesar Junges Carvalho

» [Da evolução da responsabilidade civil no Brasil](#)

20/06/2017 Roberto Monteiro Pinho

» [É preciso unir e repensar a justiça laboral](#)

19/06/2017 Eliziane Chagas Silva

» [O papel do Poder Legislativo e o fenômeno da reação legislativa](#)

19/06/2017 Rafael Drumond de Lima

» [Crítica à Sumula nº 501 do Superior Tribunal de Justiça, à luz da Teoria da Linguagem](#)

19/06/2017 Eduardo Henrique Ferreira

» [A audiência de conciliação no Novo Código de Processo Civil e a Fazenda Pública](#)

19/06/2017 Eduardo Guimarães Borges

» [A possibilidade, excepcional, de o Habeas Corpus ser utilizado como substituto de Revisão Criminal](#)

19/06/2017 Thais Minelle Silva de Souza

» [Guarda compartilhada: um estudo empírico sobre sua aplicabilidade na comarca de Igaporã-BA a partir da vigência da Lei 11.698/2008](#)

19/06/2017 Eduardo Henrique Ferreira

» [A paternidade socioafetiva na sociedade brasileira contemporânea.](#)

19/06/2017 Érica Izabel da Rocha Costa

» [Da necessidade de normatização detalhada sobre as regras para requisição de servidores pela Justiça Eleitoral](#)

19/06/2017 Rafaelle Jhonathas de Sousa Guimaraes

» [Manutenção do desacato como crime](#)

19/06/2017 Geraldo Uchôa de Amorim Júnior

» [Breves considerações sobre as prerrogativas do Tribunal de Contas na fiscalização da Administração Pública](#)

MONOGRAFIA

20/06/2017 Michele Lucas de Castro

» [Estado de exceção na penitenciária: uma análise do caos instalado na penitenciária estadual do Rio Grande - PERG](#)

O DETETIVE PARTICULAR E A HIPÓTESE DA EQUIPARAÇÃO A FUNCIONÁRIO PÚBLICO NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE: Delegado de Polícia, Mestre em Direito Social, Pós-graduado com especialização em Direito Penal e Criminologia, Professor de Direito Penal, Processo Penal, Criminologia e Legislação Penal e Processual Penal Especial na graduação e na pós-graduação da Unisal e Membro do Grupo de Pesquisa de Ética e Direitos Fundamentais do Programa de Mestrado da Unisal.

1 – INTRODUÇÃO

A Lei 13.432/17 veio regular a atividade de “Detetive Particular” ou “Detetive Profissional” em solo brasileiro (artigo 2º. e § 1º.).

Em regra a atuação do Detetive Particular será vinculada a questões de “interesse privado do contratante” (artigo 2º., “caput”, da Lei 13.432/17). Entretanto, permite o artigo 5º. que o profissional investigador atue em colaboração com a Polícia Judiciária em “investigação policial em curso”, desde que autorizado expressamente por seu cliente.

Isso é, sem dúvida, um avanço na chamada “Investigação Criminal Defensiva”, pois que não há óbices legais a que qualquer pessoa investigue crimes, sendo a segurança “responsabilidade de todos” nos termos do artigo 144, “caput”, CF. Não obstante, é claro que o particular não tem os mesmos atributos que os órgãos oficiais de investigação criminal. [\[1\]](#)

Há, porém, outras balizas que limitam a atividade do Detetive Particular na Investigação Criminal. Ele necessita, por exemplo, de aceite por parte do Delegado de Polícia, [\[2\]](#) o qual, discricionariamente, poderá admitir ou rejeitar, a qualquer tempo, sua participação (artigo 5º., Parágrafo Único, da Lei 13.432/17). Também deverá cumprir os requisitos exigidos por outras leis e regulamentos que regem sua atividade e que não foram expressamente revogados pela nova Lei 13.432/17 e, portanto, continuam em vigor naquilo que não houver conflito, sendo os dois

principais diplomas referentes à matéria a Lei 3.099/57 e o Decreto 50.532/61. Finalmente, insta observar que ao Detetive Particular é vedada a participação direta em diligências policiais, nos estritos termos do artigo 10, IV, da Lei 13.432/17. [3]

O objeto deste trabalho é esclarecer se o Detetive Profissional, ao ser habilitado no Inquérito Policial ou mesmo na Investigação Criminal promovida pelo Ministério Público, de acordo com os requisitos legais acima delineados, passa a ser equiparado a funcionário público e responder criminalmente por crimes próprios funcionais.

Para tanto, será feita uma breve análise do conceito de funcionário público para fins penais, bem como, especialmente, dos casos de equiparação. A partir daí, será possível concluir se o Detetive Particular pode ou não ser equiparado a funcionário público e responder por eventuais crimes funcionais e não crimes comuns no exercício de sua atividade de investigação criminal. A questão é relevante, pois tem reflexos na tipificação penal de condutas e na reação penal estatal frente a deslizes perpetrados pelo Detetive no curso de uma investigação criminal.

2 – O CONCEITO DE FUNCIONÁRIO PÚBLICO PARA FINS PENAIS

É no artigo 327, CP que se encontra o conceito de funcionário público para fins penais, considerando este todo aquele que “embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública”.

Evidentemente o Detetive Particular, mesmo atuando na investigação criminal com o beneplácito do Presidente das Investigações, não se adequaria a este conceito de funcionário público que, embora mais amplo do que o da seara administrativa, não chegaria a abranger a situação enfocada. Na verdade o próprio nome da função, adjetivado de “particular”, está a afastar a configuração da condição de funcionário público, ainda que somente para fins penais.

Ocorre que o § 1º. do artigo 327, CP promove uma equiparação a funcionário público, sendo de se indagar se, neste caso, poderia haver tal atribuição ao Detetive Particular oficialmente atuando na investigação criminal. Novamente a

resposta somente pode ser negativa. O § 1º. do artigo 327, CP faz menção àqueles que exercem “cargo, emprego ou função” em entidades paraestatais ou àqueles que trabalham para empresas contratadas ou conveniadas para a execução de atividade típica da Administração Pública”. Ora, o Detetive Particular, embora atuando na investigação criminal, juntamente com os órgãos estatais, defende interesses particulares (do investigado ou da vítima de um crime) que o contratou. Ele não é empregado, não tem cargo ou função pública. Não é contratado ou conveniado pelo Estado. E, principalmente, não lhe é dado exercer “atividade típica da Administração Pública”, uma vez que a própria Lei 13.432/17 impede, como já visto, sua participação direta em diligências policiais.

O que faz o Detetive Particular é defender interesses privados, “particulares”, na investigação criminal, quais sejam, os interesses do seu contratante. Assim sendo, sua atuação se adequa perfeitamente não ao conceito de funcionário público para fins penais ou administrativos (muito menos), mas ao exercício do chamado “múnus” público.

Exerce um “múnus” público todo aquele que atua em defesa de interesses particulares no cumprimento de uma função publicamente relevante. São exemplos o advogado constituído, o curador, o tutor, o inventariante, o administrador judicial etc.

É ensinamento de Greco:

“O exercício de uma função pública, ou seja, aquela inerente aos serviços prestados pela Administração Pública, não pode ser confundido com *múnus público*, entendido como encargo ou ônus conferido pela lei e imposto pelo Estado em determinadas situações, a exemplo do que ocorre com tutores, curadores etc.”. [4]

É entendimento corrente que a prevalência do interesse privado é incompatível com o conceito de funcionário público ou mesmo com sua equiparação. Também não se podem admitir como atividades típicas de Administração Pública aquelas que, em verdade, são “típicas da iniciativa

privada”, como, por exemplo, “a indústria, o comércio, prestação de serviços em geral etc.”. [5]

O Detetive Particular é certamente um *prestador de serviços* que exerce atividade empresarial individual ou societária, tanto é fato que a Lei 3.099/57 e o Decreto 50.532/61 exigem o registro do Detetive Particular individual ou do estabelecimento de coleta de informações no órgão comercial do Estado.

Dessa maneira se, no exercício da atividade, em investigação criminal, perpetrar crimes, responderá como particular, por exemplo, por extorsão, violação de segredo informático ou telemático ou interceptação telefônica ilegal, roubo, ameaça, furto, violação de domicílio, lesão corporal, tortura sem o aumento de pena pelo fato de ser agente público etc. Não responderá, a não ser em concurso de agentes com efetivo funcionário público (inteligência dos artigos 29 e 30, CP) por crimes como peculato, concussão, corrupção passiva etc. No que tange aos crimes de Abuso de Autoridade, previstos na Lei 4898/65, também não há possibilidade de subsunção do Detetive Particular ao conceito de funcionário público similar ao do Código Penal ali exposto no artigo 5º. Além disso, no caso específico do Abuso de Autoridade, o funcionário público há que ser enquadrável também no conceito de “Autoridade”, ou seja, deve ser daqueles que detém poder de mando, “capacidade de determinar, de subordinar ou de se fazer obedecer”. [6] Ora, como visto, o Detetive Particular atua sob contrato, prestando serviços privados, bem como somente tem autorização limitada pelo poder discricionário do Delegado de Polícia ou outra autoridade estatal que presida a investigação criminal. Inexiste poder de determinação, subordinação ou de impor obediência a quem quer que seja. Muito ao reverso, o Detetive Particular está subordinado intensamente ao Delegado de Polícia ou outro presidente do feito investigativo, até mesmo para poder ali atuar, não sendo dotado sequer de autonomia ou independência.

3 – CONCLUSÃO

Constatou-se inicialmente que a Lei 13.432/17 é um marco para a atuação do Detetive Particular na investigação criminal e, especialmente, para o desenvolvimento da chamada “Investigação Criminal Defensiva”.

Porém, a atividade do Detetive Profissional é limitada pela legislação, tendo em conta a reserva de atribuições típicas de Estado, inclusive pelo monopólio do emprego da força e da restrição legal e proporcional de direitos individuais.

Foi possível estabelecer o conceito legal e doutrinário de funcionário público, bem como os casos de equiparação, concluindo-se que o Detetive Particular não é funcionário público, ainda que atuando em investigação criminal de forma oficial, seja para fins penais ou, pior ainda, para fins administrativos.

Dessa forma, em caso de cometimento de infrações penais durante a atividade em questão, será punido de acordo com os crimes comuns e não crimes funcionais, a não ser que atue em concurso de agentes com funcionário público no exercício ou em razão da função, ciente disso, pois que então o liame subjetivo permitirá que as elementares pessoais se transmitam de acordo com o disposto nos artigos 29 c/c 30 “in fine”, do Código Penal.

4 – REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal Comentado*. 5ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. O Detetive Particular na Investigação Criminal. Disponível em www.jusbrasil.com.br, acesso em 13.04.2017.

COGAN, Arthur. *Crimes contra a Administração Pública*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

FREITAS, Gilberto Passos de, FREITAS, Vladimir Passos de. *Abuso de Autoridade*. 7ª. ed. São Paulo: RT, 1997.

GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. 10ª. ed. Niterói: Impetus, 2016.

PRUSSAK, Jucineia. Lei 13.432/17, detetive particular e investigação criminal defensiva. Disponível em www.jusbrasil.com.br, acesso em 13.04.2017.

NOTAS:

[1] PRUSSAK, Jucineia. Lei 13.432/17, detetive particular e investigação criminal defensiva. Disponível em www.jusbrasil.com.br, acesso em 13.04.2017.

[2] Acaso a hipótese de investigação seja um PIC do Ministério Público, também, obviamente, poderá atuar e necessitará de anuência do Promotor oficiante. A Lei 13.432/17, embora faça menção expressa somente ao Delegado de Polícia em seu artigo 5º, Parágrafo Único, trata no “caput” da “investigação criminal”, usando expressão ampla e não a expressão restrita “Inquérito Policial”, como não poderia ser diverso.

[3] Para maiores detalhes a respeito da atuação do Detetive Particular na Investigação Criminal vide nosso artigo: CABETTE, Eduardo Luiz Santos. O Detetive Particular na Investigação Criminal. Disponível em www.jusbrasil.com.br, acesso em 13.04.2017.

[4] GRECO, Rogério. *Código Penal Comentado*. 10ª. ed. Niterói: Impetus, 2016, p. 1102. No mesmo sentido, em obra especializada: COGAN, Arthur. *Crimes contra a Administração Pública*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 112.

[5] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Código Penal Comentado*. 5ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1066 – 1067.

[6] Cf. FREITAS, Gilberto Passos de, FREITAS, Vladimir Passos de. *Abuso de Autoridade*. 7ª. ed. São Paulo: RT, 1997, p. 86.

A QUEBRA DO SIGILO DAS OPERAÇÕES FINANCEIRAS SOB A ÓTICA DA FAZENDA PÚBLICA

GIULIANA FREITAS SPANO: Bacharela em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo - UFES. Pós-graduada em Direito Constitucional. Advogada.

RESUMO: Recentemente, o Supremo Tribunal Federal pôs fim à polêmica envolvendo a possibilidade de quebra do sigilo das operações financeiras diretamente pela administração tributária, independentemente de autorização judicial, na forma prevista na Lei Complementar n.º. 105/2001, hipótese que, na ocasião, foi declarada constitucional pela Suprema Corte. O teor do julgado provoca certa aversão da população em geral, em virtude da possibilidade de devassa dos dados das operações financeiras realizadas pelas pessoas físicas e jurídicas, o que, em tese, seria protegido pelo direito fundamental à privacidade. Com isto em mente, este artigo pretende, por meio de conclusões obtidas a partir de estudos doutrinários e jurisprudenciais, apresentar um contraponto aos argumentos contrários à Lei Complementar n.º. 105/2001, já amplamente explorados pela comunidade jurídica em geral, enriquecendo o debate sobre o tema. Privilegia-se o interesse arrecadatório do Fisco, através do incremento dos processos de fiscalização e da redução dos ilícitos tributários, o que se faz especialmente necessário no atual contexto de queda da arrecadação, que vem forçando o Estado brasileiro a reduzir sua atuação em setores sociais de suma importância, como a saúde, a educação e a previdência social, atingindo especialmente as parcelas mais necessitadas da população.

Palavras-chave: Privacidade, Sigilo Financeiro, Lei Complementar n.º. 105/2001.

Sumário: 1. Introdução. 2. A importância do sigilo financeiro para a ordem econômica. 3. O sigilo financeiro na Lei Complementar n.º. 105/2001. 4. Da ausência de violação ao direito fundamental à privacidade: transferência do sigilo ao fisco. 5. Da ausência de cláusula de reserva de jurisdição. 6. Do dever fundamental de pagar tributos. 7. Considerações finais. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 assegura, em seu art. 5º, inciso X, os direitos à intimidade e à vida privada, e no inciso XII a inviolabilidade do sigilo de dados.

Paralelamente a esses direitos, a CF/88 faculta à administração tributária "identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte" (art. 145, § 1º), como um instrumento de aferição da capacidade contributiva.

Com base nesse dispositivo constitucional, o Congresso Nacional editou a Lei Complementar nº 105/01^[1], cujo art. 5º, *caput*,^[2] prevê que as instituições financeiras deverão informar à administração tributária da União as operações financeiras efetuadas pelos usuários de seus serviços.

Por sua vez, o art. 6º, *caput*,^[3] permite que a administração tributária da União, dos Estados, Distrito Federal e Municípios examine documentos, livros e registros de instituições financeiras, se houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso.

Os referidos dispositivos legais geraram grande polêmica quanto à sua constitucionalidade, em virtude da tensão com os direitos à vida privada e inviolabilidade do sigilo de dados, os quais, segundo os defensores da inconstitucionalidade dos arts. 5º e 6º da LC nº. 105/2001, só poderiam ser relativizados mediante pronunciamento judicial, e, ainda assim, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Por outro lado, segundo a tese pró Fazenda Pública, não haveria quebra, mas transferência do sigilo à Administração, nos moldes do art. 198 do Código Tributário Nacional e art. 5º, § 5º, da LC nº. 105/2001. Ademais, haveria autorização constitucional para tanto, sediada no art. 145, § 1º.

Ainda, segundo os defensores da constitucionalidade da Lei Complementar em questão, recairia sobre os contribuintes um dever fundamental de pagar tributos, teoria defendida por parcela da doutrina

pátria, que autorizaria a adoção, por parte do Fisco, de mecanismos rigorosos de fiscalização, a fim de permitir a eficiência da arrecadação de tributos, que, afinal, é de onde provém a maior parte da receita destinada a concretização dos direitos fundamentais, em especial os direitos sociais.

Em um primeiro momento, o Supremo Tribunal Federal, ao examinar a matéria em fevereiro de 2013, no Recurso Extraordinário n.º 389.808^[4], definiu, por 5 votos à 4, que a quebra do sigilo seria inconstitucional.

Entretanto, a polêmica teve fim no início de 2016, com o julgamento conjunto das Ações Diretas de Inconstitucionalidade n.º 2390/DF, ADI 2386/DF, ADI 2397/DF e ADI 2859/DF^[5], nas quais o Supremo Tribunal Federal decidiu pela constitucionalidade dos arts. 5º e 6º da Lei Complementar n.º 105/2001 e dos seus decretos regulamentadores. Entendeu a Corte Suprema que não há, na hipótese, quebra de sigilo e ofensa a direito fundamental.

O resultado do julgamento em apreço, ao consagrar a tese favorável à Fazenda Pública, é objeto de grande irrisignação social, tendo em vista a suposta devassa perpetrada no patrimônio do contribuinte. Contudo, uma análise mais atenta da LC n.º 105/2001 e dos Decretos que a regulamentam, demonstra que o direito à privacidade do contribuinte não é posto em risco.

2. A IMPORTÂNCIA DO SIGILO FINANCEIRO PARA A ORDEM ECONÔMICA

Antes de adentrarmos no estudo da Lei Complementar n.º 105/2001, sobretudo na polêmica que envolve a possibilidade de acesso direto do Fisco a dados de operações financeiras realizadas pelos contribuintes, e a fim de demonstrar a magnitude desta discussão, é importante ter em mente que, atualmente, a quase totalidade dos negócios é efetivada com intermediação bancária, de forma que o acesso a tais informações permite conhecer não só a situação financeira da pessoa física ou jurídica a quem elas pertencem, mas também "sobre seus negócios, suas preferências, seus gastos, ingressos, hábitos e

aquisições"[\[6\]](#). Deste modo, vê-se que a importância do sigilo bancário se mostra ainda mais acentuada nos dias atuais.

Em se tratando de pessoa jurídica, a quebra do sigilo bancário pode constituir uma forma de burla ao princípio da livre concorrência (art. 170, IV, CF), na medida em que o conhecimento de seus dados pode determinar estrategicamente a atuação de seus concorrentes, fornecedores ou clientes[\[7\]](#).

Para o cenário geral da economia de um dado país, o grau de sigilo conferido às operações financeiras também apresenta repercussões relevantes, uma vez que é fator determinante do fluxo de capitais que ingressará ou permanecerá em seu território. Isto porque o emprego de um aparato de fiscalização menos incisivo pode ser utilizado como técnica de captação de recursos, como fazem a Suíça, Luxemburgo, Líbano e o Uruguai, entre outros países chamados de *paraísos fiscais*[\[8\]](#).

Percebe-se, portanto, que a razão da acentuada polêmica envolvendo a relativização do sigilo financeiro pela LC n.º. 105/01 é que, além de permitir ampla discussão no plano teórico, a matéria se refere a aspecto de grande importância para a economia do país, principalmente para as pessoas jurídicas.

3. O SIGILO FINANCEIRO NA LEI COMPLEMENTAR N.º. 105/2001

Como visto, a LC n.º. 105/01 é uma lei geral sobre o sigilo financeiro, regulamentada, em âmbito Federal, pelos Decretos n.º. 3.724/2001 e 4.489/2009. Esta Lei foi aprovada em 13 de dezembro de 2000, após amplos debates no Senado e na Câmara dos Deputados, especialmente no que toca ao conteúdo dos seus arts. 5º e 6º[\[9\]](#).

Como regra geral, a LC n.º. 105/01 resguarda o sigilo das operações financeiras, ao dispor em seu art. 1º, que "as instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados". Desse modo, recai sobre os seus dirigentes, empregados ou ex-empregados o dever de não divulgar as informações que tiverem acesso em razão das suas atividades.

Tomando por base o rol de operações financeiras elencado pelo § 1º do art. 5º, da LC n.º. 105/01, afirma José Paulo Baltazar Júnior que "a proteção da lei é ampla, incluindo empréstimos, depósitos, descontos,

locação de cofre, custódia de títulos, valores recebidos por quem não é correntista, ou não mantém contrato com o banco, e mesmo informações pré-contratuais" [10].

Por outro lado, relativizando a regra do sigilo consagrada no art. 1º, os arts. 5º e 6º da LC n.º. 105/01 preveem as seguintes possibilidades de acesso direto pelo Fisco aos dados das operações financeiras realizadas pelos contribuintes:

"Art. 5º O Poder Executivo disciplinará, inclusive quanto à periodicidade e aos limites de valor, os critérios segundo os quais as instituições financeiras informarão à administração tributária da União, as operações financeiras efetuadas pelos usuários de seus serviços".

"Art. 6º As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente".

Nota-se, pois, que a fiscalização fazendária pode se dar de duas maneiras: a) *fiscalização-vigilância, continuada ou rotineira*, que consiste no acompanhamento contínuo das atividades, como ocorre no art. 5º, *caput*, LC n.º. 105/01; b) *fiscalização intermitente*, que se destina a examinar documentos ou obter informações sobre fatos delimitados, ou por amostragem, hipótese revelada no § 4º do art. 5º e no art. 6º [11].

Neste contexto, percebe-se que a LC n.º. 105/01 não previu a necessidade de autorização judicial para que o Fisco acessasse determinados dados referentes a operações financeiras, na forma dos seus arts. 5º e 6º, o que gerou a polêmica abordada neste estudo.

Vale destacar que esta possibilidade já era admitida pelo art. 38 da Lei n.º. 4.595/64 (revogado pela LC n.º. 105/01). Porém, a partir do julgamento do Recurso Especial n.º. 37.556, em 1994, passou-se a

entender que a quebra poderia se dar apenas em razão de autorização judicial, posição que se consagrou na jurisprudência pátria [12].

Frise-se que, a despeito do posicionamento acima citado, a jurisprudência nunca abandonou a ideia de que, assim como qualquer outro direito fundamental, o sigilo financeiro não é absoluto, podendo ceder diante de outros direitos, sobretudo em razão do interesse público, observada a regra da proporcionalidade [13].

Com o advento da LC n.º. 105/01, voltou à tona a polêmica acerca da possibilidade de quebra do sigilo financeiro pela autoridade fazendária sem autorização judicial, em razão da expressa autorização neste sentido levada a efeito pelos seus arts. 5º e 6º.

Como dito, a polêmica teve seu fim com o julgamento conjunto das Ações Diretas de Inconstitucionalidade n.º. 2390/DF, ADI 2386/DF, ADI 2397/DF e ADI 2859, nas quais o Supremo Tribunal Federal decidiu pela constitucionalidade dos referidos arts. 5º e 6º.

A análise da Suprema Corte, para a solução desta controvérsia, girou em torno das seguintes questões, que serão respondidas no decorrer deste estudo: Há violação ao direito fundamental à privacidade? A quebra do sigilo financeiro está coberta pela cláusula da reserva de jurisdição?

4. DA AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL À PRIVACIDADE: TRANSFERÊNCIA DO SIGILO AO FISCO

Gilmar Ferreira Mendes e Ives Gandra Martins[14] entendem que a relativização do sigilo financeiro e do direito à privacidade deve se pautar pela existência de um "direito à organização e ao processo", segundo o qual a quebra do sigilo financeiro deverá observar regras procedimentais precisas, estabelecidas pelo legislador, a fim de evitar que essas informações sejam desviadas do fim para o qual foram obtidas.

Neste sentido, buscando preservar a privacidade do contribuinte, o art. 198 do Código Tributário Nacional veda "a divulgação por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades".

Segundo Eduardo Sabbag^[15], o art. 198 do CTN busca operar uma verdadeira transferência do sigilo para o Fisco, preservando os direitos fundamentais à privacidade e ao sigilo bancário, embora resguardando igualmente a função fiscalizadora da Fazenda Pública.

Nessa senda, no julgamento das ADIs n.º. 2390/DF, ADI 2386/DF, ADI 2397/DF e ADI 2859/DF, o Supremo Tribunal Federal entendeu que somente haveria que se falar em quebra de sigilo se houvesse autorização para circulação ou exposição dos dados das operações financeiras, ou seja, se os dados obtidos pelo Fisco pudessem ser levados ao público.

De igual modo, a Ministra Carmem Lúcia, em Voto exarado no julgamento do RE n.º. 389.808, entendeu que "não está autorizado por lei a dar a público, mas apenas transferir para um outro órgão da administração, para o cumprimento das finalidades da Administração Pública, aqueles dados".

Com efeito, a LC n.º. 105/01 consagra expressamente a transferência do dever de sigilo para o Fisco, ao determinar no art. 5º, § 5º^[16] que as informações prestadas pelas instituições financeiras devem ser conservadas sob sigilo.

Inclusive, aplica-se tratamento rigoroso à quebra indevida do sigilo financeiro, tipificando tal conduta como crime e responsabilizando pessoal e diretamente o servidor que se valer indevidamente destas informações, assim como responsabilizando objetivamente a entidade pública, no caso de o servidor ter agido conforme orientação oficial. Vejamos o teor dos arts. 10 e 11 da LC n.º. 105/01, *ipsis litteris*:

Art. 10. A quebra de sigilo, fora das hipóteses autorizadas nesta Lei Complementar, constitui crime e sujeita os responsáveis à pena de reclusão, de um a quatro anos, e multa, aplicando-se, no que couber, o Código Penal, sem prejuízo de outras sanções cabíveis.

Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas quem omitir, retardar injustificadamente ou prestar falsamente as informações requeridas nos termos desta Lei Complementar.

Art. 11. O servidor público que utilizar ou viabilizar a utilização de qualquer informação obtida em decorrência da quebra de sigilo de que trata esta Lei Complementar responde pessoal e diretamente pelos danos decorrentes, sem prejuízo da responsabilidade objetiva da entidade pública, quando comprovado que o servidor agiu de acordo com orientação oficial.

Vale dizer, ainda, que a LC n°. 105/01 não promove uma devassa aos dados do contribuinte, na medida em que as informações prestadas restringem-se a identificação dos titulares das operações e aos montantes globais mensalmente movimentados, sendo vedada a inserção de qualquer elemento que permita identificar a origem ou a natureza dos gastos efetuados [17].

Assim, concluiu o Supremo Tribunal Federal, no julgamento das ADIs n°. 2390/DF, ADI 2386/DF, ADI 2397/DF e ADI 2859/DF, que trata-se de dados cadastrais genéricos, aos quais a Fazenda Pública já tem acesso em virtude da declaração anual de imposto de renda.

Apenas no caso de indícios de cometimento de ilícito fiscal, pode ser realizado um exame mais aprofundado das informações financeiras de determinado contribuinte, exigindo-se, para tanto, a existência de processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso [18].

Por fim, vale mencionar conclusão no mesmo sentido alcançada pelo Ministro Ayres Britto, no RE n°. 389.808, para quem a Constituição Federal, no seu art. 5°, incisos X e XII, não vedou o acesso aos dados das operações financeiras, mas o vazamento, a divulgação ao público destes dados. E no caso da LC n°. 105/01, ao cuidar da transferência dos dados financeiros, é imposta ao órgão destinatário destas informações a cláusula da confidencialidade, cuja quebra, como visto, gera responsabilização civil, administrativa e criminal do responsável.

Por tais razões, entendeu o Supremo Tribunal Federal, no julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade n°. 2390/DF, ADI 2386/DF, ADI 2397/DF e ADI 2859/DF, que a LC n°. 105/2001 não promove a quebra de sigilo das operações financeiras, na medida em que transfere este dever para o fisco, resguardando o direito à privacidade.

5. DA AUSÊNCIA DE CLÁUSULA DE RESERVA DE JURISDIÇÃO

Segundo afirmou o Supremo Tribunal Federal, no âmbito do julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade n.º. 2390/DF, ADI 2386/DF, ADI 2397/DF e ADI 2859/DF, o fundamento constitucional da possibilidade do acesso direto do Fisco aos dados das operações financeiras realizadas pelos contribuintes, encontra-se no art. 145, § 1º:

Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

(...)

§ 1º Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, **facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.**

Consoante as razões consignadas no inteiro teor do Acórdão, tem-se, de um lado, os direitos fundamentais à privacidade e ao sigilo bancário (CF, art. 5º, incs. X e XII), e, de outro, a autorização dada pela própria Constituição Federal (art. 145, § 1º) para que administração fazendária identifique "o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte".

Segundo a Corte Suprema, ambos os dispositivos foram originariamente promulgados em conjunto. Portanto, não há razão para se defender a inconstitucionalidade da hipótese consagrada no art. 145, § 1º, CF, a qual deve ser encarada como uma limitação constitucional aos contornos dos direitos à privacidade e ao sigilo bancário.

Nessa linha de pensamento, José Paulo Baltazar Júnior defende que não é possível inferir do texto constitucional que a autoridade fazendária está impedida de obter acesso aos dados bancários e fiscais dos contribuintes, não havendo, portanto, cláusula da reserva de jurisdição no tocante à privacidade e ao sigilo financeiro, o qual seria "garantido contra particulares ou concorrentes, mas não contra a Fazenda

Pública" [19]. Aliás, observa o mencionado autor, a Constituição não somente deixa de proibir, mas autoriza expressamente, em seu art. 145, § 1º, que o Fisco identifique "o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte".

O Supremo invoca, ainda, o argumento de que o contribuinte já possui a obrigação legal de revelar anualmente à Receita Federal o conjunto de todos os seus bens, para fins de declaração anual de imposto de renda. Ora, se a administração fazendária já possui acesso ao conjunto maior, que é a relação de todos os bens titularizados por determinada pessoa, sem que para isso tenha que se valer anualmente do Judiciário, por que não poderia ter acesso ao conjunto menor, que são as operações financeiras realizadas pelo contribuinte?

A Corte Suprema lembra, por fim, que as instituições financeiras privadas, em razão de seu ofício, possuem amplo acesso aos dados das movimentações realizadas pelos seus clientes, não havendo que se considerar, que os auditores fiscais da Receita Federal do Brasil, que tem todas as responsabilizações e podem perder seu cargo se descumprirem a lei, são menos responsáveis que os funcionários das instituições financeiras privadas.

Desse modo, concluiu o Supremo Tribunal Federal, no multicitado julgamento, que as previsões dos arts. 5º e 6º da LC nº. 105/2001 não encontram óbice em cláusula de reserva de jurisdição.

6. DO DEVER FUNDAMENTAL DE PAGAR TRIBUTOS

Como visto, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº. 2390/DF, ADI 2386/DF, ADI 2397/DF e ADI 2859/DF, entendeu que os dispositivos impugnados da LC nº. 105/2001 não promovem a quebra de sigilo e tampouco ofendem a direito fundamental.

O supracitado julgamento teve como norte uma corrente de pensamento vigente no direito tributário, que defende a existência de um dever fundamental de pagar tributos. Por todos os defensores da apontada teoria, cite-se o professor português José Casalta Nabais, autor do livro intitulado "O dever fundamental de pagar impostos" (Editora Almedina).

Para entendermos a mencionada teoria, devemos ter em mente que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, segundo a doutrina, é classificada como uma constituição dirigente, uma vez que estabelece metas a serem cumpridas pelo Estado, notadamente através de normas programáticas [20].

Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988 estabelece como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, além de promover o bem de todos [21].

Consagra, ainda, um rol extenso de direitos sociais, impondo uma atuação estatal positiva no sentido de concretizá-los. São direitos sociais, que devem ser assegurados pelo Estado Brasileiro, a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados [22].

Para concretizar estes objetivos, evidentemente, o Estado Brasileiro precisa de vultosas fontes de arrecadação, o que se dá, sobretudo, através da tributação.

Logo, correlato aos direitos individuais, sociais, econômicos e culturais, surge, como condição *sine qua non*, o dever fundamental de pagar tributos, sem o qual o Estado fica impossibilitado de cumprir as suas finalidades.

Com base nisso, entendeu o Supremo Tribunal Federal, no multicitado julgamento das ADIs n.º. 2390/DF, ADI 2386/DF, ADI 2397/DF e ADI 2859/DF, que este dever fundamental de pagar tributos justifica a declaração de constitucionalidade dos arts. 5º e 6º da LC n.º. 105/2001.

Isto porque, na visão da Suprema Corte, ao instituir mecanismos mais rígidos de fiscalização, o Estado Brasileiro estará coibindo a ocorrência de ilícitos na seara tributária, o que propicia um incremento da arrecadação.

Em última análise, permite-se a concretização dos objetivos traçados na Constituição Federal, dos quais as camadas mais necessitadas da população se beneficiam mais diretamente, como a saúde e a educação. Isto, especialmente, em um contexto político-econômico que

exige o reequilíbrio das contas públicas, as quais seriam impactadas positivamente com a inibição dos ilícitos tributários.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Buscou-se, neste estudo, apresentar um contraponto aos argumentos contrários à Lei Complementar n.º. 105/2001, já amplamente explorados pela comunidade jurídica em geral, enriquecendo o debate sobre o tema.

Constatou-se, inicialmente, a existência de grande polêmica envolvendo a possibilidade de acesso direto do Fisco aos dados referentes às operações financeiras realizadas pelos contribuintes, independentemente de decisão judicial, conforme previu a LC n.º. 105/2001.

Embora judicialmente a questão tenha se pacificado, através do julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade n.º. 2390/DF, ADI 2386/DF, ADI 2397/DF e ADI 2859/DF, no sentido da constitucionalidade dos arts. 5º e 6º da LC n.º. 105/2001, prevalece grande irresignação social e por parte da comunidade jurídica em geral, que entende que os aludidos dispositivos violam os direitos fundamentais à privacidade e ao sigilo bancário.

Primeiramente, evidenciou-se que não há que se falar em quebra de sigilo, conforme entendeu a Suprema Corte no referido julgamento. Isto porque a LC n.º. 105/2001 não autoriza a circulação ou exposição dos dados das operações financeiras, na medida em que transfere o dever de sigilo para o Fisco, responsabilizando civil, criminal e administrativamente o servidor que der causa injustamente a divulgação dos dados.

Ademais, reconheceu-se que o acesso direto do Fisco aos dados das operações financeiras não encontra óbice em cláusula de reserva de jurisdição, mas, ao contrário, extrai seu fundamento do art. 145, § 1º, da Constituição Federal, que faculta à administração tributária "identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte".

Por fim, demonstrou-se que, acertadamente, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a existência de um dever fundamental de

pagar tributos, a justificar a constitucionalidade de mecanismos eficazes de fiscalização e arrecadação de tributos, para permitir que o Estado brasileiro assegure os inúmeros direitos sociais previstos na Constituição Federal.

Concluiu-se, nessa linha de pensamento, que as camadas menos abastadas da sociedade são as mais prejudicadas pela sonegação fiscal, posto que dependem especialmente das prestações estatais que visam garantir os direitos sociais. Logo, o incremento da fiscalização tende a favorecer principalmente as parcelas mais necessitadas da população.

Finalmente, entendeu-se que a decisão do Supremo Tribunal Federal possui grande importância no atual contexto de queda da arrecadação, que vem reduzindo a capacidade do Estado brasileiro de atuar em setores sociais de suma importância, como a saúde, a educação, a previdência social, dentre outros.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: . Acesso em 25 mai. 2017.

BRASIL. **Lei Complementar nº. 105 de 2001**. Dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 10 jan. 2001. Disponível em: . Acesso em: 25 mai. 2017.

BRASIL. **Lei nº. 5.172 de 1966**. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 25 out. 1966. Disponível em: . Acesso em: 25 mai. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão no Recurso Extraordinário nº. 389.808/PR**. Relator: AURÉLIO, Marco. Publicado no DJ de 09-05-2011. Disponível em Acessado em 25 mai. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº. nº 2.390, 2.386, 2.397 e 2.859**. Relator: TOFFOLI, Dias. Publicado no DJ de 21.10.2016. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11899965>>. Acessado em 25 mai. 2017.

JUNIOR, José Paulo Baltazar. **Sigilo Bancário e Privacidade**. 1. ed. Livraria do Advogado, 2005. 208 p. v. Único.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Sigilo bancário, direito de autodeterminação sobre informações e princípio da proporcionalidade**. In Repertório IOB de Jurisprudência, 2ª quinzena, dezembro, 1992.

SABBAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributário**. 7ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. 1432 p. v. Único.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. 14. ed. São Paulo: Método, 2015. 1028 p. v. Único.

NOTAS:

[1] Dispõe sobre o sigilo das operações financeiras e dá outras providências.

[2] Art. 5º O Poder Executivo disciplinará, inclusive quanto à periodicidade e aos limites de valor, os critérios segundo os quais as instituições financeiras informarão à administração tributária da União, as operações financeiras efetuadas pelos usuários de seus serviços.

[3] Art. 6º As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.

[4] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão no Recurso Extraordinário nº. 389.808/PR**. Relator: AURÉLIO, Marco. Publicado no DJ de 09-05-2011. Disponível em Acessado em 25 mai. 2017.

[5] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº. nº 2.390, 2.386, 2.397 e 2.859**. Relator: TOFFOLI, Dias. Publicado no DJ de 21.10.2016. Disponível em . Acessado em 25 mai. 2017.

[6] JUNIOR, José Paulo Baltazar. **Sigilo Bancário e Privacidade**. 1ª. ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2005, p. 20.

[7] JUNIOR, José Paulo Baltazar. **Sigilo Bancário e Privacidade**. 1ª. ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2005, p. 20.

[8] JUNIOR, José Paulo Baltazar. **Sigilo Bancário e Privacidade**. 1ª. ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2005, p. 20.

[9] JUNIOR, José Paulo Baltazar. **Sigilo Bancário e Privacidade**. 1ª. ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2005, p. 72 e 73.

[10] JUNIOR, José Paulo Baltazar. **Sigilo Bancário e Privacidade**. 1ª. ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2005, p. 77.

[11] JUNIOR, José Paulo Baltazar. **Sigilo Bancário e Privacidade**. 1ª. ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2005, p. 148.

[12] JUNIOR, José Paulo Baltazar. **Sigilo Bancário e Privacidade**. 1ª. ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2005, p. 150.

[13] JUNIOR, José Paulo Baltazar. **Sigilo Bancário e Privacidade**. 1ª. ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2005, p. 152.

[14] MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Sigilo bancário, direito de autodeterminação sobre informações e princípio da proporcionalidade**. In Repertório IOB de Jurisprudência, 2ª quinzena, dezembro, 1992.

[15] SABBAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributário**. 7ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 1136.

[16] Art. 5º O Poder Executivo disciplinará, inclusive quanto à periodicidade e aos limites de valor, os critérios segundo os quais as instituições financeiras informarão à administração tributária da União, as operações financeiras efetuadas pelos usuários de seus serviços.

(...)

§ 5º As informações a que refere este artigo serão conservadas sob sigilo fiscal, na forma da legislação em vigor.

[17] Art. 5º O Poder Executivo disciplinará, inclusive quanto à periodicidade e aos limites de valor, os critérios segundo os quais as instituições financeiras informarão à administração tributária da União, as operações financeiras efetuadas pelos usuários de seus serviços.

(...)

§ 2o As informações transferidas na forma do caput deste artigo restringir-se-ão a informes relacionados com a identificação dos titulares das operações e os montantes globais mensalmente movimentados, vedada a inserção de qualquer elemento que permita identificar a sua origem ou a natureza dos gastos a partir deles efetuados.

[18] Art. 6o As autoridades e os agentes fiscais tributários da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios somente poderão examinar documentos, livros e registros de instituições financeiras, inclusive os referentes a contas de depósitos e aplicações financeiras, quando houver processo administrativo instaurado ou procedimento fiscal em curso e tais exames sejam considerados indispensáveis pela autoridade administrativa competente.

Parágrafo único. O resultado dos exames, as informações e os documentos a que se refere este artigo serão conservados em sigilo, observada a legislação tributária.

[19] JUNIOR, José Paulo Baltazar. **Sigilo Bancário e Privacidade**. 1ª. ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2005, p. 153.

[20] PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Constitucional Descomplicado**. 14. ed. São Paulo: Método, 2015, p. 23.

[21] Art. 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.

[22] Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 90, de 2015)

CONSIDERAÇÕES SOBRE A ATUAÇÃO DAS ASSOCIAÇÕES EM JUÍZO

CLÓVIS DOS SANTOS ANDRADE: Advogado e jornalista. Formado, em ambos os casos, pela Universidade Católica de Pernambuco. Ex-editor-assistente de Brasil/Internacional do Jornal do Commercio. Atualmente exerce a advocacia.

1. Considerações gerais

A Constituição da República, dentre os direitos fundamentais listados em seu art. 5º (incisos XVII a XXI), garante a liberdade de associação, instituto pelo qual indivíduos que partilham de situações análogas no campo profissional, social, científico ou por qualquer outro fim legítimo se reúnem com o intuito de defender interesses em comum:

Art. 5º (...)

XVII - é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar;

XVIII - a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento;

XIX - as associações só poderão ser compulsoriamente dissolvidas ou ter suas atividades suspensas por decisão judicial, exigindo-se, no primeiro caso, o trânsito em julgado;

XX - ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado;

Como se pode ver, a liberdade de associação possui duas faces principais, a liberdade objetiva (que se desdobra na liberdade para criar e para manter em atividade um ente associativo, mais evidente nos incisos XVIII e XIX acima) e a liberdade subjetiva, segundo a qual o sujeito, da mesma forma que é livre para se associar, também o é para deixar a associação quando bem entender (incisos XVII e XX).

As associações também são regidas pelos artigos 53 a 61 do Código Civil de 2002, que as classifica como pessoas jurídicas de direito privado, estabelecendo requisitos para sua criação, funcionamento e extinção, sem, porém,

jamais restringir a liberdade de associação informada pela Carta Política. Para os fins a que se propõe o presente trabalho, importa conferir o que diz o art. 53 do diploma:

Art. 53. Constituem-se as associações pela união de pessoas que se organizem para fins não econômicos.

Parágrafo único. Não há, entre os associados, direitos e obrigações recíprocos.

As associações, porém, não encerram sua finalidade na própria existência. Isto é, não são meros aglomerados de pessoas. Em verdade, se estas se reúnem, fazem-no no intuito de, juntas, terem mais força para atingir fins comuns.

E o direito se preocupou em conferir atribuições a referidos entes. Dentre elas, a de atuar em juízo ou extrajudicialmente na defesa dos interesses de seus associados, desde que cumpram algumas formalidades, como a informada pelo inciso XXI do art. 5º da CF/88:

CF - Art. 5º (...)

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

Ao interpretar o dispositivo, o Supremo Tribunal Federal, em Recurso Extraordinário submetido à sistemática da repercussão geral (portanto com efeitos vinculantes), entendeu que a modalidade de atuação da associação em defesa dos interesses de seus filiados é a representação, mediante a qual ela age em nome dos associados, na defesa dos direitos deles. Para tanto, necessitam de autorização expressa, concedida em assembleia ou individualmente por cada representado.

REPRESENTAÇÃO – ASSOCIADOS – ARTIGO 5º, INCISO XXI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ALCANCE. O disposto no artigo 5º, inciso XXI, da Carta da República encerra representação específica, não alcançando previsão genérica do estatuto da associação a revelar a defesa dos interesses dos associados. TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL – ASSOCIAÇÃO – BENEFICIÁRIOS. As balizas subjetivas do título judicial, formalizado em ação proposta por associação, é definida pela representação no processo de conhecimento, presente a autorização expressa dos associados e a lista destes

juntada à inicial. (RE 573232, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 14/05/2014, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-182 DIVULG 18-09-2014 PUBLIC 19-09-2014 EMENT VOL-02743-01 PP-00001)

Trazendo a mesma lógica para as demandas ajuizadas frente ao Poder Público, o Parágrafo único do art. 2º-A da Lei 9.494/97 prevê essas e outras formalidades para que as associações ajuízem ações coletivas:

Parágrafo único. Nas ações coletivas propostas contra a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas autarquias e fundações, a petição inicial deverá obrigatoriamente estar instruída com a ata da assembléia da entidade associativa que a autorizou, acompanhada da relação nominal dos seus associados e indicação dos respectivos endereços.

É de se observar que, além da autorização, no caso do dispositivo acima, exige-se a apresentação da relação nominal dos associados à época da propositura. Isso auxilia na exata identificação dos beneficiários do título, o que, por conseguinte, ajuda a garantir o exercício da ampla defesa pelos entes públicos.

Em tempo, vale esclarecer que a legitimidade das associações para atuar em juízo distingue-se daquela que detêm os sindicatos, tipo especial de associação talhado pelo constituinte para agir em defesa de direitos trabalhistas ou estatutários de seus sindicalizados.

A estes últimos, ao contrário das associações comuns, é conferida pelo art. 8º, III, da CF/88 legitimidade extraordinária para, agindo em nome próprio, resguardar em juízo os interesses trabalhistas individuais ou coletivos de parte ou da totalidade da categoria profissional, sejam os beneficiários sindicalizados ou não, desde que domiciliados na base territorial do ente sindical.

É dizer, ao passo que os sindicatos atuam em juízo em substituição processual aos integrantes da categoria, as associações o fazem na modalidade representação, necessitando sempre, conforme já sacramentaram as cortes superiores, da autorização expressa de seus

associados, e apenas em nome daqueles que o eram à época do ajuizamento da ação coletiva.

Há, contudo, uma ocasião em que se entende que as associações atuam em juízo na modalidade substituição processual, qual seja, aquela em que impetra Mandado de Segurança Coletivo na defesa de direitos líquidos e certos de seus associados, necessitando ter sido criadas há pelo menos um ano.

Art. 5º (...)

LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;

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

a) partido político com representação no Congresso Nacional;

b) organização sindical, entidade de classe ou **associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados;** Legitimidade essa reiterada pela Lei 12.016/2009, que regula o procedimento do remédio constitucional heroico:

Art. 21. O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária, ou por organização sindical, entidade de classe ou **associação legalmente constituída e em funcionamento há, pelo menos, 1 (um) ano, em defesa de direitos líquidos e certos da totalidade, ou de parte, dos seus membros ou associados, na forma dos seus estatutos e desde que pertinentes às suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial.**

Nesse caso, diferentemente do que ocorre em ações ordinárias, não é exigido às associações colher autorização dos associados para atuar em juízo, entendendo majoritariamente os tribunais

que a coisa julgada alcança a totalidade de seus filiados, independente de seu consentimento.

2. Da legitimidade para executar o título formado em ação coletiva promovida por associação

2.1. Da Legitimidade da própria associação

A execução do título formado em ação coletiva ajuizada por associação pode ser promovida tanto pela próprio ente associativo quanto pelos associados individualmente. Tal afirmação se ampara nos artigos 97 e 98 do Código de Defesa do Consumidor, diploma que desempenha papel fundamental na formação do microsistema das ações coletivas. Eis o que dizem os dispositivos:

Art. 97. A liquidação e a execução de sentença poderão ser promovidas pela vítima e seus sucessores, assim como pelos legitimados de que trata o art. 82.

Art. 98. A execução poderá ser coletiva, sendo promovida pelos legitimados de que trata o art. 82, abrangendo as vítimas cujas indenizações já tiveram sido fixadas em sentença de liquidação, sem prejuízo do ajuizamento de outras execuções.

Vale acrescentar que, dentre os legitimados do citado art. 82, estão as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que guarde pertinência temática com a demanda que encabeça.

A exemplo do que ocorre na fase de conhecimento, as associações, para atuar em defesa dos interesses de seus associados também na execução, necessita de autorização expressa. E, conforme entende o Superior Tribunal de Justiça, a premissa vale mesmo para as ocasiões em que o cumprimento de sentença advém de um Mandado de Segurança Coletivo:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO Nº 02/STJ. EXECUÇÃO DE SENTENÇA PROFERIDA EM SEDE DE MANDADO DE SEGURANÇA IMPETRADO POR ASSOCIAÇÃO DE CLASSE. LEGITIMIDADE ATIVA DA ASSOCIAÇÃO PARA O FEITO EXECUTIVO. REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL. AUTORIZAÇÃO

EXPRESSA POR ASSEMBLÉIA. ENTENDIMENTO FIRMADO PELO PRETÓRIO EXCELSO NO RE 573.232 RG/SC, REL. MIN. MARCO AURÉLIO. JUÍZO DE RETRAÇÃO. ART. 543-B, § 3º, DO CPC/1973. ACLARATÓRIOS ACOLHIDOS COM EFEITOS MODIFICATIVOS PARA DAR PROVIMENTO AO AGRAVO REGIMENTAL, CONHECER DO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL E DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL DA UNIÃO.

1. O Pretório Excelso no julgamento do RE 573.232 RG/SC, rel. Min. Marco Aurélio, sob a sistemática do art. 543-B do CPC/1973, firmou entendimento no sentido de que as balizas subjetivas do título executivo judicial são definidas pela representação no processo de conhecimento, presente a autorização expressa dos associados e a lista destes juntada à inicial, ressalvada a hipótese de impetração de mandado de segurança, ocasião em que atua com o substituto processual de seus associados. 2. **Contudo, no feito executivo detém legitimidade para atuar como representante processual dos associados, devendo estar expressamente autorizada, seja por autorização individual, seja pela aprovação em Assembleia.** Precedente. 3. O Tribunal de origem negou provimento ao agravo de instrumento manejado pela embargante, tendo concluído que "a hipótese dos autos não é de substituição processual, mas sim de representação processual, ainda mais considerando que se trata de processo de execução de título judicial extraído de processo coletivo", de forma que "não é necessária a autorização individual de cada um dos associados para ajuizamento de ação por entidade associativa, bastando a conferida em assembleia geral da

entidade, a qual consta à fl. 73 destes autos" (fl. 88/89-e). O referido entendimento se coaduna com a conclusão alcançada pelo Pretório Excelso no julgamento do RE n. 573.232/SC, inclusive, quanto ao que consiste a "autorização expressa". 4. Logo, tendo o acórdão recorrido assentado a existência de autorização expressa em favor da Associação, não há que se falar em extinção do feito, por não ter sido apresentada a autorização assemblear previamente ao ajuizamento da ação, posto que consoante o disposto no art. 13 do CPC/1973 - vigente à época da propositura da ação - e no art. 76 do CPC/2015, o juízo, não verificando a existência de autorização para demandar a execução do título executivo judicial, marcará prazo razoável para a correção desse defeito antes de extinguir o processo. 5. Contudo, antes de se prosseguir com o feito executivo, cabe a realização de um juízo de instrução - que não pode ser realizado em recurso especial nos termos da Súm n. 7 do STJ - a fim de se aferir se os servidores nominados na execução efetivamente são filiados à Associação. 6. **Dessa feita, a pretensão da União merece parcial acolhida para: I) declarar que as Associações não tem legitimidade para substituir seus membros em execução de sentença, mas sim para representá-los, desde que devidamente autorizada, seja por autorização individual seja por aprovação em assembléia; II) remeter os autos à origem para aferição quanto a efetiva filiação dos servidores à Associação.** 7. Embargos de declaração acolhidos com efeitos modificativos, dando provimento ao agravo regimental interposto, para fins de se conhecer do agravo e dar parcial provimento ao recurso especial da União. (EDcl no AgRg no AREsp 137.153/DF, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL

MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/05/2017, DJe 05/05/2017)

Se já não restam maiores celeumas quanto à legitimidade das associações para executar os títulos formados nas ações por elas promovidas, o mesmo não se pode afirmar quando o cumprimento de sentença é levado a cabo pelos próprios associados, individualmente.

2.2. Da necessidade de ser associado à época do ajuizamento da ação coletiva

Primeiramente, é de se observar que todos os dispositivos constitucionais e infraconstitucionais que conferem às associações legitimidade para atuar em juízo, afirmam que ela se limita aos seus associados.

Dito isso, e se existe a obrigatoriedade da autorização expressa por parte destes, outra conclusão não se pode tirar senão a de que a condição de associado deve ser verificada quando do ajuizamento da ação. Por conseguinte, o mais lógico seria limitar a titularidade do direito reconhecido na fase de conhecimento àqueles que eram associados à época do ajuizamento e que constam da lista apresentada junto à inicial.

É possível, inclusive, ir além. Conforme dito anteriormente, diferentemente do que ocorre nas ações coletivas, em que agem na condição de representantes, as associações, ao impetrar Mandado de Segurança Coletivo, o fazem em substituição processual aos seus filiados, sem a necessidade de apresentar autorização por parte destes.

Entretanto, embora não seja exatamente matéria pacífica nos tribunais, em alguns precedentes, limitou-se a legitimidade executória àqueles associados que compunham a lista anexa à inicial do Mandado de Segurança, como este proveniente do Tribunal Regional Federal da 1ª Região:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. SERVIDOR PÚBLICO. EXECUÇÃO INDIVIDUAL. TÍTULO EXECUTIVO ORIUNDO DE AÇÃO COLETIVA PROPOSTA POR SINDICATO. LEGITIMIDADE. LIMITAÇÃO SUBJETIVA EXPRESSA DOS EFEITOS DA CONDENAÇÃO. LISTA DE REPRESENTADOS. EXEQUENTES NÃO

CONTEMPLADOS PELO TÍTULO EXEQUENDO. ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. RESPEITO À COISA JULGADA. 1. O Pleno do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 883.642 RG/AL, sob o procedimento da repercussão geral, formulou o entendimento no sentido da ampla legitimidade extraordinária dos sindicatos para atuarem na defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais dos integrantes da respectiva categoria, independentemente de autorização expressa dos substituídos, aí incluídas as liquidações e execuções de sentença. **2. Inaplicabilidade do entendimento sufragado quando do julgamento do RE 883.642 RG/AL, sob o procedimento da repercussão geral, à espécie, isso porque o caso em comento não se amolda à mesma situação fática ali enfrentada, sendo inadmissível sustentar que o entendimento ali formulado pudesse atentar contra a coisa julgada.** 3. A jurisprudência desta Corte Regional, em casos análogos, firmou o entendimento de que, havendo expressa limitação subjetiva dos favorecidos pela decisão judicial, quando da prolação da sentença em ação coletiva proposta por sindicato da categoria profissional, não possuem legitimidade ativa ad causam para pretender a execução daquele título executivo judicial os demais integrantes daquela categoria, mormente quando não tenha havido insurgência quanto aquela limitação no momento processual oportuno, ainda na fase de conhecimento, até porque implica tal modo de agir em ofensa aos **limites subjetivos da coisa julgada.** 4. Hipótese em que a ação coletiva, proposta por sindicato, foi ajuizada, quando da fase de conhecimento, com o rol de representados pela entidade sindical, em cumprimento à determinação do juízo processante, por força da Medida Provisória n. 1.984-13/2000, sobrevindo sentença,

posteriormente transitada em julgado, expressamente restringindo a condenação da União à incorporação do percentual de 28,86% apenas aos servidores representados na lista de fls. 44/64 daquela ação, razão porque não merece censura a decisão ora agravada ao concluir pela ausência de legitimidade ativa dos agravantes para postularem a execução do julgado em relação ao qual não foram beneficiados, dado não estarem elencados naquela lista. 5. Agravo desprovido.

Contudo, ultimamente, tem-se observado uma tendência das cortes federais a estender a todos os associados a legitimidade para executar sentença proferida em mandado de segurança coletivo, independentemente de figurarem na lista apresentada junto à inicial ou não, conforme se observa no seguinte julgado:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. EMBARGOS À EXECUÇÃO DE SENTENÇA PROFERIDA EM MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO. GRATIFICAÇÃO DE INCREMENTO DA FISCALIZAÇÃO E DA ARRECADAÇÃO - GIFA. ANTIGOS AUDITORES FISCAIS DA PREVIDÊNCIA SOCIAL, APOSENTADOS E PENSIONISTAS. LIMITAÇÃO, NA ESPÉCIE, DOS BENEFICIÁRIOS NOMINADOS NA LISTA ANEXADA À PETIÇÃO INICIAL. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO, PELO PRETENSO CREDOR, DA QUALIDADE DE BENEFICIÁRIO. LEGITIMIDADE ATIVA DA ASSOCIAÇÃO IMPETRANTE PARA A EXECUÇÃO. SÚMULA Nº 629 DO STF. LIMITAÇÃO DOS CÁLCULOS À IMPLANTAÇÃO DO SUBSÍDIO. PROSSEGUIMENTO DA EXECUÇÃO. 1. Execução de sentença proferida em Mandado de Segurança Coletivo impetrado pela Associação Nacional dos Auditores-Fiscais da Previdência Social (ANFIP) para o fim de assegurar, conforme consta na petição inicial, em favor dos seus associados (listagem no doc. 2), pensionistas, aposentados e em vias de se aposentar, a percepção da Gratificação de Incremento

da Fiscalização e da Arrecadação (GIFA), instituída pela Lei n. 10.910, de 2004. A ação mandamental foi proposta, em 13/12/2004, em favor de milhares de pensionistas e aposentados pertencentes à antiga categoria funcional de Auditor-Fiscal da Previdência Social, categoria então representada pela ANFIP ao tempo da impetração, tendo figurado inicialmente no polo passivo do mandado de segurança autoridade do INSS, autarquia que foi neste Tribunal excluída do processo, nele permanecendo apenas a União. **2. O mandado de segurança coletivo alcança todos os integrantes da categoria substituída, sem que destes se exijam autorização, versando a hipótese substituição e não representação processual, pois os beneficiários poderiam ser identificados posteriormente, demonstrando-se que se enquadram exatamente naquela situação que deu origem ao direito assegurado na sentença, uma vez que nos termos do art. 22, caput, da Lei do Mandado de Segurança, a sentença fará coisa julgada em favor dos substituídos pela atividade processual da entidade de classe. 3. A Constituição confere tratamento diferenciado ao mandado de segurança coletivo, cuja impetração por parte de associação prescinde de autorização dos substituídos, conforme inciso LXX do seu art. 5º, e, portanto, de que se apresente lista de beneficiários - que, foi, porém, apresentada -, razão pela qual todos os servidores aposentados e que pertenciam à antiga carreira de Auditoria Fiscal da Previdência Social, e os pensionistas, na data da impetração, conforme sentença irrecorrida nessa parte, são beneficiários da sentença, e podem executar o crédito dela decorrente, em nome próprio, assim como tem para esse fim legitimidade a própria associação substituta. Precedentes do STF e do STJ declinados no voto. Nos termos da Súmula nº 629 do STF, a impetração de mandado de segurança coletivo por entidade de classe**

em favor dos associados independe da autorização destes. 4. Porém, afigura-se sem legitimidade para execução da sentença coletiva o servidor aposentado que não demonstrou ter ocupado o cargo de Auditor Fiscal da Previdência Social, ou dele ser pensionista, que ao tempo da impetração (12/2004) era a única categoria representada (lato senso) pela ANFIP, que congregava então apenas os Auditores Fiscais da Previdência Social, tanto que a petição inicial limitou expressamente os beneficiários aos constantes na listagem a ela anexada, o que não prejudicaria, porém, o interessado, se este efetivamente fosse integrante da categoria então substituída, o que não sucedeu na hipótese dos autos. 5. Ademais, a circunstância superveniente de a Lei n. 11.457, de 2007, ter transformado em cargos de Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil (AFRFB) os antigos cargos de Auditores Fiscais da Receita Federal (AFRF) e Auditores Fiscais da Previdência Social (AFPS), razão pela qual a ANFIP alterou sua denominação e a categoria funcional que passou a representar, não faz estender a outros servidores os efeitos da sentença proferida em favor apenas da categoria funcional por ela efetiva e anteriormente substituída, conforme listagem expressamente referida na petição inicial, pois a sentença beneficia apenas a categoria em favor da qual foi a ação mandamental impetrada, pela entidade com a representatividade adequada. 6. Não se qualificam como credores os apelantes, ou substituídos, que não demonstraram que ostentavam a situação jurídica de Auditor Fiscal da Previdência Social aposentado, ou pensionista, ao tempo da impetração (13/12/2004), categoria de servidores que foi então substituída pela impetrante, que congregava apenas aqueles auditores. Assim, seja por não se incluir na lista apresentada pela impetrante na inicial da ação mandamental, o que poderia ser superado, seja por não ter demonstrado integrar a

categoria então substituída, condição essa incontornável, a apelação dos que foram excluídos da execução, em nome próprio ou como substituídos, não merece provimento. 7. No que concerne à limitação temporal do direito à GIFA, enquanto não assegurada a completa isonomia entre ativos e inativos e pensionistas, o que não se completou com a Lei n. 11.356/2006 (conversão da Medida Provisória n. 302/2006), mas apenas com a Lei n. 11.890/2008 (conversão da Medida Provisória n. 440/2008), após a adoção do regime de subsídio de remuneração, as diferenças de GIFA são devidas aos beneficiários da sentença. O que se determinou, quanto a essa limitação, foi que se aplicasse a legislação vigente em cada momento da relação jurídica entre servidor aposentado ou pensionista e a União, consoante a cláusula rebus sic stantibus, própria das sentenças da espécie. 8. A lei de instituição do subsídio dos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil, cargos nos quais foram transformados os de Auditores Fiscais da Previdência Social, determinou a extinção de várias parcelas remuneratórias, de modo que não se pode trazer para o processo coletivo concernente à GIFA toda discussão sobre eventual redução de remuneração, caso em que deveria ser paga parcela complementar de subsídio, convertendo esse mandado de segurança coletivo juízo universal para solução de todas as pendências relativas aos proventos dos beneficiários. 9. Por igual, não cabe na execução da sentença proferida no mandado de segurança coletivo determinar que a GIFA se inclua na base de cálculo da vantagem auferida por algum aposentado ou pensionista, nos termos do art. 184, inc. II, da Lei n. 1.711, de 1952, assegurada pelo art. 250 da Lei n. 8.112, de 1990, porque na ação se discutiu apenas o direito de os beneficiários da sentença auferir a GIFA nas mesmas condições que os servidores em atividade. Eventual direito a essa vantagem e sua base de cálculo devem ser objeto de ação própria, e não de execução de

sentença, que dela não tratou. 10. Os cálculos efetivados pela Contadoria, com a exclusão dos casos da vantagem de que trata o art. 184, II, da Lei n. 1.711, de 1952, devem ser prestigiados, porque atentos aos parâmetros fixados pelo juízo da execução. 11. Correção monetária e juros de mora bem fixados, nos termos da jurisprudência predominante, especialmente do REsp n. 1.270.439/PR, relator Ministro CASTRO MEIRA, adotado no regime de recurso repetitivo. 12. Tendo em vista a sucumbência mínima da parte embargada, condeno a embargante nos honorários advocatícios, de 10% (dez por cento) do valor pretendido excluir da execução, observado o disposto no art. 85, §§ 3º e 5º, do Código de Processo Civil. No que se refere aos apelantes excluídos da execução, a verba honorária permanece como fixada na sentença. 13. Apelação da União provida, em parte; apelação dos credores provida, em parte; agravo retido prejudicado. (APELAÇÃO 00271447520144013400, DESEMBARGADOR FEDERAL JAMIL ROSA DE JESUS OLIVEIRA, TRF1 - PRIMEIRA TURMA, e-DJF1 DATA:10/05/2017 PAGINA:.)

Peço aqui vênias para discordar de tal posicionamento, pois, na medida em que, a despeito da desnecessidade, a associação apresenta junto ao mandado de segurança lista de associados, ela acaba por, de certa forma, restringir o universo daqueles que tiveram direito líquido e certo desrespeitado. Além disso, o ente público, ao impugnar o *mandamus*, exerce seu direito de defesa frente àqueles previamente identificados.

Permitir que aqueles que, ainda que integrantes da categoria, não eram filiados à associação à época do ajuizamento do *writ* dele se beneficiem abre espaço para o casuísmo e para o oportunismo, levando a que eles se filiem ao ente associativo apenas para poder executar o título.

Porém, desta feita de maneira acertada, como se pode aferir ainda do julgado acima, os tribunais tendem a não aceitar execuções promovidas por quem não integravam a categoria à época do *mandamus*.

2.3. Da limitação territorial

O ordenamento jurídico, porém, encarregou-se de criar restrições aos efeitos do título executivo de ações ou mandados de segurança coletivos impetrados pelas associações.

Um deles advém do art. 2º-A da Lei 9.494/97, *in verbis*:

Art. 2º-A. A sentença civil prolatada em ação de caráter coletivo proposta por entidade associativa, na defesa dos interesses e direitos dos seus associados, abrangerá apenas os substituídos que tenham, na data da propositura da ação, domicílio no âmbito da competência territorial do órgão prolator.

O caput do art. 2º-A introduz no ordenamento o que se chama de limitação territorial dos efeitos da coisa julgada à área de competência do órgão judiciário prolator. Ele impede que, por exemplo, juízes de comarcas ou seções judiciárias específicas decidam, no âmbito de ações coletivas, conflitos existentes fora de sua área de competência, impedindo que a usurpem de outros órgãos do Judiciário.

Costuma-se afirmar que a competência é a medida da jurisdição distribuída a cada órgão do Judiciário. Outra parte da doutrina, entretanto, por entender ser a jurisdição indivisível, define-a como poder conferido pela Constituição ou pela legislação infraconstitucional a cada juízo ou tribunal para solucionar parcela dos conflitos apresentados pelos jurisdicionados ao Estado Juiz, sem as quais se tornaria inviável a organização do Judiciário, pois todos os magistrados poderiam ser acionados para resolver qualquer litígio.

Assim, o dispositivo supratranscrito impede que uma pessoa filiada a determinada associação de âmbito nacional e que more, por exemplo, em Belo Horizonte se beneficie de título executivo formado no Rio de Janeiro, pois seu caso, bem como o de todos os que habitam na mesma cidade, é de competência das varas integrantes da comarca ou da seção judiciária da capital mineira.

Contudo, a questão não é tão simples assim. Principalmente quando referido artigo é confrontado com dispositivo constitucional que institui o Distrito Federal como foro universal para ações movidas contra a União, parte dos tribunais pátrios tem afastado a incidência do art. 2º-A. Eis a letra do § 2º do art. 109 da Constituição:

Art. 109. (...)

§ 2º As causas intentadas contra a União poderão ser aforadas na seção judiciária em que for domiciliado o autor, naquela onde houver ocorrido o ato ou fato que deu origem à demanda ou onde esteja situada a coisa, ou, ainda, no Distrito Federal.

Diante da possibilidade de qualquer pessoa domiciliada em qualquer lugar do País propor ação em face da União no Distrito Federal, parte dos tribunais pátrios acaba por afastar a aplicabilidade da regra do art. 2º-A nos casos em que associações litigam contra o ente federativo central no foro universal do DF.

Repare-se, porém, que o dispositivo constitucional cria o foro universal sem, contudo, distinguir se seria ele aplicável a ações individuais ou coletivas. Serve, portanto, como norma geral.

É de se recordar, contudo, que a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), em seu art. 2º, § 2º, prevê que a norma geral não revoga a especial, ou vice-versa, podendo ambas conviverem pacificamente no ordenamento pátrio.

Assim, com respeito às opiniões em contrário, acredito que ainda quando movida no Distrito Federal, contra a União, a ação coletiva proposta por associação só poderá formar título em favor daqueles associados domiciliados no DF, pois, frente ao § 2º do art. 109 da CF/88, o art. 2º-A da Lei 9.494/97 é norma especial e deve prevalecer no caso concreto.

Frise-se que não se trata, com isso, de invalidar dispositivo inconstitucional em favor de norma infraconstitucional. O Distrito Federal serviria de foro universal em todas as demais demandas movidas contra a União. Apenas, em se tratando de ações coletivas ajuizadas por entidades associativas, o título só beneficiaria associados domiciliados no DF.

Ainda assim, é de se reconhecer que esse não tem sido o entendimento da maioria das cortes pátrias, que afastam a incidência do art. 2º-A frente à previsão constitucional de foro universal para as ações movidas contra a União. Contudo, nesses casos, pecam na maior parte das vezes os tribunais ao não observar a cláusula de reserva de plenário do art. 97 da Constituição, bem como a Súmula Vinculante 10 do Supremo. *In verbis*:

Art. 97. Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

Súmula Vinculante 10. Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.

Assim, para os casos em que um tribunal afasta a aplicabilidade do art. 2º-A, em face do foro universal do § 2º do art. 109 da CRFB, é cabível reclamação constitucional ao STF, se a matéria não for submetida ao plenário da corte prolatora da decisão.

Entretanto, recentemente o *Pretorio Excelso* proferiu decisão em sede Recurso Extraordinário afetado pela sistemática da repercussão geral que pode representar uma guinada na jurisprudência envolvendo a questão. Na sessão de julgamento do dia 10 de maio de 2017, ao julgar o Recurso Extraordinário nº. 612.043/PR, com repercussão geral reconhecida, assinalou a seguinte tese: ***“a eficácia subjetiva da coisa julgada formada a partir de ação coletiva, de rito ordinário, ajuizada por associação civil na defesa de interesses dos associados, somente alcança os filiados, residentes no âmbito da jurisdição do órgão julgador, que o sejam em momento anterior ou até a data da propositura da demanda, constantes de relação juntada à inicial do processo de conhecimento”***.

Contudo, deve-se ainda levar em conta, para a definição da legitimidade para a promoção da execução, a base territorial da associação. Isso porque refoge à lógica admitir, por exemplo, que um servidor domiciliado e atuante no Estado do Amapá possa executar um título formado a partir de ação coletiva ajuizada por ente associativo baseado no Rio Grande do Sul.

E aí surge um problema. Se supusermos que essa mesma associação do Rio Grande do Sul ajuizasse a ação no Distrito Federal, valendo-se do foro universal do art. 109, § 2º, da CF/88, chegaríamos ao cúmulo de ninguém poder se beneficiar do trânsito em julgado, pois para

os servidores domiciliados no Rio Grande do Sul haveria o óbice do art. 2º-A da Lei 9.494/97, ao passo que os domiciliados no DF não poderiam ser representados pela entidade gaúcha.

Em suma, esse é um tema que ainda gerará muita discussão no âmbito pretoriano.

Referências:

- Lenza, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 20ª Edição revisada, atualizada e ampliada – São Paulo: Saraiva, 2016.
- Neves, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil. 8ª Edição. Salvador: JusPodivm, 2016.
- Barros, Guilherme Freire de Melo. Poder Público em Juízo. 6ª Edição revista, atualizada e ampliada. Salvador: JusPodivm, 2016.

A RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES PATERNO-FILIAIS

LUIZA ZACOUTEGUY BUENO: Advogada da União lotada na Procuradoria da União no Estado do Acre; Formada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS).

RESUMO: O presente estudo tem por objeto a análise da aplicação do instituto da responsabilidade civil no âmbito das relações paterno-filiais e dos aspectos polêmicos que contornam o tema, estabelecendo distinções entre as diversas posições doutrinárias. A Constituição Federal traz a família como base da sociedade, sendo este instituto merecedor de especial proteção do Estado. Dessa maneira, o desrespeito ao grupo familiar deve ser coibido. No campo das relações paterno-filiais, a reparação civil dos danos morais causados pelo abandono afetivo da prole é tema polêmico na doutrina e na jurisprudência.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade Civil. Relações familiares. Dano moral. Abandono afetivo. Dever de convivência.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1 A NOVA ESTRUTURA DA FAMÍLIA BRASILEIRA. 2 PRINCÍPIO JURÍDICO DA AFETIVIDADE. 3 PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR. 4 A RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES PATERNO-FILIAIS. 4.1 O DANO MORAL PELO ABANDONO AFETIVO. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo o estudo sobre a responsabilidade civil nas relações paterno-filiais. Assunto, este, bastante polêmico e delicado por envolver a sociedade de uma forma especial, analisando a família e os danos que podem surgir no decorrer das relações entre pais e filhos.

Feridas podem surgir ao longo dos relacionamentos humanos. Algumas deixam marcas por toda vida, como, por exemplo, o caso de crianças abandonadas afetivamente por seus pais ou de idosos desamparados por seus filhos.

É no seio da família que se desenvolvem os mais importantes sentimentos e valores do homem. É na infância que se formam as mais marcantes características do ser humano.

A célula familiar é sempre tema de suma importância e relevância, em qualquer das problemáticas que a envolva. Porém, quando se trata de dano moral no âmbito do Direito de Família, doutrina e jurisprudência divergem. Observa-se, então, que respostas concretas ainda estão em construção pela comunidade jurídica. Não há uma posição unânime e, talvez, nunca cheguemos a ela.

O processo de formação de uma concepção sobre a responsabilidade civil no âmbito do Direito de Família deve ser cauteloso. Decorre disso a importância da análise da doutrina e da jurisprudência que se cria no país na medida em que as demandas que tratam do tema tornam-se cada dia mais frequentes.

O instituto base da sociedade acompanha as mudanças nos contextos histórico e social. Atualmente, a família é um instrumento para a melhor formação dos seres em desenvolvimento moral, e não mais de um grupo regido pela autoridade suprema da figura paterna.

É possível a aplicação dos ditames legais das obrigações no Direito de Família? Pode haver a reparação de danos morais entre pais e filhos? São perguntas que serão analisadas no desenvolvimento do presente estudo.

1 A NOVA ESTRUTURA DA FAMÍLIA BRASILEIRA

Inegável é a evolução pela qual passa a entidade familiar nas últimas décadas. A ruptura da concepção patriarcal de família acompanha o surgimento de um novo objetivo na formação da mesma: a afetividade. As relações humanas não se desenvolvem pela simples intenção de procriação ou reconhecimento social, como em tempos passados. No atual contexto, o afeto se torna a finalidade primordial do grupo familiar.

A célula familiar se caracterizava, na vigência do Código Civil de 1916, pela autoridade despótica da figura paterna. A esposa era subordinada às ordens do marido, que exercia a função de chefe da família. Da mesma forma, aos filhos cabia acatar a vontade do genitor, sem reclamações ou sugestões.

Sobre a autoridade paterna, desponta Rolf Madaleno:

Ao tempo do Código Civil de 1916, dispunha o art. 233, a unidade de direção do marido, designado para ser chefe da sociedade conjugal e a família se caracterizava como uma entidade eminentemente patriarcal, hierarquizada, matrimonializada e patrimonializada. Pertencia ao esposo, investido na função de cabeça do casal, o poder diretivo de toda a família e à mulher e aos filhos competia tão-somente aceitar que deviam obediência ao *pater familiae*, a bem da paz, da harmonia e da felicidade familiar.^[1]

Chega-se à conclusão de que o pai era o único detentor de “voz” no lar e cabia aos demais integrantes da família ouvi-la e aceitá-la sem direito a ponderações. Por isso, o chefe da família era o cônjuge varão, sendo a esposa somente responsável pelas lidas domésticas, não podendo dar ordens sobre questões familiares.

As características acima apontadas não mais integram o conceito da família. No atual contexto, marido e mulher, pai e mãe, têm os mesmos direitos e deveres. Não cabe somente ao pai o sustento da família e a autoridade suprema; não cabe somente à mãe a realização das tarefas domésticas e dos cuidados com a prole. Ambos têm as mesmas obrigações perante os filhos e o grupo familiar, sendo o poder familiar compartilhado igualmente entre os genitores.

Explicitando as mudanças sociais, Paulo Lôbo^[2] aponta que o desaparecimento da família patriarcal se deu por dois fatores: o grupo familiar sofreu as vicissitudes da acelerada urbanização ocorrida no século XX e, por outro lado, a emancipação feminina modificou o papel da mulher no âmbito doméstico, colaborando para a remodelação da família.

Por consequência dessas mudanças, o desenvolvimento saudável e afetivo da prole passa a ser um dos mais importantes objetivos dos pais. Criar filhos com saúde, boa educação e carinho é, na maioria dos casos, a preocupação dos genitores. Fato este que não ocorria em tempos passados, quando a

finalidade, em geral, era exclusivamente a formação acadêmica dos rebentos, sem que se desse a devida importância à formação emocional dos mesmos.

O casal não mais se une em busca de *status* e reconhecimento social, mas por amor e afeto. Os seres humanos buscam, hoje, o amor em todas as suas facetas, e se ele não mais impera na relação, não há que se falar na manutenção do vínculo conjugal. Esse sentimento passa, então, a ser o elo entre dois indivíduos possuidores de um objetivo comum: formar uma família moldada pela afetividade. Em outras palavras, “o elemento distintivo da família, que a coloca sob o manto da juridicidade, é a presença de um vínculo afetivo a unir as pessoas com identidade de projetos de vida e propósitos comuns”[3].

No mesmo entendimento, Lôbo ressalta que “a família, ao converter-se em espaço de realização da afetividade humana, marca o deslocamento da função econômica-política-religiosa-procracional para essa nova função”[4]. Assim, a partir da inclusão das diversas formas de grupo familiar, os elos entre os componentes deste são o afeto, o respeito e a vontade de seguir juntos[5].

A família transformou-se em um espaço criado para que a personalidade de seus integrantes se desenvolva de forma completa[6]. Com isso, na medida em que os tempos avançam, a estrutura familiar se amolda aos novos contextos sociais e passa a ser o nascedouro do desenvolvimento de todos os seus membros, distanciando-se da ideia de casamento e aproximando-se dos laços afetivos. Assim, a família-instrumento substitui a família-instituição, ganhando a nova função de contribuir para o pleno desenvolvimento da personalidade de seus integrantes[7].

Sobre a nova estrutura do grupo familiar, tem-se cada vez mais a ideia de que a família não pressupõe casamento. O reconhecimento da pluralidade de entidades familiares, o divórcio, a possibilidade de novo matrimônio e de reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento ensejam a transformação do conceito de grupo familiar, não se compreendendo mais este como casamento por si só[8].

Ainda, a família não é conceituada, hoje, de apenas uma forma. São muitas as modalidades de família, dentre elas a decorrente de união estável, a monoparental, a homoafetiva, anaparental, etc. Acompanhando a evolução das

relações afetivas, a Constituição Brasileira de 1988 trouxe, em seu artigo 226, o conceito de família como base da sociedade e no §3º do mesmo instituto reconhece a união estável como forma familiar, um exemplo da pluralização da célula social básica. No §4º do mesmo dispositivo legal, está elencada como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, caracterizando-se a monoparentalidade.

Porém, não se pode olvidar que o rol constitucional pode ser tratado como exemplificativo, já que não contempla todas as formas familiares que vigoram na sociedade[9].

Analisando-se as etapas da transformação do conceito de família, torna-se evidente que este não é imutável, ao contrário, é plenamente modificável de acordo com os aspectos históricos e sociais vivenciados em cada contexto temporal. Para Lôbo, “a família atual parte de princípios básicos, de conteúdo mutante, segundo as vicissitudes históricas, culturais e políticas: a liberdade, a igualdade, a solidariedade e a afetividade. Sem eles, é impossível compreendê-la”[10]. Estamos longe de um conceito definitivo de grupo familiar.

2 PRINCÍPIO JURÍDICO DA AFETIVIDADE

Como explicado anteriormente, os seres humanos se unem, hoje, em razão do afeto. É ele que mantém as relações conjugais e familiares fortes e estáveis. Para Lôbo, “é o princípio que fundamenta o Direito de Família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia sobre as considerações de caráter patrimonial ou biológico”[11]. Atualmente, o Princípio Jurídico da Afetividade é o norte do Direito de Família e, por isso, os relacionamentos familiares devem se basear especialmente nele.

A família, tendo desaparecido suas funções tradicionais, no mundo do ter liberal burguês, reencontrou-se no fundamento da afetividade, na comunhão de afeto, pouco importando o modelo que adote, inclusive o que se constitui entre um pai ou mãe e seus filhos. A comunhão de afeto é incompatível com o modelo único, matrimonializado, que a experiência constitucional brasileira consagrou,

de 1824 até 1988. A afetividade, cuidada inicialmente pelos cientistas sociais, pelos educadores, pelos psicólogos, como objeto de suas ciências, entrou nas cogitações dos juristas, que buscam explicar as relações familiares contemporâneas.[\[12\]](#)

Não há que se falar em relações familiares sem tratar, hoje, do princípio em comento. É ele que rege a família atual, e sem ele ela não se mantém. Em outras palavras, o afeto é o elo de conjugação entre os membros do grupo.

Assim, acompanhando as transformações no âmbito familiar, a afetividade passa a ser o principal elemento do grupo. A respeito, afirma Paulo Lôbo:

A família patriarcal, que nossa legislação civil tomou como modelo, ao longo do século XX, entrou em crise, culminando com sua derrocada, no plano jurídico, pelos valores introduzidos na Constituição de 1988. Como a crise é sempre perda de fundamentos, a família atual está matizada em um fundamento que explica sua função atual: a afetividade.[\[13\]](#)

De modo complementar a esse pensamento, entende Sérgio Resende de Barros que: “da família o lar é o teto, cuja base é o afeto. O lar sem o afeto desmorona e nele a família se decompõe”[\[14\]](#).

3 PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR

A partir do momento que a Doutrina da Proteção Integral é adotada pela ordem jurídica brasileira no artigo 227 da Carta Magna, em substituição à Doutrina da Situação Irregular, forma-se em torno da criança e do adolescente um manto de amparo do Estado e da sociedade. Com isso, surge um princípio específico para a proteção dos interesses do menor, que deve prevalecer na prolação de qualquer decisão.

O *best interest of the child*, também conhecido como princípio do melhor interesse do menor, está estabelecido na Convenção de Haia que dispõe sobre a proteção dos direitos e dos interesses da criança[\[15\]](#).

Esse princípio decorre do fato de que “a maior vulnerabilidade e fragilidade dos cidadãos até 18 anos, como pessoas em desenvolvimento, os faz destinatários de um tratamento especial”^[16]. Um exemplo comum de aplicação do melhor interesse do menor é a fixação judicial do guardião da criança em um divórcio. A escolha deve basear-se nos elementos que melhor atendem às necessidades e ao desenvolvimento do infante. Não basta fixar o detentor da guarda, mas, sim, fazê-lo respeitando o que for mais conveniente para o menor. Nesta linha, entende-se que:

O princípio parte da concepção de ser a criança e o adolescente sujeitos de direitos, como pessoas em condição peculiar de desenvolvimento, e não como mero objeto de intervenção jurídica e social quando em situação irregular, como ocorria com a legislação anterior sobre os “menores”.^[17]

Dessa forma, o interesse da criança e do adolescente deve ser sempre privilegiado em relação aos demais. Não se pode negar tratamento diferenciado aos que são física e juridicamente vulneráveis. Deve-se protegê-los com afinco de acordo com suas necessidades e interesses.

4 A RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES PATERNO-FILIAIS

O Direito de Família, originariamente ramo não patrimonial do Direito, vem ganhando espaço na esfera da responsabilidade civil, na medida em que a concepção de “família” como base da sociedade se transforma. Com a transformação da célula básica da sociedade, vem à tona a aplicação dos ditames do direito das obrigações no âmbito do Direito de Família. Porém, muito grande deve ser a cautela ao se tratar de tal aplicação para que não haja a mercantilização das relações afetivas.

É bem verdade que a família não é mais a prioridade do ser humano. Por isso, as relações conjugais e familiares necessitam de atenção especial por parte do Estado Brasileiro, principalmente do Poder Judiciário. A indenização por dano moral tem como função reparar uma lesão extrapatrimonial, e a concessão desse ressarcimento é uma forma de coibir o desrespeito ao grupo familiar.

Vale ressaltar que, em todas as hipóteses, faz-se necessária a prova do dano sofrido e dos prejuízos emocionais causados pelo ato ilícito. Além disso, tem-se como requisitos da responsabilidade civil subjetiva os elementos conduta culposa do agente, nexu causal e dano[18], sem os quais não há que se falar em reparação de danos. Presentes as condições, pode surgir o dever indenizatório, também, no campo familiar.

O dano moral, geralmente, está relacionado à violação dos direitos de personalidade, que, por sua vez, podem ser conceituados como direitos atinentes à tutela da dignidade da pessoa humana, considerados essenciais à sua integridade[19]. O dano moral ou extrapatrimonial, por seu turno, pode ser definido como:

Tudo aquilo que molesta gravemente a alma humana, ferindo-lhe gravemente os valores fundamentais inerentes à sua personalidade ou reconhecidos pela sociedade em que está integrado, qualifica-se, em linha de princípio, como dano moral; não há como enumerá-los exaustivamente, evidenciando-se na dor, na angústia, no sofrimento, na tristeza pela ausência de um ente querido falecido; no desprestígio, na desconsideração social, no descrédito à reputação, na humilhação pública, no devassamento da privacidade; no desequilíbrio da normalidade psíquica, nos traumatismos emocionais, na depressão ou no desgaste psicológico, nas situações de constrangimento moral.[20]

Para Arnaldo Rizzardo[21], o dano moral pode ser dividido em quatro espécies. A primeira delas compreende o dano causado em decorrência de uma privação ou diminuição de um valor precípuo da vida, revelando-se ofensa à paz, à tranquilidade de espírito, à liberdade individual. O segundo grupo alcança a parte social do patrimônio moral, qual seja a personalidade, ou a posição íntima da pessoa consigo mesma, como a honra, a consideração, a reputação. O dano moral da terceira espécie atinge o lado afetivo, consubstanciado na dor, na tristeza e no sentimento. Por derradeiro, o quarto grupo se refere aos gravames de ordem estética que envolvem a conceituação íntima relacionada ao aspecto ou à postura física externa.

O presente estudo se valerá da análise do dano moral de terceira espécie, ou seja, os gravames que atingem o estado interior do ser humano, sua afetividade e seus sentimentos.

Os conceitos que circundam a responsabilidade civil são claros, porém surge a dúvida doutrinária e jurisprudencial acerca da possibilidade de se aplicar esse instituto às relações familiares. Seria possível a reparação decorrente de danos morais causados no âmbito familiar? Se sim, seria uma forma de dar valor venal ao afeto?

4.1 O Dano Moral pelo Abandono Afetivo

A relação humana mais profunda e sublime, sem dúvidas, é a filiação. Esta envolve o indivíduo de uma maneira nobre e é o laço mais intenso dentro do grupo familiar. Além disso, a família é o alicerce da organização social e, por isso, merece a proteção especial do Estado[22].

Muitos são os casos de desentendimentos intrafamiliares que levam a sentimentos de desprezo, humilhação e profunda tristeza. O exemplo mais significativo desse tipo de situação é o abandono afetivo sofrido pelos filhos. Deve-se ter a ideia de que a criança necessita de seu criador e depende deste, razão pela qual se é negligenciada, abandonada e rejeitada não consegue desenvolver suas capacidades elementares, sofrendo, assim, prejuízos em sua personalidade[23].

A ausência de pai ou mãe pode gerar na criança feridas que, talvez, nunca cicatrizem. A dor decorrente do abandono é tão grande que pode ocasionar efeitos psicológicos graves ao longo da vida do abandonado. Vale lembrar que, quando um filho é concebido, os pais têm o dever irrenunciável de zelar pela vida da criança, proporcionando-lhe um ambiente de proteção, carinho e amor, deixando-a a salvo de qualquer espécie de abandono, físico ou emocional; ou seja, “se uma criança veio ao mundo – desejada ou não, planejada ou não – os pais devem arcar com a responsabilidade que esta escolha (consciente ou não) lhes demanda”[24].

Devido aos muitos casos em que se evidencia o descaso dos genitores para com seus filhos, passa-se a mover o Poder Judiciário com o intuito de que

aqueles reparem os danos psicológicos causados na prole. Conforme as palavras de Rolf Madaleno:

Volta e meia, juízes e tribunais têm se deparado com demandas buscando atribuir valor venal à negligência do afeto em postulações fundadas no inarredável princípio da dignidade da pessoa humana e no valor supremo de uma paternidade responsável, sobretudo, quando também é dever primordial da família, da sociedade e do Estado colocar a criança e o adolescente a salvo de toda a forma de negligência, crueldade ou opressão.[\[25\]](#)

Tanto a Carta Magna quanto o Estatuto da Criança e do Adolescente garantem ao indivíduo em formação o direito à convivência familiar. O artigo 227[\[26\]](#) da Constituição da República Federativa do Brasil traz, de forma clara, os direitos das crianças, dos adolescentes e dos jovens e os deveres da família para garanti-los. Dispõe o artigo 19 da Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) que a criança tem o direito de ser criada no seio de sua família[\[27\]](#).

Assim, o abandono causado por um dos genitores viola o direito garantido ao rebento de conviver com ambos os pais, ainda que estes sejam divorciados, ocasionando-se ato ilícito, que, em tese, deve ser reparado. Com o fim da relação conjugal, ambos os pais mantêm a obrigação de contribuir para a formação psicológica do filho, de forma a participar intensamente da vida do infante, decidindo em que escola este deve estudar, qual médico deve atendê-lo, dentre outras condutas[\[28\]](#).

Sobre essa situação, existem opiniões divergentes na doutrina e na jurisprudência. Muitos defendem que não se pode reparar danos entre pais e filhos, já que isso levaria a uma indesejada monetarização das relações familiares e a impossibilidade de uma posterior aproximação entre estes. De outra banda, há o entendimento de que é, sim, cabível a indenização por abandono afetivo da prole, em virtude da violação do direito da criança de ver-se amparada emocionalmente pela sua ascendência. Passemos à análise de ambas as correntes.

Partindo-se do pressuposto de que o afeto é elemento indispensável para a boa formação do caráter do ser humano, chega-se à conclusão de que o(a)

genitor(a) que não presta assistência moral aos seus rebentos comete ato ilícito, já que viola o direito à convivência familiar. A carência de afeto, contemplada no conceito de assistência moral, é transgressão ao direito referido anteriormente. Sobre o assunto, afirma Arnaldo Rizzardo que “é incontestável que o afeto desempenha um papel essencial na vida psíquica e emotiva do ser humano. A afetividade é uma condição necessária na constituição do mundo interior”^[29].

Mesmo é o entendimento de Maria Berenice Dias, que afirma na convivência familiar o ser humano consolida seu desenvolvimento e sua formação, devendo ser o núcleo familiar mantido e preservado^[30]. Assim, o afeto dispensado no lar é elemento essencial para a consolidação do caráter e da personalidade do infante, razão pela qual o abandono afetivo deveria ser coibido pelo Poder Judiciário.

Da mesma forma, entende-se que os cuidados necessários ao pleno crescimento e desenvolvimento dos infantes são dispensados no núcleo familiar, e por isso essa atmosfera deve estar sobre o manto de proteção do Estado, garantindo-se os direitos fundamentais inerentes às crianças e aos adolescentes^[31].

Seguindo esse entendimento, tem-se o seguinte julgado:

INDENIZAÇÃO DANOS MORAIS – RELAÇÃO PATERNO-FILIAL – PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA – PRINCÍPIO DA AFETIVIDADE. A dor sofrida pelo filho, em virtude do abandono paterno, que o privou do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana.^[32]

Os pais possuem o poder familiar, hoje, como instrumento para o satisfatório desenvolvimento da descendência. Nessa esteira, esse é poder-dever posto à disposição do interesse dos filhos e que tem como fim maior a satisfação de suas necessidades essenciais, em respeito à dignidade humana^[33].

Cada progenitor tem função específica no crescimento e no desenvolvimento da prole, preenchendo suas necessidades de maneira complementar[34]. Por isso, a presença de um dos genitores não supre a ausência do outro.

Sendo assim, não pode um pai ou uma mãe ignorar a existência de um filho, deixando de proporcionar à criança o devido amparo de que esta necessita para a construção da sua dignidade e da sua personalidade. A ausência afetiva dos pais gera no menor consequências negativas na esfera psicológica e psiquiátrica, que ocasionam gravames ao longo de toda a vida.

Vale lembrar que nem só de bens materiais vive o homem. É necessário também, para os seres em formação, amor, lazer, educação e atenção. Ou seja, não basta a concessão de alimentos, há a obrigação de assegurar à descendência a atenção necessária ao seu bom desenvolvimento moral.

Por uma análise do artigo 229[35] da Constituição Federal, chega-se à conclusão de que a obrigação da ascendência não está resumida ao pagamento de pensão alimentícia, mas ampara, também, a assistência moral e afetiva, que constitui um dever, cujo descumprimento pode ensejar indenização. Dessa maneira, além dos alimentos, a prole tem direito ao alimento da alma, que se constitui do afeto[36].

Deve-se atentar ao direito à convivência familiar que possui a prole, constituindo-se esse como o direito fundamental possuído pela criança e pelo adolescente de manter contato com as pessoas que compõem o núcleo de seu grupo familiar[37]. Dessa forma, “a conduta de um pai ausente, que não cumpre os deveres inerentes à autoridade parental, adequa-se perfeitamente entre as hipóteses de cabimento de responsabilização civil, desde que cause dano ao filho”[38]. Ademais, o genitor que se faz ausente não cumpre com as responsabilidades que o poder familiar lhe confere, encaixando-se perfeitamente entre os atos ilícitos, já que descumprido o que preceituam os artigos 22[39] da Lei 8.069/90, 1.566, inciso IV[40], e 1.634, incisos I e II[41], do Código Civil Brasileiro[42].

Nesse sentido, Giselda Hironaka relata com brilhantismo que:

O dano causado pelo abandono afetivo é antes de tudo um dano à personalidade do indivíduo. Macula o ser humano enquanto pessoa, dotada de personalidade, sendo certo que esta personalidade existe e se manifesta por meio do grupo familiar, responsável que é por inculcar na criança o sentimento de responsabilidade social, por meio do cumprimento das prescrições, de forma a que ela possa, no futuro, assumir a sua plena capacidade de forma juridicamente aceita e socialmente aprovada. A ausência injustificada do pai origina – em situações corriqueiras – evidente dor psíquica e conseqüente prejuízo à formação da criança, decorrente da falta não só do afeto, mas do cuidado e da proteção (função psicopedagógica) que a presença paterna representa na vida do filho, mormente quando entre eles já se estabeleceu um vínculo de afetividade.^[43]

Questão importante é o rompimento da relação conjugal dos pais como fundamentação para o distanciamento da prole. O divórcio dos pais não é motivação idônea para o afastamento e abandono do rebento, já que as relações de filiação transcendem às amorosas, que são efêmeras, enquanto que aquelas perduram por toda a vida. Nesse sentido, conclui Rizzardo:

Embora não caiba falar em coesão familiar, e oferecer aos filhos uma estrutura regular de convivência com o pai e a mãe, o mínimo que se impõe como ditame fundamental da consciência, da moral, da natureza e da lei consiste na convivência regular com os progenitores, mesmo que espaçada, de modo a satisfazer o impulso natural de senti-los, de haurir sua presença e de se fortalecer com o seu acompanhamento.^[44]

Portanto, não se pode exigir dos pais uma relação eterna de forma a proporcionar à criança um lar tradicional composto de pai e mãe como marido e mulher; pode-se exigir um ambiente livre de intrigas e discussões para que o infante tenha a oportunidade de convivência com ambos os pais, não importando

com quem habita. Assim, a guarda conferida a um dos genitores não enseja perda de contato com o outro, que não é guardião.

Assim estabelece o artigo 1.632^[45] do Código Civil Brasileiro: “a separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos”. Sendo assim, o direito de convivência com os filhos deve ser preservado na ruptura da sociedade conjugal, não podendo a descendência ser prejudicada pelos desentendimentos entre os pais.

Desse modo, podemos conceituar o direito de conviver com o filho da seguinte maneira:

O direito de visita é uma obrigação de fazer do guardião, qual seja, tolerar, facilitar a convivência do filho com o outro pai, e é também uma obrigação de fazer do genitor não guardião, que deve encontrar-se com o filho, manter contato com ele, fortalecendo os laços afetivos.^[46]

Valendo-se desses argumentos, então, surge possibilidade de reparação dos danos morais sofridos pela ausência parental, já que houve cometimento de ato ilícito. Esse ressarcimento, dessa forma, não conduz à monetarização do afeto ou, até mesmo, do amor, como muitos sustentam, uma vez que esses sentimentos, provavelmente não mais existam no caso concreto.

A esse respeito, Rolf Madaleno afirma que o pleito indenizatório de ordem moral “visa a reparar o irreversível prejuízo já causado ao filho que sofreu pela ausência de seu pai ou de sua mãe, já não mais existindo amor para tentar recuperar”^[47].

A sanção civil imposta ao genitor em razão da rejeição, da desconsideração e do abandono do filho seria um importante freio a condutas semelhantes e que têm ocorrido constantemente. Não se trataria, portanto, de dar preço ao amor, mas, sim, de punição e conscientização dos genitores, sinalizando que esse tipo de conduta deve ser cessada, em razão de sua gravidade e reprovabilidade^[48].

Importante ressaltar que não se trata de obrigar um pai a amar seu infante, mas de dever de convivência com este para que, quem sabe, desse convívio nasça um vínculo de afeto e amor[49]. Através do contato e da familiaridade pode surgir o sentimento que não nasceu no momento em que o filho veio ao mundo. O amor surge e cresce na medida em que a convivência se torna mais intensa e que a familiaridade entre as partes aumenta.

Dessa forma, havendo violação aos direitos fundamentais do menor, abre-se a possibilidade de concessão de indenização por danos morais no âmbito familiar, devendo-se analisar, contudo, o caso concreto e as circunstâncias em que ocorreu o abandono afetivo, de forma a evitar uma indesejada monetarização do afeto.

A jurisprudência dominante no país tem se manifestado pela impossibilidade de quantificação do dano moral sofrido pelo abandono afetivo, no ambiente familiar, adotando o entendimento de que “o mero distanciamento afetivo entre pais e filhos não constitui, por si, situação capaz de gerar dano moral, nem implica ofensa ao (já vulgarizado) princípio da dignidade da pessoa humana, e constitui antes um fato da vida”[50].

Em outro raciocínio, mas ressaltando a não aplicação de reparação de danos morais por abandono, tem-se a ideia de que

(...) não se pode desconhecer que afeto é conquista e reclama reciprocidade, não sendo possível compelir uma pessoa a amar outra. A convivência familiar somente é possível quando existe amor. E amor não pode ser imposto, nem entre os genitores, nem entre pais e filhos.[51]

Nessa esteira, afeto ensejaria voluntariedade e o amor não seria obrigação, mas, sim, uma consequência que não se pode exigir do genitor. Para quem partilha desse entendimento, não é inerente ao vínculo genético ou biológico a afetividade, é necessário que haja uma aproximação, mesmo que de forma tentada, de ambas as partes, caso contrário, a relação paterno-filial se predestinaria ao fracasso [52].

Nesse diapasão, o Superior Tribunal de Justiça, em julgamento de Recurso Especial de nº 757.411, afastou indenização por abandono moral concedida pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais e concluiu que “como escapa ao arbítrio do Judiciário obrigar alguém a amar, ou a manter um relacionamento afetivo, nenhuma finalidade positiva seria alcançada pela indenização pleiteada”^[53]. Ademais, utilizaram-se os Ministros do entendimento de que a lei prevê como punição a perda do poder familiar, nesses casos, e que o Direito de Família não poderia se contaminar com princípios de ordem econômica.

Vale colacionar o seguinte julgado, no qual o Superior Tribunal de Justiça entendeu pela inoccorrência de dano moral por abandono afetivo, em razão da não comprovação do nexo causal:

CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FAMÍLIA. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. ABANDONO AFETIVO. OFENSA AO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. ALEGADA OCORRÊNCIA DO DESCUMPRIMENTO DO DEVER DE CUIDADO. NÃO OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DA CONFIGURAÇÃO DO NEXO CAUSAL. APLICAÇÃO DA TEORIA DO DANO DIRETO E IMEDIATO. PREQUESTIONAMENTO INEXISTENTE NO QUE TANGE AOS ACORDOS E CONVENÇÕES INTERNACIONAIS. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS Nº.s 282 E 235 DO STF. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO CARACTERIZADO. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO.

2. Considerando a complexidade dos temas que envolvem as relações familiares e que a configuração de dano moral em hipóteses de tal natureza é situação excepcionalíssima, que somente deve ser admitida em ocasião de efetivo excesso nas relações familiares, recomenda-se uma análise responsável e prudente pelo magistrado dos requisitos autorizadores da responsabilidade civil, principalmente no caso de alegação de abandono afetivo de filho, fazendo-se necessário examinar as

circunstâncias do caso concreto, a fim de se verificar se houve a quebra do dever jurídico de convivência familiar, de modo a evitar que o Poder Judiciário seja transformado numa indústria indenizatória.

3. Para que se configure a responsabilidade civil, no caso, subjetiva, deve ficar devidamente comprovada a conduta omissiva ou comissiva do pai em relação ao dever jurídico de convivência com o filho (ato ilícito), o trauma psicológico sofrido (dano a personalidade), e, sobretudo, o nexo causal entre o ato ilícito e o dano, nos termos do art. 186 do CC/2002. Considerando a dificuldade de se visualizar a forma como se caracteriza o ato ilícito passível de indenização, notadamente na hipótese de abandono afetivo, todos os elementos devem estar claro e conectados.

4. Os elementos e as peculiaridades dos autos indicam que o Tribunal a quo decidiu com prudência e razoabilidade quando adotou um critério para afastar a responsabilidade por abandono afetivo, qual seja, o de que o descumprimento do dever de cuidado somente ocorre se houver um descaso, uma rejeição ou um desprezo total pela pessoa da filha por parte do genitor, o que absolutamente não ocorreu.

5. A ausência do indispensável estudo psicossocial para se estabelecer não só a existência do dano mas a sua causa, dificulta, sobremaneira, a configuração do nexo causal. Este elemento da responsabilidade civil, no caso, não ficou configurado porque não houve comprovação de que a conduta atribuída ao recorrido foi a que necessariamente causou o alegado dano à recorrente. Adoção da teoria do dano direto e imediato.

7. Recurso especial não provido.

(REsp 1557978/DF, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/11/2015, DJe 17/11/2015)[54]

Outra hipótese de impossibilidade de se pleitear reparação de danos extrapatrimoniais é o caso do genitor que não conhecia a existência do rebento. Para que haja violação do direito do menor, é necessário que o ofensor saiba que o filho existe, que se conheça a qualidade de pai, por óbvio. Esse é o entendimento da 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul em julgamento de recurso de apelação: “sendo subjetiva a responsabilidade civil no Direito de Família, o dever de indenizar pressupõe o ato ilícito. Não se pode reputar como ato ilícito o abandono afetivo de quem desconhecia a qualidade de pai”[55].

Descabida também a reparação quando o pai, por exemplo, tentou de muitas maneiras manter o convívio com a criança e, por vezes, foi repellido pela mãe com obstruções ao direito de visitas. Ora, algumas vezes a manutenção de contato com a criança se torna impossível, sem que haja culpa do progenitor que se retirou do convívio familiar. Dentro dessa hipótese, existe a Síndrome da Alienação Parental, que será analisada no próximo item deste capítulo.

Questão importante se refere aos exageros que poderiam ocorrer ao arbitrar-se o valor do dano moral, monetarizando-se o afeto. Portanto, de um lado temos o dever de afetividade; de outro, a chamada monetarização do amor. Surge, então, o temor de uma infinidade de ações indenizatórias, munidas de ganância, sem que se possa discernir se se trata de interesse mercenário ou real angústia em decorrência do abandono[56].

CONCLUSÃO

As transformações sofridas pela entidade familiar são incontestes. Tais mudanças se baseiam, essencialmente, no princípio da dignidade da pessoa humana, da afetividade e do melhor interesse do menor. O foco de proteção especial do Estado não mais é a família como instituto, mas a família como instrumento de proteção da dignidade de cada membro do grupo.

O filho, em razão do princípio jurídico da afetividade, deve desfrutar da convivência de ambos os pais e do afeto que deve ser despendido em seu favor. Ademais, o interesse do menor deve prevalecer em todas as relações jurídicas, observando-se quais condutas ensejam maior proteção à prole.

O princípio jurídico da afetividade colabora intensamente com o conceito de família, uma vez que se trata do principal elemento formador do grupo. Por sua vez, o princípio do melhor interesse do menor rege as relações paterno-filiais estabelecendo que o interesse da criança deve ser analisado acima de qualquer outro.

No campo das relações paterno-filiais, torna-se evidente que o abandono afetivo viola o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à convivência com ambos os pais, ocasionando ato ilícito, que gera dano, devendo este ser indenizado. Assim, havendo conduta culposa do genitor, dano, nexo causal e ato ilícito, há que se conceder reparação dos danos morais causados ao filho. Vale ressaltar que a concessão de assistência material, como a prestação de alimentos, não supre a necessidade de afetividade que possui a prole.

Vale ressaltar que o julgador deve analisar o caso concreto com prudência, não cometendo exageros no tocante ao deferimento do pleito ressarcitório. No âmbito familiar, seja nas relações conjugais, seja nas relações paterno-filiais, a concessão de indenização por danos morais deve se dar quando há violação dos direitos de personalidade e da dignidade da pessoa humana, não ensejando qualquer conflito pedido de reparação.

Além disso, deve-se observar a presença dos elementos caracterizadores da responsabilidade civil subjetiva, quais sejam, a conduta culposa, dano e nexo causal. Sem tais requisitos, não há que se falar em reparação de danos, em qualquer esfera, inclusive na esfera familiar.

REFERÊNCIAS

BARROS, Sérgio Resende de. Direitos humanos da família: dos fundamentais aos operacionais. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Afeto, Ética, Família e o novo Código Civil**. – Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

BRASIL. Código Civil (2002). **Lei 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/2002/L10406.htm>>. Acesso em: 28.março.2011.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 29.março.2011.

BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. **Lei 8.069**, de 13 de julho de 1990. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm>. Acesso em: 28.março.2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª. Turma). **Recurso Especial nº 1557978/DF**. Relator: Min. Moura Ribeiro. Disponível em: . Acesso em: 13.junho.2017

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4ª. Turma). **Recurso Especial nº 757.411 – MG**. Relator: Min. Fernando Gonçalves. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 29.março.2011.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (7ª. Câmara Cível). **Apelação Cível nº 408.550-5**. Relator: Des. Unias Silva. Julgado em: 01.abril.2004. Disponível em: . Acesso em: 14.abril.2011.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (7ª. Câmara Cível). **Apelação Cível nº 70026680868**. Relator: Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Julgado em: 25.março.2009. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=jurisnova>>. Acesso em: 11.janeiro.2011.

CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. 3 ed.

CASTRO, Leonardo. **Precedente perigoso. O preço do abandono afetivo**. Disponível em: . Acesso em: 30.março.2011.

CASTRO, Leonardo; ELAINE, Isabel. **Punir abandono afetivo não aproxima pais e filhos**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?noticias-icia=2088>>. Acesso em: 2.abril.2011.

DELGADO, Mário Luiz. Direitos de Personalidade nas Relações de Família. In: MADALENO, Rolf; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro. **Atualidades do Direito de Família e Sucessões**. Sapucaia do Sul: Notadez, 2008, p. 293-350.

DIAS, Maria Berenice. **Entre o ventre e o coração**. Disponível em: . Acesso em: 16.janeiro.2011.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. Porto alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005.

FREIRE, Denise Dias. **O preço do amor**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=162>>. Acesso em: 30.março.2011.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=288>>. Acesso em: 1º.abril.2011.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. São Paulo: Saraiva, 2010.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Princípio jurídico da afetividade na filiação**. Disponível em: . Acesso em: 16.fevereiro.2011.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **A Repersonalização das Relações de Família**. Disponível em: . Acesso em: 18.fevereiro.2011.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. A Repersonalização das Relações de Família. **Revista Brasileira de Direito de Família**, v. 6, n. 24, jun./jul., 2004, p. 136-156.

MADALENO, Rolf. O Preço do Afeto. In: PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). **A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 151-169.

MADALENO, Rolf. **Repensando o Direito de Família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos Morais em Família? Conjugalidade, Parentalidade e Responsabilidade Civil. In: PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). **A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 171-201.

ORSELLI, Helena de Azeredo. **Reflexões acerca do direito fundamental do filho à convivência com o genitor que não detém sua guarda.** Revista Síntese Direito de Família, v. 12, n. 63, dez./jan. 2011, p. 9.

QUEIROZ, Juliane Fernandes. Contornos contemporâneos da filiação. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Coords.). **Manual de direito das famílias e das sucessões** – 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 2009.

SILVA, Cláudia Maria da. Descumprimento do Dever de Convivência Familiar e Indenização por Danos à Personalidade do Filho. **Revista Brasileira de Direito de Família.** Porto Alegre, nº 25, p. 122-147, 2004.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Responsabilidade Civil e Ofensa à Dignidade Humana. **Revista Brasileira de Direito de Família**, v. 7, n. 32, out./nov., 2005, p. 138-158.

VIANNA, Breno Mendes Forel Muniz. Responsabilidade Civil Parental. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Coords.). **Manual de direito das famílias e das sucessões** – 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

NOTAS:

[1] MADALENO, Rolf. O Preço do Afeto. In: PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). **A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais.** Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 153.

[2] LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias.** São Paulo: Saraiva, 2010, p. 31.

[3] DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** Porto alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005, p. 39.

[4] LÔBO. *Op.cit.*, p. 27.

[5] SILVA, Cláudia Maria da. Descumprimento do Dever de Convivência Familiar e Indenização por Danos à Personalidade do Filho. **Revista Brasileira de Direito de Família.** Porto Alegre, nº 25, 2004, p. 122.

[6] QUEIROZ, Juliane Fernandes. Contornos contemporâneos da filiação. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Coords.). **Manual de direito das famílias e das sucessões** – 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p.154.

[7] DIAS. *Op.cit.*, p. 41.

[8] DIAS, Maria Berenice. **Entre o ventre e o coração**. Disponível em: . Acesso em: 16.janeiro.2011.

[9] DIAS. *Op.Cit.*, 2005, p. 47.

[10] LÔBO, Paulo Luiz Netto. A Repersonalização das Relações de Família. **Revista Brasileira de Direito de Família**, v. 6, n. 24, jun./jul., 2004, p. 137.

[11] LÔBO. *Op.Cit.*, 2010, p. 63.

[12] LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Princípio jurídico da afetividade na filiação**. Disponível em: . Acesso em 16.fevereiro.2011.

[13] LÔBO, Paulo Luiz Netto. **A repersonalização das relações de família**. Disponível em: . Acesso em: 18.fevereiro.2011.

[14] BARROS, Sérgio Resende de. Direitos humanos da família: dos fundamentais aos operacionais. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Afeto, Ética, Família e o novo Código Civil**. – Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 613.

[15] Artigo 3.1. Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança. BRASIL, **Decreto 99.710** de 21 de novembro de 1990. Brasília, DF. Disponível em: . Acesso em: 19.junho.2011.

[16] DIAS. *Op.Cit.*, 2005, p. 63.

[17] LÔBO. *Op.Cit.*, 2010, p. 70.

[18] VIANNA, Breno Mendes Forel Muniz. Responsabilidade Civil Parental. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Coords.). **Manual de direito das famílias e das sucessões** – 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 423.

[19] DELGADO, Mário Luiz. Direitos de Personalidade nas Relações de Família. In: MADALENO, Rolf; MILHORANZA, Mariângela

Guerreiro. **Atualidades do Direito de Família e Sucessões**. Sapucaia do Sul: Notadez, 2008, p. 297.

[20] CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 22.

[21] RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 250.

[22] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, volume 6: direito de família. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 25.

[23] SILVA, Cláudia Maria da. Descumprimento do Dever de Convivência Familiar e Indenização por Danos à Personalidade do Filho. **Revista Brasileira de Direito de Família**. Porto Alegre, nº 25, 2004, p. 132.

[24] TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Responsabilidade Civil e Ofensa à Dignidade Humana. **Revista Brasileira de Direito de Família**, v. 7, n. 32, out./nov., 2005, p. 156.

[25] MADALENO, Rolf. **Repensando o Direito de Família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007, p. 113.

[26] Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, 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. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm >. Acesso em: 28.março.2011.

[27] Art. 19. Toda criança ou adolescente tem direito a ser criado e educado no seio da sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente livre da presença de pessoas dependentes de substâncias entorpecentes. BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. **Lei 8.069**, de 13 de julho de 1990. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm >. Acesso em: 28.março.2011.

[28] ORSELLI, Helena de Azeredo. **Reflexões acerca do direito fundamental do filho à convivência com o genitor que não detém sua**

guarda. Revista Síntese Direito de Família, v. 12, n. 63, dez./jan. 2011, p. 14.

[29] RIZZARDO. *Op.Cit.*, p. 691.

[30] DIAS, Maria Berenice. Paz para a infância no mundo. Disponível em: <www.mbdias.com.br/hartigos.aspx?37,10>. Acesso em: 21.janeiro.2011.

[31] MEIRA, Fernanda de Melo. A guarda e a convivência familiar como instrumentos veiculadores de direitos fundamentais. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Coords.). **Manual de direito das famílias e das sucessões** – 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 245.

[32] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (7ª. Câmara Cível). **Apelação Cível nº 408.550-5**. Relator: Des. Unias Silva. Julgado em: 01.abril.2004. Disponível em: . Acesso em: 14.abril.2011.

[33] MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos Morais em Família? Congugalidade, Parentalidade e Responsabilidade Civil. **A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais**, Rio de Janeiro, Forense, 2006, p. 171 a 201.

[34] RIZZARDO. *Op.Cit.*, p. 697.

[35] Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 29.março.2011.

[36] FREIRE, Denise Dias. **O preço do amor**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=162>>. Acesso em: 30.março.2011.

[37] ORSELLI, Helena de Azeredo. **Reflexões acerca do direito fundamental do filho à convivência com o genitor que não detém sua guarda**. Revista Síntese Direito de Família, v. 12, n. 63, dez./jan. 2011, p. 9.

[38] VIANNA. *Op.Cit.*, p. 431.

[39] Art. 22. Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais. BRASIL. Estatuto da

Criança e do Adolescente. **Lei 8.069**, de 13 de julho de 1990. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8069.htm>. Acesso em: 4.abril.2011.

[40] Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges: (...) IV - sustento, guarda e educação dos filhos. (...). BRASIL. Código Civil (2002). **Lei 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/2002/L10406.htm>>. Acesso em: 4.abril.2011.

[41] Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores: I - dirigir-lhes a criação e educação; II - tê-los em sua companhia e guarda; (...) BRASIL. Código Civil (2002). **Lei 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/2002/L10406.htm>>. Acesso em: 4.abril.2011.

[42] TEIXEIRA. *Op.Cit.*, p. 153.

[43] HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Pressupostos, elementos e limites do dever de indenizar por abandono afetivo**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=288>>. Acesso em: 1º.abril.2011.

[44] RIZZARDO. *Op.Cit.*, p. 698.

[45] BRASIL. Código Civil (2002). **Lei 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/2002/L10406.htm>>. Acesso em: 4.abril.2011.

[46] ORSELLI. *Op.Cit.*, p. 15.

[47] MADALENO. *Op.Cit.*, 2006, p. 165.

[48] SILVA. *Op.Cit.*, p. 141.

[49] ORSELLI. *Op.Cit.*, p. 23.

[50] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (7.^a Câmara Cível). **Apelação Cível nº 70026680868**. Relator: Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Julgado em: 25.março.2009. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=jurisnova>>. Acesso em: 11.janeiro.2011.

[51] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (7.^a Câmara Cível). **Apelação Cível nº 70026680868**. Relator: Des. Sérgio

Fernando de Vasconcellos Chaves. Julgado em: 25.março.2009. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=jurisnova>>. Acesso em: 11.janeiro.2011.

[52] CASTRO, Leonardo. **Precedente perigoso. O preço do abandono afetivo.** Disponível em: . Acesso em: 30.março.2011.

[53] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Quarta Turma). **Recurso Especial nº 757.411 – MG.** Relator: Min. Fernando Gonçalves. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 29.março.2011.

[54] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª. Turma). **Recurso Especial nº 1557978/DF.** Relator: Min. MOURA RIBEIRO. Disponível em: . Acesso em: 13.junho.2017.

[55] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. (8ª Câmara Cível). **Apelação Cível nº 70029987013.** Relator: Des. Alzir Felipe Schmitz. Julgado em: 18.junho.2009. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=jurisnova>>. Acesso em: 4.outubro.2010.

[56] CASTRO, Leonardo; ELAINE, Isabel. **Punir abandono afetivo não aproxima pais e filhos.** Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?noticias-icia=2088>>. Acesso em: 2.abril.2011.

DA IMPOSSIBILIDADE DE DEDUÇÃO DO PIS E DA COFINS EM VENDAS NÃO ADIMPLIDAS

ERICK JOSEPH RABELO CHAGAS:
Procurador da Fazenda Nacional. Ex-Analista do Ministério Público da União/Apoio Jurídico/Direito. Ex-Assistente Nível III em Gabinete de Subprocuradora-Geral da República. Especialista em Direito Tributário.

RESUMO: Este trabalho tem por objetivo sedimentar a impossibilidade de dedução das bases de cálculo do PIS e da COFINS de valores de vendas não adimplidas, almejando informar acerca do aspecto quantitativo da hipótese de incidência dos respectivos tributos.

Palavras-chave: PIS. COFINS. Dedução. Vendas. Inadimplidas.

SUMÁRIO: Seção inicial – 2. Das contribuições especiais e do PIS e da COFINS – 3. Das bases de cálculo do PIS e da COFINS e da impossibilidade de dedução de vendas inadimplidas – 4. Conclusão – Referências.

1. SEÇÃO INICIAL (INTRODUÇÃO)

O tema escolhido resume-se à impossibilidade de dedução de valores referentes a vendas inadimplidas nas bases de cálculo do PIS e da COFINS.

Sinteticamente, o aspecto quantitativo do PIS e da COFINS é a receita bruta e, não havendo previsão legal para o creditamento, torna-se impossível a respectiva operação.

Almejou-se visualizar, como problemática, a controvérsia judicial atinente ao almejado creditamento, de maneira a evidenciar a inexistência de autorização legal e jurisprudencial.

Desta feita, resolveu-se estudar os aspectos doutrinários, legais e jurisprudenciais que envolvem a temática, tomando uma posição geral e única acerca da vedação ao creditamento nas vendas inadimplidas.

2 DAS CONTRIBUIÇÕES ESPECIAIS E DO PIS E DA COFINS

Entre os objetivos da República Federativa do Brasil está a construção de uma sociedade livre, justa e solidária – art. 3º, I, da Constituição Federal.

Trazido como princípio para a Seguridade Social, a solidariedade é pilar de todo o sistema, uma vez que, no viés horizontal, representa a redistribuição de renda entre as populações (pacto intrageracional) e, no vertical, que uma geração deve trabalhar para pagar os benefícios das gerações passadas.

O princípio justifica, ainda, a não necessidade de paridade de contribuições vertidas e benefícios, o que justifica que determinada pessoa contribua para a manutenção do sistema mesmo que nunca tenha a oportunidade de auferir os seus benefícios e serviços.

Anteriormente à Constituição Federal, prevalecia a teoria tripartida dos tributos, em que, conforme o art. 5º do Código Tributário Nacional, os tributos eram impostos, taxas e contribuições.

Posteriormente, com o advento da atual Carta Política e de julgamentos do Supremo Tribunal Federal, em que se interpretou esta de forma sistemática e em concomitância com o conceito de tributo presente no art. 3º do CTN, passou-se a adotar a teoria pentapartida, para a qual os tributos são impostos, taxas, contribuições de melhoria, empréstimos compulsórios e contribuições especiais.

As contribuições especiais são gênero de tributo de competência da União e se dividem em contribuições sociais, contribuições de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais e econômicas, conforme o art. 149 da CF/88.

Ressalte-se, porém, que os Municípios, os Estados e o Distrito Federal poderão instituir contribuições destinadas ao financiamento de seus regimes próprios de previdência, cobradas de seus servidores, cuja a alíquota não será inferior à da contribuição dos servidores efetivos da União, na forma do art. 149, § 1º, da CF.

Esta é a única hipótese em que outros os entes federativos poderão criar contribuições sociais.

As contribuições sociais subdividem-se em contribuições para a Seguridade Social, contribuições sociais gerais e outras contribuições sociais.

As contribuições sociais gerais são as que se destinam aos objetivos sociais do Estado, excetuados a saúde, a previdência social e a assistência social, que têm como seu maior exemplo a contribuição do salário-educação, a qual está prevista no art. 212, § 5^a, da CF, e é destinada à educação básica pública.

As outras contribuições sociais são as que podem ser criadas para a Seguridade Social, mediante a competência residual da União prevista no art. 195, § 4º c/c o art. 154, I, ambos da CF, com a finalidade de, mediante lei complementar, instituir contribuições não previstas, desde que sejam não cumulativas e não tenham base de cálculo ou fato gerador próprios das discriminadas na Constituição.

O art. 195 da CF enuncia que a Seguridade Social será financiada direta ou indiretamente por toda a sociedade, por meio de recursos provenientes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e dos recursos da arrecadação das contribuições especiais destinadas a ela.

Ato contínuo, o dispositivo constitucional mencionado elenca em seus incisos as bases econômicas para a instituição, por meio de lei, de contribuições para a Seguridade Social: do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada, incidentes sobre a folha de salário, receita ou faturamento e o lucro; do trabalhador e demais segurados da previdência social; sobre a receita de concursos de prognósticos; e do importador de bens do exterior, ou de quem a lei a ele equiparar.

É importante gizar que o Supremo Tribunal Federal já definiu, em debate sobre o PIS e a COFINS, que as contribuições previstas no art. 195 da CF não necessitam de lei complementar para sua criação, sendo esta restrita às fontes de custeio não previstas no rol do referido artigo, conforme acima exposto sobre as contribuições residuais.

Com efeito, de acordo com as bases econômicas acima previstas foram instituídas contribuições previdenciárias (sobre a folha de salário das empresas e remunerações dos empregados), a COFINS (sobre a receita ou faturamento), a CSLL (sobre o lucro líquido), o PIS e a COFINS sobre a importação, entre outras.

O PIS, instituído anteriormente à Constituição Federal pela LC 7/70, foi recepcionado pelo art. 239 da CF, que vinculou sua arrecadação ao financiamento do seguro-desemprego e ao abono salarial.

Após a promulgação da Carta Magna, seguiram-se a Lei 9.715/98 e a Lei 9.718/98, que regulam o PIS na modalidade cumulativa, e a Lei 10.637/2002, a qual instituiu a modalidade não cumulativa, sendo a base de cálculo a receita bruta.

Já a COFINS, com fulcro na autorização constitucional do art. 195, I, b, da CF, foi instituída pela LC 70/91, sendo sua modalidade cumulativa hoje regida pela Lei 9.718/98, e a não cumulativa pela Lei 10.833/2003, a qual tem como base de cálculo também a receita bruta.

Por muito tempo, com exceção do PIS, da COFINS e da CSLL, as contribuições sociais para a Seguridade Social eram fiscalizadas e arrecadadas pelo Instituto Nacional do Seguro Social, tendo esta delegação de capacidade tributária ativa cessado com a publicação da Lei 11.457/2007, que em seu art. 2º, atribuiu à Secretaria da Receita Federal do Brasil a competência para fiscalizar, arrecadar e cobrar as contribuições previdenciárias, sendo repassada da Procuradoria-Geral Federal para a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional a atribuição de inscrever os débitos dos respectivos tributos em dívida ativa da União, conforme o art. 16 da referida Lei.

3 DAS BASES DE CÁLCULO DO PIS E DA COFINS E DA IMPOSSIBILIDADE DE DEDUÇÃO DE VENDAS INADIMPLIDAS

Na redação original do art. 195, I, b, da Constituição Federal, as bases de cálculo do PIS e da COFINS estavam restritas apenas ao faturamento, sendo este fato determinante para a incidência do tributo, tendo em vista a diferenciação entre os conceitos deste e de receita bruta.

A Lei 9.718/98, ainda sob a égide da citada redação original, alargou a base de cálculo da COFINS para conceituar faturamento como sendo a soma de todas as receitas auferidas pela pessoa física ou jurídica, independentemente de sua denominação ou natureza contábil.

Contudo, o Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário nº 390.840/MG, julgou inconstitucional a extensão do conceito de faturamento, uma vez que, à época, este era entendido como a receita operacional da empresa, ou seja, a receita auferida com a sua atividade-fim, resultante da venda de bens, serviços ou bens e serviços.

A Emenda Constitucional 20/98, por sua vez, ampliou a base econômica do PIS e da COFINS ao adicionar à alínea b do inciso I do art. 195 da CF o fato econômico receita bruta, permitindo que a base de cálculo daqueles abrangessem não só a receita auferida com o desempenho de seu objeto social, mas todas as receitas percebidas.

Nesse contexto, a Lei 10.637/2002 criou o regime não cumulativo do PIS e estendeu sua base de cálculo para abranger todas as receitas percebidas pela pessoa jurídica.

Em regra, foram submetidas ao regime não cumulativo as pessoas jurídicas tributadas com base no lucro real, sendo excluídas deste as tributadas com base no lucro presumido ou arbitrado, instituições financeiras, seguradoras, pessoas imunes, optantes do Simples, entre outras, conforme o art. 8º da Lei 10.637/2002.

A sistemática não cumulativa trazida pela Lei 10.637/2002 difere da não cumulatividade do IPI e do ICMS, uma vez que não está sujeita ao sistema imposto contra imposto, nem à amplitude abstrata do creditamento dos arts. 153, § 3º, I, e 155, § 2º, I, da CF, restringindo-se às hipóteses autorizadas na lei.

Dessa forma, para o IPI e o ICMS a não cumulatividade é sistemática que permite o crédito do imposto pago na entrada de bem com o débito resultante de sua saída, enquanto no PIS e na COFINS as hipóteses de creditamento estão taxativamente dispostas na lei.

Nesse norte, consagrando a sistemática não cumulativa do PIS, a EC 42/2003 incluiu o § 12 ao art. 195 da CF para estabelecer que a lei definirá os setores da atividade econômica para os quais as contribuições incidentes sobre faturamento e a receita e sobre a importação serão não cumulativas.

Com isso, editou-se a Lei 10.833/2003, que instituiu a sistemática não cumulativa da COFINS nos moldes do determinado na Lei 10.637/2002 para o PIS.

Com efeito, cabe à União, autorizada a ampliar a base de cálculo do PIS e da COFINS e a determinar os setores da atividade econômica em que referidas contribuições fossem não cumulativas, delimitar as situações em que deseja ou não tributar a pessoa jurídica que aufera receita bruta.

Por isso, com fulcro na sua competência, estabeleceu nos art. 3º, II, das Leis 10.637/2002 e 10.833/2003, que os tributos aqui discutidos não incidem sobre a aquisição de insumos utilizados na prestação de serviços e na produção ou fabricação de bens ou produtos destinados à venda, autorizando o creditamento nesses termos.

Qualquer hipótese que, sem autorização legal, retire da receita bruta da empresa valor não permitido nas Leis 10.637/2002 e 10.833/2003, estará violando tanto a base econômica das referidas contribuições quanto a não cumulatividade específica destas.

É preciso destacar que a valores que não integravam a base de cálculo da COFINS eram expressamente listados pela LC 70/91, como o valor do IPI, quando destacado em separado no documento fiscal, e o valor das vendas canceladas ou devolvidas e dos descontos concedidos incondicionalmente a qualquer título.

Quanto ao PIS, eram previstas na Lei 9.715/98 as mesmas deduções elencadas para a COFINS na LC 70/91, além do valor do ICMS retido pelo vendedor dos bens ou prestador dos serviços na condição de substituto tributário.

Por sua vez, a lista de exclusões das bases de cálculo restaram aumentadas pela Lei 9.718/98, de maneira a serem dedutíveis as receitas decorrentes da venda de bens do ativo permanente, assim como as reversões de provisões operacionais e recuperações de créditos baixados como perda, que não representassem ingresso de novas receitas.

No entanto, na legislação do PIS e da COFINS não se encontra permissão para se deduzir valores de vendas de mercadorias e serviços em que o consumidor

não cumpre com sua obrigação de pagamento, motivo pelo qual não podem ser excluídos das receitas auferidas.

A inadimplência do comprador ou do contratante no que se refere ao preço da mercadoria ou do serviço não pode ser equiparada a uma venda cancelada ou devolvida.

Na venda cancelada a transação é concretizada e posteriormente ocorre o seu desfazimento, com a conseqüente devolução da mercadoria pelo adquirente e do preço acaso recebido pelo vendedor.

De modo diverso, na inadimplência do comprador, não há o cancelamento da venda e a devolução da mercadoria, ou ainda a concessão de desconto no preço.

Nesse caso, a venda ou o serviço foi efetivada, com a emissão de nota fiscal, o que legitima o credor a ingressar com ação judicial para o recebimento do seu crédito perante o devedor.

Ora, se o empresário não consegue obter da pessoa com quem fez o negócio jurídico o seu pagamento, tal fato é um risco de seu empreendimento, não havendo autorização para que o Estado venha intervir na referida situação.

Assim, equivocada a interpretação no sentido de que a inadimplência do comprador da mercadoria ou do contratante do serviço autoriza a exclusão do valor da base de cálculo dos tributos aqui em discussão.

Nesse sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, com a chancela do Supremo Tribunal Federal:

TRIBUTÁRIO. EXCLUSÃO DO VALOR REFERENTE ÀS VENDAS INADIMPLIDAS DA BASE DE CÁLCULO DA COFINS E DO PIS. IMPOSSIBILIDADE. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONSONÂNCIA COM O ENTENDIMENTO DESTA CORTE E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM REPERCUSSÃO GERAL.

1. Nos termos da jurisprudência pacífica do STJ, as vendas inadimplidas não se equiparam a vendas canceladas

para fins de exclusão de tais valores da base de cálculo das contribuições do PIS e da COFINS. A inadimplência não descaracteriza o fato gerador, pois subsiste receita em potencial a ser auferida pela empresa.

2. O Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 586482/RS, em repercussão geral, consolidou o entendimento no sentido de que, “no âmbito legislativo, não há disposição permitindo a exclusão das chamadas vendas inadimplidas da base de cálculo das contribuições em questão. As situações posteriores ao nascimento da obrigação tributária, que se constituem como excludentes do crédito tributário, contempladas na legislação do PIS e da COFINS, ocorrem apenas quando o fato superveniente venha a anular o fato gerador do tributo, nunca quando o fato gerador subsista perfeito e acabado, como ocorre com as vendas inadimplidas”.

Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1420041/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/10/2015, DJe 09/10/2015)

Sendo assim, não há falar na possibilidade de dedução das bases de cálculo do PIS e da COFINS de valores referentes a vendas inadimplidas.

4 CONCLUSÃO

Por meio desse artigo se abordou a inexistência de autorização legal para a exclusão de valores relativos a vendas inadimplidas das bases de cálculo do PIS e COFINS.

De fato, a não cumulatividade do PIS e da COFINS, inclusive, apenas admite o creditamento conforme os casos especificamente previstos em sua legislação de regência, conforme os seus contornos constitucionais.

Conclui-se, ainda, que as vendas canceladas não se confundem com as inadimplidas, uma vez que naquelas o negócio jurídico é desfeito, com a volta das partes ao status quo ante, enquanto a inadimplência envolve um risco do negócio.

Sendo assim, a regra matriz de incidência do PIS e da COFINS tem aplicação plena nas vendas inadimplidas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito Tributário Esquematizado**. 2 ed. São Paulo: Método, 2008.

BECKER, Alfredo Augusto; **Teoria Geral do Direito Tributário**. 6 ed. São Paulo: Noeses, 2013.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos**. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: . Acesso em: 16 jun. 2017.

_____. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos**. Brasília, DF, 25 out. 1966. Disponível em: . Acesso em: 16 jun. 2017.

_____. Lei Complementar nº 7, de 7 de setembro de 1970. Institui o Programa de Integração Social, e dá outras providências. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos**. Brasília, DF, 8 set. 1970. Disponível em: . Acesso em: 18 jun. 2017.

_____. Lei Complementar nº 70, de 30 de dezembro de 1991. Institui contribuição para financiamento da Seguridade Social, eleva a alíquota da contribuição social sobre o lucro das instituições financeiras e dá outras providências. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos**. Brasília, DF, 31 dez. 1991. Disponível em: . Acesso em: 18 jun. 2017.

_____. Lei nº 9.715, de 25 de novembro de 1998. Dispõe sobre as contribuições para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público – PIS/PASEP, e dá outras providências. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos**. Brasília, DF, 26 nov. 1998. Disponível em: . Acesso em: 18 jun. 2017.

_____. Lei nº 9.718, de 27 de novembro de 1998. Altera a Legislação Tributária Federal. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Brasília, DF, 28 nov. 1998. Disponível em: . Acesso em: 18 jun. 2017.

_____. Lei nº 10.637, de 30 de dezembro de 2002. Dispõe sobre a não-cumulatividade na cobrança da contribuição para os Programas de Integração Social (PIS) e de Formação do Patrimônio do Servidor Público (Pasep), nos casos que especifica; sobre o pagamento e o parcelamento de débitos tributários federais, a compensação de créditos fiscais, a declaração de inaptidão de inscrição de pessoas jurídicas, a legislação aduaneira, e dá outras providências. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos.** Brasília, DF, 31 dez. 2002. Disponível em: . Acesso em: 16 jun. 2017.

_____. Lei nº 10.833, de 29 de dezembro de 2003. Altera a Legislação Tributária Federal e dá outras providências. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos.** Brasília, DF, 30 dez. 2003. Disponível em: . Acesso em: 16 jun. 2017.

_____. Lei nº 10.865, de 30 de abril de 2004. Dispõe sobre a Contribuição para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público e a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social incidentes sobre a importação de bens e serviços e dá outras providências. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos.** Brasília, DF, 30 abr. 2004. Disponível em: . Acesso em: 16 jun. 2017.

_____. Lei nº 11.057, de 16 de março de 2007. Dispõe sobre a Administração Tributária Federal; altera as Leis nos 10.593, de 6 de dezembro de 2002, 10.683, de 28 de maio de 2003, 8.212, de 24 de julho de 1991, 10.910, de 15 de julho de 2004, o Decreto-Lei no 5.452, de 1o de maio de 1943, e o Decreto no 70.235, de 6 de março de 1972; revoga dispositivos das Leis nos 8.212, de 24 de julho de 1991, 10.593, de 6 de dezembro de 2002, 10.910, de 15 de julho de 2004, 11.098, de 13 de janeiro de 2005, e 9.317, de 5 de dezembro de 1996; e dá outras providências. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos.** Brasília, DF, 19 mar. 2007. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/111457.htm>. Acesso em: 17 jun. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Tributário. Exclusão do valor referente às vendas inadimplidas da base de cálculo da COFINS e do PIS. Impossibilidade. Acórdão recorrido em consonância com o entendimento desta Corte e do Supremo Tribunal Federal em Repercussão Geral. Recorrente: Sindicato da Indústria da Construção de Balneário Camboriú. Recorrida: Fazenda Nacional. Relator: Ministra Humberto Martins. Brasília, 09 de outubro de 2015. Disponível em: . Acesso em 18 jun. 2017.

HARADA, Kyoshi. **Direito Financeiro e Tributário**. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 35. ed. São Paulo: Malheiro Editores, 2014.

PAULSEN, Leandro. **Curso de Direito Tributário: Completo**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

PAULSEN, Leandro. VELLOSO, Andrei Pitten. **Contribuições: Teoria Geral, Contribuições em Espécie**. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SABBAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributário**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito Tributário**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

O DIREITO DE ARREPENDIMENTO NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

MARIA TEREZA TARGINO HORA: Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Sergipe, Pós-Graduada Lato Sensu em Direito do Estado pela Faculdade Guanambi.

Resumo: Tema dos mais relevante na ótica consumerista é o relativa ao direito de arrependimento nos contratos de consumo consagrado no Código de Defesa do Consumidor. O presente artigo tem por escopo analisar o referido direito, suas razões práticas, assim como os principais tópicos acerca do assunto, tais como prazo de exercício, natureza, hipóteses de incidência, (ir) renunciabilidade do direito, necessidade de motivação, entre outros.

Palavras – chave: Direito do consumidor. Direito de arrependimento. Prazo de reflexão. Estabelecimento comercial.

Sumário: 1.Introdução. 2. Razões práticas da norma. 3. Análise do artigo 49 CDC. 4. Conclusão 5. Referências Bibliográficas

1. Introdução

O direito de arrependimento no Código de Defesa do Consumidor é um tema moderno, típico das relações de consumo e que rompe a lógica contratual clássica. É também chamado prazo de reflexão e incide quando a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou a domicílio^[1].

Trata-se de uma norma protetiva do consumidor sempre que a compra se der fora do estabelecimento comercial. Sergio Cavaliere Filho^[2] observa que a referência a *telefone ou a domicílio* é meramente exemplificativa, uma vez que o texto faz uso do advérbio *especialmente*, de sorte que a norma tem abrangência ampla, alcançando todos os sistemas de vendas externas, isto é: vendas a domicílio, vendas por telemarketing, ou por telefone; por correspondência (mala – direta, carta – resposta ou correio); pela TV; Internet ou qualquer outro meio eletrônico.

Como sabido, na sociedade de consumo contemporânea, a contratação fora do estabelecimento comercial e, muito principalmente, aquela feita mediante comércio eletrônico, é muito usual, favorecendo os consumidores que assim contratam de forma mais cômoda e rápida (na sua própria residência, por exemplo), mas que, por outro lado, assim o fazem por impulsividade, sem a devida reflexão, diante do marketing agressivo que lhes é ofertado, dia a dia.

Em razão disso, há o direito de arrependimento (prazo de reflexão), que faculta ao consumidor rescindir a compra, independente de qualquer vício do produto ou do serviço e de qualquer motivação.

2. Razões práticas da norma

A razão prática da norma é, sem dúvida, o fato de que na contratação fora do estabelecimento comercial, e, muito especialmente no comércio eletrônico confere diversos atrativos especiais, tais como rapidez e comodidade, mas, por outro lado traz perigos concretos, na medida em que o consumidor não vê o produto de perto e, portanto, não o toca, não o sente e, assim, não o conhece ao vivo, haja vista que o produto é avistável ou no site da empresa (loja virtual) ou no impresso da revista, de resto envolto em belos desenhos e cores. E, assim, por impulsividade, sem a devida reflexão, o consumidor adquire o produto ou serviço, mas, ao recebê-lo de fato, constata que não era aquilo que realmente ansiava.

Segundo Felipe Peixoto Braga Netto^[3], o direito de arrependimento *“objetiva resguardar o consumidor das agressivas estratégias de vendas, perante as quais fixa esvaziada a capacidade do consumidor de meditar acerca da conveniência do ajuste. Muitas vezes o consumidor se deixa levar pelo impulso, ou mesmo se mostra incapaz de dizer não à insistência habilidosa do vendedor, e termina por adquirir um produto ou serviço que não precisava, ou pior, que não terá como pagar sem grava sacrifício pessoal”*.

Importante frisar, ainda, que o direito de arrependimento somente existe no caso de aquisição do produto ou serviço fora do estabelecimento comercial, de modo que as lojas físicas não estão obrigadas a adotar essa prática caso o produto/serviço tenha sido adquirido dentro do estabelecimento. Trata-se, nesse caso, de mera liberalidade do fornecedor.

Nesse contexto, informa a doutrina especializada, segundo magistério de Flávio Tartuce e Daniel Amorim Assumpção Neves^[4] que “nas situações em que o produto ou serviço é adquirido no estabelecimento, não há o direito de arrependimento. Todavia, na prática, há um costume saudável de as empresas trocarem produtos, em especial quando o consumidor diz não estar satisfeito com eles; ou ainda porque o bem de consumo não lhe serviu. Os fornecedores assim os fazem para não perderem a clientela, mantendo um bom relacionamento com a coletividade consumerista”.

3. Análise do artigo 49 CDC

O direito de arrependimento é um direito protestativo – *aquele ao qual não corresponde um dever, mas um estado de sujeição*^[5] - constituindo-se um direito unilateral do consumidor brasileiro que pode ser exercido de forma inteiramente imotivada, isto é, o consumidor não precisa descrever as razões pelas quais quer retornar o produto ou serviço.

Nesse sentido a jurisprudência:

EMBARGOS INFRINGENTES. AÇÃO DE ANULAÇÃO DE ATO JURÍDICO. CONTRATO DE ARRENDAMENTO MERCANTIL. DIREITO DE ARREPENDIMENTO. ART. 49 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. DESFAZIMENTO DO CONTRATO. DIREITO POTESTATIVO DO CONSUMIDOR. EXERCÍCIO DENTRO DO PRAZO DE REFLEXÃO. PROVA. EXISTÊNCIA. INSCRIÇÃO EM CADASTRO DE INADIMPLÊNCIA. DANO MORAL CARACTERIZADO. MANUTENÇÃO DO VOTO MAJORITÁRIO. RECURSO DESPROVIDO.

AGRAVO DE INSTRUMENTO CONSUMIDOR QUE COMPRA BENS NO ESTABELECIMENTO DO FORNECEDOR POR MEIO DE CATÁLOGO DE PRODUTOS Equiparação da venda realizada por catálogo, em que não se tem contato visual com o produto final, à chamada "venda à distância", passível, portanto, de aplicação da regra insculpida no artigo 49, do Código de Defesa do Consumidor Direito ao arrependimento exercido dentro do prazo legal de 07 dias Astreintes compatíveis com o transtorno causado ao consumidor pela fornecedora, tendo em vista o atraso na entrega dos bens e a recusa de recebê-los quando do exercício do direito

potestativo ao arrependimento - RECURSO PROVIDO EM PARTE.(TJ-SP - AI: 20592581920148260000 SP 2059258-19.2014.8.26.0000, Relator: Ana Catarina Strauch, Data de Julgamento: 22/07/2014, 27ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 24/07/2014) (TJ-SC - EI: 20100417725 SC 2010.041772-5 (Acórdão), Relator: Salim Schead dos Santos, Data de Julgamento: 13/08/2013, Grupo de Câmaras de Drto. Comercial Julgado)

Ademais, o direito de arrependimento é irrenunciável de sorte que qualquer cláusula prevendo a renúncia do prazo de reflexão é tida como nula de pleno direito, pois o Código de Defesa do Consumidor é uma lei principiológica^[6]. Na verdade, tal direito se constitui em uma denúncia vazia do contrato de consumo e que se aplica tanto à aquisição de produto como à aquisição de serviço.

O prazo para o exercício do direito de arrependimento é de no máximo 7 (sete dias), de natureza decadencial, pois não se suspende e não se interrompe, e que deve ser contado da seguinte forma:

a)Da assinatura do contrato, quando não se tratar de contrato que não importa em entrega posterior do produto ou do serviço, como, por exemplo, contratação de serviços de TV a cabo feita por vendendo em domicílio; a aquisição de seguros em geral e planos de saúde feitas em domicílio; assinatura de revistas e jornais.

b)Do efetivo recebimento do produto ou serviço, quando se tratar de aquisição de produtos ou serviços, cuja entrega é posterior à celebração do contrato.

A manifestação da desistência, no prazo legal, pode ser feita por qualquer meio idôneo, mas o consumidor deve ter a cautela de poder prová-la, utilizando-se dos mesmos meios que usou para a compra.

Registre-se que, uma vez exercido o direito de arrependimento, a compra torna-se rescindida e as partes voltam ao *status a quo ante*, vez que a desistência tem efeitos *ex tunc*, devendo assim ser restituídas de imediato

eventuais quantias pagas pelo consumidor, a qualquer título, devidamente corrigidas, nos termos do parágrafo único, art. 49 do CDC.

Outrossim, as despesas de transporte para devolução da mercadoria à loja deverão ser arcadas pelo fornecedor e, em nenhuma hipótese, podem ser repassadas ao consumidor, mesmo que o contrato assim preveja, consoante entendimento firmado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, noticiado no Informativo 582^[7], vejamos:

ADMINISTRATIVO. CONSUMIDOR. DIREITO DE ARREPENDIMENTO. ART. 49 DO CDC. RESPONSABILIDADE PELO VALOR DO SERVIÇO POSTAL DECORRENTE DA DEVOLUÇÃO DO PRODUTO.

CONDUTA ABUSIVA. LEGALIDADE DA MULTA APLICADA PELO PROCON.

1. No presente caso, trata-se da legalidade de multa imposta à TV SKY SHOP (SHOPTIME) em razão do apurado em processos administrativos, por decorrência de reclamações realizadas pelos consumidores, no sentido de que havia cláusula contratual responsabilizando o consumidor pelas despesas com o serviço postal decorrente da devolução do produto do qual pretende-se desistir.

2. O art. 49 do Código de Defesa do Consumidor dispõe que, quando o contrato de consumo for concluído fora do estabelecimento comercial, o consumidor tem o direito de desistir do negócio em 7 dias ("período de reflexão"), sem qualquer motivação. Trata-se do direito de arrependimento, que assegura o consumidor a realização de uma compra consciente, equilibrando as relações de consumo.

3. Exercido o direito de arrependimento, o parágrafo único do art. 49 do CDC especifica que o consumidor terá de volta, imediatamente e monetariamente atualizados, todos os valores eventualmente pagos, a qualquer título, durante o prazo de reflexão, entendendo-se incluídos nestes valores todas as despesas com o serviço postal para a devolução do produto, quantia esta que não pode ser repassada ao consumidor.

4. Eventuais prejuízos enfrentados pelo fornecedor neste tipo de contratação são inerentes à modalidade de venda agressiva fora do estabelecimento comercial (internet, telefone, domicílio). Aceitar o contrário é criar limitação ao direito de arrependimento legalmente não previsto, além de desestimular tal tipo de comércio tão comum

nos dias atuais. 5. Recurso especial provido. (REsp 1340604/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/08/2013, DJe 22/08/2013)

Por fim, importante ressaltar que o direito de arrependimento foi regulamentado pelo Decreto nº 7.962/2013, no que se refere ao comércio eletrônico.

4. Conclusão

Conclui-se, assim, que o direito de arrependimento é um importante instrumento consagrado no ordenamento jurídico pátrio em favor do consumidor. Poderá ser utilizado sempre que a compra se der fora do estabelecimento comercial, desde que aquele desista do negócio em um prazo máximo de 7 (sete) dias corridos, contados da assinatura do contrato ou do recebimento do produto/serviço.

O direito em estudo pode ser exercido de forma absolutamente imotivada, assim como a renúncia prévia ao prazo de reflexão prevista contratualmente deve ser considerada nula de pleno direito.

Ademais, uma vez exercido o direito de arrependimento, a compra torna-se rescindida e as partes voltam ao *status a quo ante*, cabendo ao fornecedor restituir eventuais quantias pagas pelo consumidor e arcar com as despesas de transporte para devolução da mercadoria ao estabelecimento.

5. Referências Bibliográficas

FILHO, Sergio Cavalieri. Programa de Direito do Consumidor. São Paulo: Atlas, 2008.

CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Direito de arrependimento: ônus de pagar as despesas postais é do fornecedor. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/8f7d807e1f53eff5f9efbe5cb81090fb>>. Acesso em: 19/06/2017

NETTO, Felipe Peixoto Braga. Manual de Direito do Consumidor. 10ª ed. Bahia: Ed. JusPodivm. 2015.

TARTUCE, Flavio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito do Consumidor*. Direito Material e Processual. 6ª ed. São Paulo: Método, 2017

NOTAS:

[1] Art. 49. O consumidor pode desistir do contrato, no prazo de 7 dias a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou a domicílio.

[2] FILHO, Sergio Cavalieri. Programa de Direito do Consumidor. São Paulo: Atlas, 2008, p.133.

[3] NETTO, Felipe Peixoto Braga. Manual de Direito do Consumidor. 10ª ed. Bahia: Ed. JusPodivm. 2015, p. 381.

[4] TARTUCE, Flavio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito do Consumidor*. Direito Material e Processual. 6ª ed. São Paulo: Método, 2017, p. 348

[5] FILHO, Sergio Cavalieri. Programa de Direito do Consumidor. São Paulo: Atlas, 2008, p.134.

[6] Art. 1º CDC - O presente código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos [arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal](#) e [art. 48 de suas Disposições Transitórias](#).

[7] CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Direito de arrependimento: ônus de pagar as despesas postais é do fornecedor. Buscador Dizer o Direito, Manaus. Disponível em: <https://www.buscadordizerodireito.com.br/jurisprudencia/detalhes/8f7d807e1f53eff5f9efbe5cb81090fb>. Acesso em: 19/06/2017

O CONCEITO DE SENTENÇA ESTRANGEIRA PARA FINS DE PROCESSO DE HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇA ESTRANGEIRA

ALINE ANTELO MACHADO DE OLIVEIRA:
Procuradora da Fazenda Nacional. Advogada formada em Direito pela UERJ.

Resumo: Esse artigo visa a analisar o conceito de sentença estrangeira trazido pelo art.961 do CPC, a fim de precisar as hipóteses em que há a necessidade de haver o processo de sua homologação perante o STJ para a produção de seus efeitos no território nacional.

Sumário: 1.Introdução . 2.Conceito. 3. Exemplos práticos. 4.A questão os laudos arbitrais. 5.Bibliografia

1.Introdução

Com a globalização, tornou-se mais frequente a situação de ser preciso que uma decisão judicial prolatada por um juiz ou tribunal estrangeiro produza efeitos no território nacional.

Essa eficácia não ocorre de forma automática sendo necessário um prévio processo de homologação da sentença estrangeira, atualmente da competência do Superior Tribunal de Justiça, por força do art. 105, i, da CF.

A fim de saber quais decisões devem ser submetidas a esse juízo de delibação, deve-se perquirir o exato significado de sentença estrangeira, a qual não é definida pelo Código de Processo Civil.

2.Conceito

Dispõe o art. 961 do Código de Processo Civil ser objeto da homologação a sentença proferida por tribunal estrangeiro. De certo, pela limitação territorial da soberania, o conceito de sentença adotado não é aquele trazido pela legislação alienígena. Ou seja, nada importa o fato de a decisão ser ou não classificada como uma sentença no país onde foi proferida. Trata-se, na verdade, de um problema de qualificação.[1] Para solucioná-lo, conforme leciona Jacob Dolinger, deve ser aplicada a *lex fori*. [2]

Costuma a doutrina^[3] afirmar que se deve analisar, a partir do ordenamento jurídico brasileiro, se aquela decisão tem conteúdo e efeitos típicos de uma sentença.^[4] Nesse sentido, leciona Pontes de Miranda: “(...) o que há de se levar em conta é a decisão conforme o Estado de importação, e não conforme a do Estado de produção da decisão.”^[5]

Essa definição, contudo, mostra-se tautológica e ineficiente, definindo-se um conceito a partir de seus efeitos. Nesse sentido, disserta Daniel Gruenbaum:

“(...) são insuficientes e pouco úteis para a prática, porque são inegavelmente tautológicas ao afirmar que será sentença para fins de reconhecimento o ato que possuir conteúdo, efeitos ou natureza de sentença. Ademais, e aqui está o segundo e maior defeito, as fórmulas adotam uma qualificação com base em noções puramente de direito interno. Sabe-se de longa data que as noções de direito interno não podem ser transpostas diretamente para o plano da qualificação em direito internacional privado, que constrói- como todo ramo do direito ou microssistema- noções próprias e autônomas.”^[6]

Em sua tese de doutorado, propõe o autor um novo critério de qualificação, baseado não no ato em si, mas sim na função exercida pelo órgão estrangeiro para a sua produção. Uma vez que a finalidade do processo de homologação é reconhecer o ato jurisdicional estrangeiro, permitindo que a produção de efeitos num sistema jurídico diverso daquele do qual emana, o critério relevante para a qualificação de um ato como sentença estrangeira é ser ele fruto do exercício do poder jurisdicional, independente de essa função ter sido exercida por um órgão judicial ou não. Pode-se, então, vislumbrar atos praticados por órgãos administrativos no exercício do poder jurisdicional, como os divórcios administrativos, e atos emanados de órgãos judiciais, mas não no exercício da função jurisdicional, como algumas transações judiciais, nas quais o juiz limita-se a autenticar o acordo entre as partes, no exercício de uma função similar à notarial.^[7]

3.Exemplos práticos

Assim, a homologação deve ser dispensada nos casos em que o ato não decorre do exercício do poder jurisdicional, ainda que semelhante ato, no Brasil,

dependa dele, como as adoções extrajudiciais[8]. Da mesma forma, deve ser exigido o reconhecimento nas hipóteses nas quais o ato estrangeiro resulta do exercício da jurisdição, ainda que semelhante ato, no Brasil, não dependa dele, como os divórcios consensuais sujeitos ao monopólio judicial.[9]

A palavra “juiz” (LINDB, art.15) É interpretada de forma extensiva,[10] [11] reconhecendo tanto o STF como o STJ a possibilidade de serem homologadas decisões proferidas por autoridades administrativas no exercício da função jurisdicional. Um exemplo citado pela doutrina é o contencioso administrativo, próprio do sistema administrativo francês. Embora sejam órgãos administrativos, ou seja, não judiciais, suas decisões são jurisdicionais, sendo objeto, portanto, do processo de homologação de sentença estrangeira.[12] Pela mesma razão, são homologados divórcios decretados por autoridades administrativas, como ocorre no Japão e na Dinamarca. [13] Sobre esse ponto, veja-se trecho de decisão do STF:

“Acontece que essa alteração no casamento não provém de sentença judicial e sim de decisão administrativa segundo a legislação do país que a decretou. A Constituição de 1946, art. 101, I, alínea g, outorga ao Supremo Tribunal Federal a competência para homologar as sentenças estrangeiras. Há no caso um obstáculo aparente. Por certo que a Constituição se refere ao ato judiciário normal porque nas legislações, se põe termo aos dissídios, com força executória. Mas, não impede que, de outro modo, a soberania dos Estados adote outro meio de solução a interesse jurídicos. É o caso da legislação escandinava relativa ao casamento.

(...)Trata-se de uma forma análoga à sentença e que lhe é equivalente, harmonizando-se com o preceito constitucionais.

Os requisitos legais do pedido estão preenchidos pelo que voto pela sua homologação.” [14]

Esse também é o entendimento adotado pelo STJ:

**“SENTENÇA ESTRANGEIRA CONTESTADA. DIVÓRCIO
CONSENSUAL PROCESSADO**

PERANTE PREFEITURA JAPONESA. HOMOLOGAÇÃO CONCEDIDA.

1. É possível a homologação de pedido de divórcio consensual realizado no Japão, o qual é dirigido à autoridade administrativa competente. Nesse caso, não há sentença, mas certidão de deferimento de registro de divórcio, passível de homologação pelo Superior Tribunal de Justiça.

2. Homologação concedida”[15]

A partir do conceito de sentença trazido pelo art. 203, §1º, do Código de Processo Civil, é possível afirmar que, em regra, são homologáveis as sentenças que decidem o mérito do processo. Todavia, não se pode excluir de forma absoluta a possibilidade de uma decisão estranha ao mérito ser objeto de homologação. Barbosa Moreira aponta como exemplo uma decisão interlocutória condenando a parte a uma sanção pecuniária por um ilícito processual.[16]

Preconiza ainda o autor a necessidade de serem homologadas sentenças proferidas em processos cautelares concessivas de providências que devam ser cumpridas no território brasileiro, como o arresto de bem localizados no país, já que seria inadmissível cumprir tais decisões por simples carta rogatória.[17] Lembram Roberto Rosas e Paulo Cezar Aragão que a sentença estrangeira deve ser irrecorrível, mas não há exigência de que seja imutável. Entendem ainda os autores que, no caso de a decisão cautelar estrangeira ser homologada e executada, seus efeitos só cessam quando homologada a sentença estrangeira definitiva, “-pois o efeito de fazer cessar a cautela é puramente sentencial, e não se estende além das fronteiras senão depois da homologação, antes a taxativa disposição do art. 483 do CPC.”[18]

No caso de medidas cautelares incidentais, entende Vicente Filho de forma diversa. Como não são sentenças, poderiam ser cumpridas por meio de Carta Rogatória, como atos emanados de tribunais estrangeiros, podendo os interessados impugnar seu cumprimento por meio de embargos. Já no caso as sentenças proferidas em processo cautelar seriam homologáveis por alcançarem a coisa julgada formal. [19]

Além das sentenças civis, devem ser homologadas as sentenças penais que devem produzir, no Brasil, efeitos civis, como a reparação do dano[20], conforme o art. 790 do CPP.[21]

Em relações aos títulos extrajudiciais, há expressa previsão do CPC[22] no sentido de ser desnecessária a homologação.[23] Como não são fruto do exercício do poder jurisdicional, não são considerados sentença estrangeira.[24]

Também não se sujeitam à homologação as decisões proferidas por tribunais internacionais. Sua eficácia e cumprimento possuem um regime próprio, geralmente previsto pelo tratado que os instituiu. Como a norma é integrante do direito internacional, a sentença já faria parte do sistema jurídico, não sendo, portanto, considerada estrangeira.[25] Nesse sentido, já se manifestou o STJ:

“IV - De se considerar, ademais, que a Corte Internacional não profere decisão que se subsuma ao conceito de "sentença estrangeira", visto que é órgão supranacional. A propósito, relevo o documento expedido pela Corte Internacional de Justiça, em 24 de outubro de 2007, juntado pelo requerente, às fls. 323, em que se esclarece: "a CPIJ, assim como a Corte Internacional de Justiça, não são cortes ou tribunais estrangeiros, cujos julgamentos não são decisões judiciais ou sentenças estrangeiras que requeiram qualquer tipo de exequator ou homologação".

V - Em conclusão, não há sentença estrangeira stricto sensu a ser homologada e, tampouco, é legítima a empresa Gespart Comércio Participações Ltda. para solicitar tal homologação a qual, enfim, afrontaria a soberania nacional.”[26]

4.A questão os laudos arbitrais

Interessante questão é a possibilidade de homologação de decisões proferidas por juízos arbitrais. Antes da vigência da Lei 9.0307/96, era necessária, no Brasil, a homologação dos laudos arbitrais nacionais para poder executá-los. Com a entrada em vigor desse diploma legal, o procedimento arbitral foi simplificado, atribuindo-se eficácia ao próprio laudo arbitral, o qual passou a gozar de força de título executivo.[27]

Antes da vigência da lei, entendia o STF que somente era possível homologar um laudo arbitral^[28] se ele houvesse sido homologado pelo Poder Judiciário do país de origem.^[29] Adotava-se, portanto o sistema da dupla homologação dos laudos arbitrais.^[30] Sobre o ponto, sustentam Roberto Rosas e Paulo Cezar Aragão:

“A esse respeito se tem entendido, na trilha de Chiovenda, que a instituição do juízo arbitral representaria basicamente um contrato e que, como tal, ao lado dele resultante, de per si, só caberia aplicar as normas próprias aos contratos estrangeiros e nunca às sentenças propriamente ditas, o que só poderia suceder através da judicialização do laudo.”^[31]

Tal entendimento era criticado por parcela da doutrina, pois nem todas as legislações alienígenas exigiam a homologação do lado arbitral para conferir-lhe a eficácia de uma decisão judicial. Nesse sentido, lecionava Pontes de Miranda:

“Sempre nos pareceu, pois, que cabia distinguir: se, no Estado estrangeiro, só mediante homologação judicial se assimila o laudo a uma sentença, esse requisito era indispensável, porque sem ele não existia ato de eficácia ao sentencial; se, porém, o Estado estrangeiro atribui tal eficácia ao laudo, independentemente de homologação, não havia como subordinar a esta o reconhecimento da eficácia do laudo no território nacional.”^[32]

Com a entrada em vigor da Lei 9.307/96, passou o STF a entender ser possível a homologação de laudos arbitrais independentemente da homologação pelo Poder Judiciário do país de origem, com base no art. 35 dessa lei.^[33] Todavia, esse entendimento também é criticado por parcela da doutrina, a qual defende que:

“A despeito do ‘unicamente’ que se lê no art. 35, permanece cabível, ao nosso ver, a distinção entre as hipóteses em que o ordenamento do Estado de origem subordina a eficácia da decisão à homologação judicial e aquelas em que não a subordina.(...) Não é possível atribuir à decisão arbitral, no Brasil, efeito que ela não tenha (ou ainda não tenha) no Estado de origem.”^[34]

Essa posição, nas hipóteses nas quais o laudo arbitral estrangeiro não goza, no país onde foi elaborado, de força executiva acaba por permitir que ele produza no Brasil mais efeitos do que no país de origem, o que parece incompatível com o instituto da homologação, o qual tem como finalidade permitir que a sentença estrangeira produza no Brasil os efeitos que já produzia no país de origem. [\[35\]](#)

5.BIBLIOGRAFIA

ARAUJO, Nadia, **Direito Internacional Privado – Teoria e Prática Brasileira**, Renovar, 2006.

BARBI, Celso Agrícola, **Comentários ao Código de Processo Civil**, V.I, 6ª edição, 1991, Forense.

BUZAID, Alfredo, **Do Agravo de Petição no Sistema do Código de Processo Civil**, 1956, Saraiva.

CÂMARA, Alexandre Freitas, **Lições de Direito Processual Civil**, V.I, 14 edição, 2006, Lumen Juris.

DINAMARCO, Cândido Rangel, **Instituições de Direito Processual Civil** V.I, 6ª edição, 2009, Malheiros.

DINAMARCO, Cândido Rangel, **Instituições de Direito Processual Civil**, V.II, 6ª edição, 2009, Malheiros.

DOLINGER, Jacob, **Direito Internacional Privado - Parte Geral**, 9ª edição, 2008, Renovar.

FILHO, Vicente Greco, **Homologação de sentença estrangeira**, 1978, Saraiva.

FRIEDE, Reis, **Comentários ao Código de Processo Civil**, 1998, Forense Universitária.

GRUENBAUM, Daniel, **A Falência Decretada no Exterior como Fato no Brasil**, *Revista Semestral de Direito Empresarial*, v. 9 (2012), p. 127-158.

GRUENBAUM, Daniel, **O reconhecimento e a extensão da autoridade da sentença estrangeira**, 2009, Universidade de São Paulo, São Paulo.

LOPES, Serpa, **Comentários à Lei de Introdução ao Código Civil**, V.II, Freitas Bastos, 1959.

MIRANDA, Pontes Francisco Cavalcanti de, **Comentários ao Código de Processo Civil, Tomo VI**, 1975, Forense.

MOREIRA, José Carlos Barbosa, **Comentários ao Código de Processo Civil**, Vol. V, 12ª edição, 2006, Forense.

MOREIRA, José Carlos Barbosa, **O Novo Processo Civil Brasileiro**, 28ª edição, 2010, Forense.

MOREIRA, José Carlos Barbosa, **Problemas e Soluções em Matéria de Reconhecimento e Execução de Sentenças e Laudos Arbitrais Estrangeiros**, in **Temas de Direito Processual: quarta série**, São Paulo, Saraiva, 1989.

MOREIRA, José Carlos Barbosa, **Relação entre processos instaurados, sobre a mesma lide civil, no Brasil e em país estrangeiro**, in: **Revista de Processo**, V.8, 1977.

PINHO, Humberto Dalla Bernadina de, **Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo**, 2ª edição, 2009, Lumen Iuris.

RODRIGUES, Silvio, **Direito Civil, Parte Geral**, 34ª edição, 2006, Saraiva.

ROSAS, Roberto e Paulo Cezar Aragão, **Comentários ao Código de Processo Civil**, Vol. V, 2ª edição, 1988, Revista dos Tribunais.

SILVA, Ovídio A. Baptista da, **Comentários ao Código de Processo Civil**, V.1, 2000, Revista dos Tribunais.

THEODORO JÚNIOR, Humberto, **Curso de Direito Processual Civil**, V.1, 43ª edição, 2005, Forense.

TIBURCIO, Carmen, **Temas de Direito Internacional**, 2006, Renovar.

VALLADÃO, Haroldo, **Estudos de Direito Internacional Privado**, Rio de Janeiro, 1942.

NOTAS:

[1] ROSAS, Roberto e ARAGÃO, Paulo Cezar, **Comentários ao Código de Processo Civil**, Vol. V, 2ª edição, 1988 Revista dos Tribunais, p. 160.

[2] DOLINGER, Jacob, **Direito Internacional Privado - Parte Geral**, 9ª edição, 2008, Renovar, p. 380.

[3] Por todos: MOREIRA, José Carlos Barbosa, **Comentários ao Código de Processo Civil**, Vol. V, 12ª edição, 2006, Forense, p.64-65 e ROSAS, Roberto e ARAGÃO, Paulo Cezar, **Comentários ao Código de Processo Civil**, Vol. V, 2ª edição, 1988 Revista dos Tribunais, p. 160-161.

[4] Nesse sentido, o art.4º, §1º, da Resolução 09 do STJ prevê a homologação de provimentos não-judiciais que, pela lei brasileira, teriam natureza de sentença.

[5] MIRANDA, Pontes de, **Comentários ao Código de Processo Civil, Tomo VI**, 1975, Forense, p. 363.

[6] GRUENBAUM, Daniel, **O reconhecimento e a extensão da autoridade da sentença estrangeira**, 2009, Universidade de São Paulo, São Paulo, p.60.

[7] GRUENBAUM, Daniel, **O reconhecimento e a extensão da autoridade da sentença estrangeira**, 2009, Universidade de São Paulo, São Paulo, p.60-62 e 72-74.

[8] Embora cada vez menos frequentes, alguns sistemas jurídicos permitem a adoção por meio de contrato ou, por meio de escritura pública. Nesse caso, a adoção não se qualifica como uma sentença estrangeira, mas sim como um ato privado, o qual dispensa o processo de homologação.

[9] GRUENBAUM, Daniel, **O reconhecimento e a extensão da autoridade da sentença estrangeira**, 2009, Universidade de São Paulo, São Paulo, p.62.

[10] TIBURCIO, Carmen, **Temas de Direito Internacional**, 2006, Renovar, p.494.

[11] O art.5º da Resolução 09 do STJ menciona “autoridade estrangeira”, expressão mais ampla do que a empregada pelo art. 15 da LINDB..

[12] FILHO, Vicente Greco, **Homologação de sentença estrangeira**, 1978, Saraiva, p.126.

[13] TIBURCIO, Carmen, **Temas de Direito Internacional**, 2006, Renovar, p.495.

[14] STF, S.E. 1282, Rel. Min. Mario Guimarães, D.J. 30/05/1952

[15] STJ, 4403, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe 14/10/2011

[16] MOREIRA, José Carlos Barbosa, **Comentários ao Código de Processo Civil**, Vol. V, 12ª edição, 2006, Forense, p.67.

[17] Idem, p.67.

[18] ROSAS, Roberto e ARAGÃO, Paulo Cezar, **Comentários ao Código de Processo Civil**, Vol. V, 2ª edição, 1988 Revista dos Tribunais, p. 170-173.

[19] FILHO, Vicente Greco, **Homologação de sentença estrangeira**, 1978, Saraiva, p.128.

[20] MOREIRA, José Carlos Barbosa, **Comentários ao Código de Processo Civil**, Vol. V, 12ª edição, 2006, Forense, p.66. No mesmo sentido, ROSAS, Roberto e ARAGÃO, Paulo Cezar, **Comentários ao Código de Processo Civil**, Vol. V, 2ª edição, 1988 Revista dos Tribunais, p. 169-170.

[21] CPP, art. 790: O interessado na execução da sentença penal estrangeira, para a reparação do dano, restituição e outros efeitos civis, poderá requerer ao Supremo Tribunal Federal a sua homologação, observando-se o que a respeito prescreve o Código de Processo Civil.

[22] CPC, art. 784, §2º: Não dependem de homologação pelo Supremo Tribunal Federal, para serem executados, os títulos executivos extrajudiciais, oriundos de país estrangeiro. O título, para ter eficácia executiva, há de satisfazer aos requisitos de formação exigidos pela lei do lugar de sua celebração e indicar o Brasil como o lugar de cumprimento da obrigação.

[23] Esse entendimento foi adotado pelo STF na Rcl 1908 AgR, Rel .Min. CELSO DE MELLO, Pleno, DJ 03-12-2004:

“RECLAMAÇÃO - TÍTULOS DE CRÉDITO CONSTITUÍDOS NO EXTERIOR - PRETENDIDA HOMOLOGAÇÃO, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, COM O OBJETIVO DE OUTORGAR-LHES EFICÁCIA EXECUTIVA - INADMISSIBILIDADE - INAPLICABILIDADE DO ART. 102, I, "H" DA CONSTITUIÇÃO - CONSEQÜENTE INOCORRÊNCIA DE USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - DESCABIMENTO DA RECLAMAÇÃO - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. - Os títulos de crédito constituídos em país estrangeiro, para serem executados no Brasil (CPC, art. 585, § 2º), não dependem de homologação pelo Supremo Tribunal Federal. A eficácia

executiva que lhes é inerente não se subordina ao juízo de delibação a que se refere o art. 102, I, "h", da Constituição, que incide, unicamente, sobre "sentenças estrangeiras", cuja noção conceitual não compreende, não abrange e não se estende aos títulos de crédito, ainda que sacados ou constituídos no exterior. Doutrina. Precedentes."

[24] GRUENBAUM, Daniel, **O reconhecimento e a extensão da autoridade da sentença estrangeira**, 2009, Universidade de São Paulo, São Paulo, p.79-80.

[25] Idem, p.89-90.

[26] STJ, SEC 2.707/NL, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, Corte Especial, DJe 19/02/2009

[27] Lei 9.307/96, art. 31: A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo.

[28] O art. 34, parágrafo único, da Lei 9.307/96 adota o critério territorial para classificar com estrangeiro um laudo arbitral: Considera-se sentença arbitral estrangeira a que tenha sido proferida fora do território nacional.

[29] Veja-se a SEC 4724, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Pleno, DJ 19.12.1994:

"Sentença estrangeira: inadmissibilidade de homologação, no Brasil, de laudo arbitral, não chancelado, na origem, por autoridade judiciária ou órgão público equivalente: precedentes: reafirmação da jurisprudência. 1. E da jurisprudência firme do STF que "sentença estrangeira", susceptível de homologação no Brasil, não é o laudo do juízo arbitral ao qual, alhures, se tenham submetido as partes, mas, sim, a decisão do tribunal judiciário ou órgão público equivalente que, no Estado de origem, o tenham chancelado, mediante processo no qual regularmente citada a parte contra quem se pretenda, no foro brasileiro, tornar executível o julgado (cf. SE 1.982 - USA, Plen., 3.6.70, Thompson, RTJ 54/714; SE 2.006, Plen., 18.11.71, Inglaterra, Trigueiro, RTJ 60/28; SE 2.178, Alemanha, sentença, 30.6.79, Neder, RTJ 91/48; SE 2.476, Plen., 9.4.80, Inglaterra, Neder, RTJ 95/23; SE 2.766, Inglaterra, 1.7.83, SE 2.768, Franca, sentença 19.1.81, Neder, DJ 9.3.81; SE 3.236, Franca, Plen., 10.5.84, Buzaid, RTJ 111/157; SE 3.707, Inglaterra, Plen., 21.9.88, Neri, RTJ 137/132). 2. O que, para a ordem jurídica pátria, constitua ou não sentença estrangeira, como tal homologável no "forum", e questão de direito brasileiro, cuja solução independe do valor e da eficácia que o ordenamento do Estado de origem atribua a decisão questionada."

[30] ARAUJO, Nadia, **Direito Internacional Privado – Teoria e Prática Brasileira**, Renovar, 2006. p. 313.

[31] ROSAS, Roberto e ARAGÃO, Paulo Cezar, **Comentários ao Código de Processo Civil**, Vol. V, 2ª edição, 1988 Revista dos Tribunais, p. 164.

[32] Pontes de Miranda, **Comentários ao Código de Processo Civil, Tomo VI**, 1975, Forense, p. 480.

[33] Lei 9.307/96, art. 35: Para ser reconhecida ou executada no Brasil, a sentença arbitral estrangeira está sujeita, unicamente, à homologação do Supremo Tribunal Federal.

[34] José Carlos Barbosa Moreira, **Comentários ao Código de Processo Civil**, Vol. V, 12ª edição, 2006, Forense, p. 73.

[35] Roberto Rosas e Paulo Cezar Aragão, **Comentários ao Código de Processo Civil**, Vol. V, 2ª edição, 1988 Revista dos Tribunais, p. 215.

LIMITES AOS MEIOS DE PRODUÇÃO DE PROVA: A AÇÃO CONTROLADA COMO MEIO DE PRODUÇÃO DE PROVA

ALTAMIRO MODESTO DA SILVA FILHO: Agente de Polícia Federal. Bacharel em Direito pela Faculdade Estácio de Sá. Possui mais de 12 anos de experiência profissional na área de fiscalização, controle e estudo da legislação especial de segurança privada.

SUMÁRIO: 1.Introdução. 2 Princípios Universais. 3 Processo e Princípios Processuais. 4 Conceito de Prova. 5 A Ação Controlada como meio de obtenção de Prova. 5.1 A Ação Controlada na Operação Carga Pesada. 5.2 A Ação Controlada na Operação Titanic. 6 A Reforma da Lei 12.850, de 02 de Agosto de 2013. 7 Conclusão. 8 Referências.

1.Introdução

A modernidade tem trazido a lume o amadurecimento e aperfeiçoamento dos métodos de investigação criminal, em decorrência do surgimento e crescimento de verdadeiras organizações criminosas em nossa sociedade, as quais, por seus vários e escusos métodos de cometimento do delito, trazem grandes dificuldades para a persecução criminal e para o cumprimento da legislação penal.

Ao iniciarmos os estudos sobre as últimas inovações legislativas no Brasil que tratam da conceituação e definição das organizações criminosas, e, ainda, sobre possíveis métodos de investigação policial para o combate a tais organizações por parte do Estado, vemos que, apesar da tentativa do Estado em dar uma efetiva resposta à sociedade, as novas leis ainda carecem de aperfeiçoamento, assim como as instituições também carecem de aperfeiçoamento dos meios legais para a investigação e combate ao crime organizado.

Neste trabalho, aprofundaremos o estudo das leis brasileiras que dispuseram e que atualmente dispõe sobre a repressão ao crime organizado (leis 9.034/1995 e 12.850/2013), bem como sobre a doutrina atualizada que discorre sobre a legislação e meios de investigação e produção da prova, em especial a Ação Controlada como um dos principais meios de produção de prova utilizados no combate ao crime organizado.

Analisaremos ainda alguns dos principais princípios penais da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) e da Declaração Universal dos Direitos do Homem, os quais devem ser aplicados à legislação penal brasileira, tanto na fase de produção das leis penais e processuais penais, quanto na sua interpretação e aplicação.

Através da pesquisa tentaremos demonstrar se a Ação Controlada é ou não compatível com os princípios constitucionais e supralegais estabelecidos pelas Convenções Internacionais e pela Constituição Federal, bem como se a legislação atual é ou não compatível com o Estado Democrático de Direito.

1. Princípios Universais

A Declaração Universal de Direitos Humanos foi adotada e proclamada pela Assembléia das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, e assinada pelo Brasil na mesma data^[1].

Esse documento surgiu como base para a luta contra a discriminação, contra a desigualdade e contra os atos que pudessem ferir a dignidade das pessoas, como atos decorrentes da primeira e segunda Guerra Mundiais que violaram vários direitos humanos, e para que diversas Nações do mundo passassem a estabelecer leis visando o respeito às liberdades e garantias fundamentais de cada indivíduo.

Dentre os princípios fundamentais instituídos pela Declaração, podemos extrair os seguintes princípios penais aplicáveis ao instituto da Ação Controlada:

1- Princípio da Igualdade, que foi inserido tanto pelo preâmbulo da Carta quanto em seus arts. 1º e 7º.

2- Princípio da imparcialidade, pelo qual a pessoa somente deverá ser julgada por um tribunal competente e com imparcialidade da autoridade judiciária, sendo vedado, então, a existência de tribunal de exceção (art. 10).

3- Princípio da Presunção de Inocência, pelo qual a pessoa somente poderia ser considerada culpada após sua culpabilidade ser provada de acordo com a Lei (art. 11).

4- Princípio da Ampla Defesa e do contraditório, pelo qual o acusado deve ter assegurado a ele todas as garantias necessárias a sua defesa (art. 11).

5- Princípio da Legalidade, devendo haver prévia previsão legal de que o ato praticado pelo indivíduo deva ser considerado um delito, bem como deve haver prévia previsão da pena aplicável ao delito (art. 11.2).

Assim como ocorreu na Declaração Universal dos Direitos Humanos, vários princípios penais foram, também, enumerados e adotados pela Convenção Americana de Direitos Humanos e pela Constituição Federal de 1988, em especial os direitos fundamentais e garantias individuais instituídas pelo art. 5º, da Constituição Federal brasileira.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em 22 de novembro de 1969, baseia-se na Declaração Universal dos Direitos Humanos, foi ratificada e incorporada no sistema jurídico brasileiro através do Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992.

É importante ressaltar que, de acordo com a jurisprudência da Suprema Corte brasileira, a Convenção Americana de Direitos Humanos possui status supralegal, conforme entendimento adotado após julgamento do RE nº 466.343-STF^[2]. Em seu voto no RE 466.343, o Exmo. Ministro Gilmar Mendes esclareceu que *“as legislações mais avançadas em matéria de direitos humanos proíbem expressamente qualquer tipo de prisão civil decorrente do descumprimento de obrigações contratuais”*, isto é, em respeito aos direitos humanos estatuídos desde a Declaração dos Direitos Humanos vários Países passaram a construir leis que respektassem a dignidade da pessoa humana e seus direitos individuais.

A questão mais importante e que foi amplamente debatida no voto do Exmo. Ministro Gilmar Mendes e demais Ministros do STF e que possui forte ligação com a Ação Controlada é a relação hierárquico-normativa dos Tratados Internacionais, nossas leis infraconstitucionais e a Constituição brasileira, principalmente dos Tratados que versem sobre Direitos Humanos. Essa é a questão chave para uma análise da legalidade ou não do instituto da Ação Controlada como está preconizada na atual Lei nº 12.850/2013.

Como cita expressamente o art. 5º, §2, da Constituição Federal, os direitos e garantias individuais não excluem os direitos decorrentes de Tratados de Direitos Humanos de que o Brasil se torne parte. Assim, por força da permissão constitucional, novos direitos e garantias individuais teriam força de norma constitucional ao serem incorporados em nosso ordenamento jurídico, desde que observados os requisitos previstos no art. 5º, §3º, da Constituição Federal, com a redação dada pela Emenda Constitucional 45/2004, conhecida como Emenda da Reforma do Judiciário. Como o Pacto de São José da Costa Rica foi incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro antes de tal redação constitucional da Emenda 45/2004, os Ministros do STF acompanharam o voto do Exmo. Ministro Gilmar Mendes e atribuíram ao Pacto de São José da Costa Rica o status de norma supralegal, ou seja, acima das leis infraconstitucionais e abaixo da Constituição Federal.

Dessa forma, dispositivos legais previstos nos atuais códigos penais e processuais penais, bem como em legislações penais especiais, como a Lei nº 12.850/13, não podem colidir com os direitos e princípios estabelecidos pela norma supralegal.

Dentre os principais direitos e princípios, podemos extrair da Convenção Interamericana de Direitos Humanos os seguintes princípios, aplicáveis ao instituto da Ação Controlada:

1- Princípio da legalidade, contido expressamente no art. 5º, XXXIV, da C.F., e incorporado na Convenção em seu art. 7º, item 2.

2- Princípio da ampla defesa e contraditório, devendo o Estado e a lei infraconstitucional permitir à defesa a inquirição de testemunhas, de ter o tempo mínimo e meios adequados para a preparação de sua defesa.

Os princípios considerados universais da legalidade, da ampla defesa, do contraditório, da imparcialidade, são princípios que devem reger todo o ordenamento jurídico brasileiro a partir da Carta Magna de 1988 e da ratificação do Pacto de São José da Costa Rica, e, por isso, desde a edição da Lei nº 12.850/13 deveria ter sido elencado critérios mais objetivos e rigorosos para a autorização da Ação Controlada em uma determinada investigação criminal, de forma contrária ao subjetivismo e discricionariedade judicial, bem como meios que

permitissem ao investigado a sua ampla defesa e o contraditório, ou seja, deveria conter critérios legais, em respeito ao princípio da legalidade, que permitissem ao investigado o tempo mínimo e os meios adequados para a preparação de sua defesa, ainda que de forma diferida, pois a Lei nº 12.850/2013 é norma hierarquicamente inferior à Convenção Americana de Direitos Humanos.

3 Processo e Princípios Processuais

Com os avanços sociais e a modernidade, o Processo deve, conforme lecionado pelo Prof. Rosemiro Pereira Leal:

“garantir a todos indistintamente provimentos jurisdicionais que, passíveis de controle pelo Processo, não estejam centrados na pretoriana subjetividade dos julgadores ou no corporativismo do Judiciário, na autocracia do Estado ou no interesse dos agrupamentos hegemônicos”. (Teoria Geral do Processo, 2014, p. 17).

O Processo surgiu em tempos atuais com a conquista histórico-teórica das garantias e direitos fundamentais constitucionalizados, ainda que de forma debilitada pelo desequilíbrio jurídico e sócio-econômico das camadas sociais (LEAL, 2014, P. 22).

Os princípios constitucionais e garantias fundamentais do indivíduo devem nortear todo o processo, pois a sociedade contemporânea não aceita mais o subjetivismo e a discricionariedade do julgador no exercício da jurisdição.

Dentre as teorias do processo, uma das mais importantes que merece ressalva é a Teoria de Processo como Procedimento em Contraditório de Fazzalari, que entende o contraditório como *“posição de simétrica paridade entre os possíveis afetados pelo provimento final, ou seja, a construção participada da decisão”* (BARROS; MACHADO, 2011, p. 21).

Os princípios constitucionais do contraditório, da isonomia ou igualdade e da ampla defesa e devem permear todo o processo, em absoluto respeito ao modelo de processo constitucionalizado.

Podemos definir o contraditório como sendo o direito fundamental das partes em poder ter a garantia de uma efetiva participação no processo, em simétrica paridade, não bastando apenas dizer ou contradizer, mas de ter acesso a todas as provas produzidas no processo e poder participar efetivamente da construção e análise das provas em um espaço procedimentalizado, as quais servirão de base para a decisão que afetará todos os envolvidos no processo. Como prevê a Declaração Universal de Direitos Humanos em seu art. 11 e o Pacto de São José da Costa Rica, o acusado em geral deve ter o tempo mínimo necessário e a garantia dos meios necessários para preparação de sua defesa.

Citando a Teoria de Fazzalari como um importante papel na democratização do processo penal, o Prof. Aury Lopes Jr. leciona que:

A sentença, como provimento final, deve ser construída em contraditório e por ele legitimada. Não mais concebida como (simples) ato de poder e dever, a decisão deve brotar do contraditório real, da efetiva e igualitária participação das partes no processo (LOPES JR, 2014, P. 84).

O Processo deve ser visto como uma garantia do indivíduo, pois, “*tomando como base a noção de processo como garantia, o contraditório deve ser compreendido como o espaço procedimentalizado para garantia da participação dos afetados na construção do provimento*” (BARROS; MACHADO, 2011, p.23).

Atualmente a Ação Controlada não permite à parte investigada o amplo acesso e nem a participação na produção de provas que servirão para a construção da decisão final, ainda que de forma diferida, pois não há simétrica paridade entre as partes e muito menos acesso às informações produzidas durante as investigações que estiveram com sigilo judicial decretado.

A garantia de participação mediante um procedimento penal constitucionalizado deve ocorrer também segundo o princípio constitucional da Isonomia (ou da Igualdade), ou seja, deve haver um equilíbrio de forças e igual tratamento entre as partes do processo, para que aqueles que serão afetados pela decisão final tenham tido todos os meios adequados e necessários para a defesa de seus interesses e igual oportunidade de participação no procedimento.

Nesse sentido, Cintra, Grinover e Dinamarco disciplinam que: *“As partes e os procuradores devem merecer tratamento igualitário, para que tenham as mesmas oportunidades de fazer valer em juízo as suas razões”* (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2014, P. 72).

A ampla defesa significa a garantia constitucional de que as partes podem e devem atuar no processo em simétrica paridade e com todos os meios legais disponíveis, devendo a jurisdição promover a construção participada e igualitária das partes na construção de todo o processo e de produção de provas, em um amplo debate, de forma a construir de forma participada o provimento final.

A ampla defesa pode subdividir-se em autodefesa e em defesa técnica. Ambas são consideradas indispensáveis no processo penal, mas apenas a autodefesa *“é um direito disponível pelo réu, que pode optar pelo direito ao silêncio”* (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2014, P. 75).

A defesa técnica deve ser exercida pelo profissional com conhecimentos do Direito, sendo, no Brasil, o Advogado de Defesa devidamente inscrito nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil.

Nesse sentido, conforme disciplinado por Aury Lopes Jr.:

“a defesa técnica é uma exigência da sociedade, porque o imputado pode, a seu critério, defender-se pouco ou mesmo não se defender, mas isso não exclui o interesse da coletividade de uma verificação negativa no caso do delito não constituir uma fonte de responsabilidade penal” (LOPES JR, 2014, P. 225).

Outro importante princípio processual que deve permear o processo é o da fundamentação das decisões judiciais. Essa fundamentação, prevista no art. 93, inciso IX, da C.F., não pode ser simplesmente um produto do Juiz, mas sim *“produto de um esforço reconstutivo do caso concreto pelas partes afetadas”* (BARROS; MACHADO, 2011, P. 23). Por isso é que *“a fundamentação da decisão é indissociável do contraditório”*, pois a participação somente será garantida de forma efetiva no processo se a *“decisão apresentar em sua fundamentação a argumentação dos respectivos afetados”* (BARROS; MACHADO,

2011, P. 23). Não basta apenas citar a argumentação das partes, mas, sim, analisar de forma séria e concreta cada argumentação trazida pelas partes no processo.

Além dos princípios processuais citados, deve ser ressaltado o princípio da imparcialidade, pois a imparcialidade também deve reger todo o procedimento penal. Segundo Flaviane Barros e Machado:

“a imparcialidade se garante pelo afastamento das hipóteses de impedimento e suspeição, bem como, e principalmente, pela exigência do esforço argumentativo das partes, que será a base para se construir a decisão presente na fundamentação”(BARROS; MACHADO, 2011, P. 23).

Pelo princípio da imparcialidade, o Juiz não pode ter vínculos objetivos com a causa ou com as partes, devendo colocar-se como terceiro imparcial (BARROS; MACHADO, 2011, p. 25).

Nesse sentido, o Prof. Aury Lopes Jr. acentua que:

“a gestão da prova deve estar nas mãos das partes (mais especificamente, a carga probatória está inteiramente nas mãos do acusador), assegurando-se que o juiz não terá iniciativa probatória, mantendo-se assim suprapartes e preservando sua imparcialidade (LOPES JR., 2014, P. 214).

Os princípios da imparcialidade, do contraditório, da isonomia ou igualdade, da ampla defesa, são indissociáveis, pois, *“quando uma decisão judicial permite uma abertura para a discricionariedade e para o subjetivismo do juiz afeta-se não só o contraditório, a fundamentação da decisão, mas a imparcialidade do juiz”* (BARROS; MACHADO, 2011, p. 26).

Na garantia de um processo democrático e com a observância e a aplicação de todos os principais princípios processuais elencados neste trabalho, merece ser ressaltado o entendimento do Prof. Rosemiro Pereira Leal, o qual leciona que:

“o Processo não pode ser um instrumento da jurisdição, como afirmam Cintra, Grinover e Dinamarco, de que a “a jurisdição se exerce através do processo”, mas, ao contrário da jurisdição, o Processo define-se hoje em garantias principiológicas pela reserva legal de direitos antecipadamente assegurados nas Leis Fundamentais” (LEAL, 2014, p.23).

Para ele (Leal), a jurisdição deve estar subordinada ao dever de julgar e decidir segundo os princípios fundamentais do Processo, e não segundo o arbítrio do julgador.

A importância da legislação especial penal que regula a Ação Controlada não pode admitir o arbítrio do julgador e muito menos a iniciativa probatória ou iniciativa judicial de determinar atos investigatórios. Não pode haver folga de conduta subjetiva ou flexibilização de vontade, seja pelo arbítrio ou discricionariedade no exercício da função jurisdicional, pois se houver há a quebra da garantia constitucional da simétrica paridade dos sujeitos do processo (LEAL, 2014, p. 23).

4 Conceito de Prova

A prova é *“o instrumento por meio do qual se forma a convicção do juiz a respeito da ocorrência ou inoocorrência dos fatos controvertidos no processo”* (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 2014, P. 402).

A doutrina de Eugênio Pacelli estabelece o conceito de prova como uma teoria geral da prova. Segundo o autor: *“a prova judiciária tem um objetivo claramente definido: a reconstrução dos fatos investigados no processo, buscando a maior coincidência possível com a realidade histórica, isto é, com a verdade dos fatos”* (PACELLI, 2014, P.239). Para o autor, quaisquer que forem os meios ou métodos de prova adotados para se aproximar o possível da realidade dos fatos investigados, eles possuem um limite previamente definido pela Constituição Federal, que é o respeito aos direitos e às garantias individuais (PACELLI, 2014, P. 329).

Conforme leciona o Prof. Aury Lopes, a prova “é erigida a espinha dorsal do processo penal, estruturando e fundando o sistema a partir de dois princípios informadores: Princípio dispositivo e Princípio inquisitivo” (LOPES JR., 2014, P. 553). Segundo o autor, o princípio dispositivo funda o sistema acusatório e coloca a gestão da prova nas mãos das partes, e o princípio inquisitivo coloca a gestão da prova nas mãos do julgador (LOPES JR., 2014, P. 554).

A gestão da prova é o que determina se o sistema processual penal adotado no Brasil é o modelo acusatório ou modelo inquisitório. Apesar do art. 129, I, da C.F., estabelecer que cabe ao Ministério Público promover a ação penal pública, vemos que a legislação penal diverge da norma constitucional ao permitir a iniciativa probatória ao Juiz enquanto órgão julgador e não permitir às partes, em especial a defesa, a produção de provas que sejam do interesse da defesa.

Podemos afirmar com base na atual legislação penal adotou o princípio inquisitivo em razão da gestão da prova não estar nas mãos das partes, pois, conforme prevê expressamente o art. 156, do CPP, é dada iniciativa probatória ao Juiz, e, conforme prevê a Lei nº 12.850/2013 é permitida a produção de provas durante a Ação Controlada somente ao Ministério Público e ao Órgão Policial encarregado da investigação. Mesmo que de forma diferida, não é permitida à defesa a produção de provas nos mesmos moldes que é permitida à acusação, contrariando a paridade de armas no processo e os princípios da isonomia e da ampla defesa.

Haverá sempre uma disparidade de armas caso o Juiz e a Acusação passe a promover e a determinar a realização de meios de prova, como está permitido pela atual lei que regula a Ação Controlada, sem a igual oportunidade de produção de provas que deveria ser destinada à defesa, em simétrica paridade.

Desta forma, os princípios processuais penais também são aplicáveis quando definimos a Prova no processo penal e, como vimos, não são plenamente aplicados na Lei 12.850/2013.

5 A Ação Controlada como Meio de Obtenção de Prova

A Ação Controlada está definida, atualmente, pela Lei nº 12.850, de 02 de agosto de 2013[3]. Conforme prevê seu art. 3º, inciso III, a ação controlada é um

meio de obtenção de prova, assim como a colaboração premiada, interceptação telefônica, e outros meios.

Nesse sentido, os autores Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar disciplinam que os meios de produção de prova também podem ser chamados de “*meios de investigação de prova*” (TÁVORA; ALENCAR, 2016, P. 615).

Quanto a esses meios de investigação de prova há alguns considerados especiais, como a Ação Controlada, prevista na Lei 12.850/2013, art. 3º, letra “c”. Segundo os citados autores:

“Técnicas especiais de investigação: são instrumentos distintos daqueles tradicionais (prova documental ou oral), consistentes em estratégias que visam melhor apurar crimes graves, com a otimização dos resultados através de criatividade investigativa que funcione como meio de obtenção de prova. As técnicas especiais de investigação são caracterizadas por dois elementos: o sigilo e a dissimulação”. (TÁVORA; ALENCAR, 2016, P.615).

Marcelo Mendroni define a Ação Controlada como sendo uma medida cautelar que “*permita viabilizar a obtenção de indícios, elementos de provas em melhor qualidade e quantidade*” (MENDRONI, 2014, P. 70), especificamente para casos que envolvem criminalidade organizada, e “*pode ser deferida, naturalmente, sempre que houver fundada suspeita – assim fundamentada pelo requerente e pelo MP – da criminalidade organizada – ou a ela vinculada*” (MENDRONI, 2014, P. 70).

Além disso, a Ação Controlada somente pode ser aplicada com a observação e acompanhamento constante, para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz à formação de provas e obtenção de informações (art. 8º, caput, da Lei 12.850/13).

No interesse da persecução penal, há, mediante o controle judicial, o retardamento da ação policial de busca e prisão de envolvidos já identificados na investigação para que se possa obter novas provas e identificar novos envolvidos com os delitos cometidos pela organização criminosa, devendo o Ministério

Público ter “a palavra final acerca do momento ideal para que a medida se concretize” (MENDRONI, 2014, P. 70).

A nova lei determina em seu art. 8º, §1º, que “o retardamento da intervenção policial ou administrativa será previamente comunicado ao juiz competente que, se for o caso, estabelecerá os seus limites e comunicará ao MP”.

Na obra “Comentários à Lei de Combate ao Crime Organizado”, de Marcelo Mendroni, ele leciona que cabe ao Juiz interpretar se o pedido da Ação Controlada ultrapassa ou não os limites do aceitável, estipulando controles, tanto no aspecto temporal quanto no aspecto formal da ação, **fixando as medidas investigativas aplicáveis** (MENDRONI, 2014, P. 70).

Quanto ao ato de “fixar medidas investigativas aplicáveis” consideramos que o autor ultrapassou os limites da razoabilidade ao defender tal medida na Ação Controlada, pois o Juiz, em respeito ao princípio da imparcialidade e ao princípio acusatório nunca deveria tomar parte do processo como se fosse órgão acusador ou investigador, de forma a preservar a paridade de armas também durante a produção de provas na fase da Ação Controlada.

5.1 A Ação Controlada na Operação Carga Pesada

A Operação Carga Pesada teve início em meados de Janeiro do ano 2000, após ter sido constatado em diligências policiais a existência de um *modus operandi* bem diferente, em especial atos que visavam, dentre outros crimes, o crime de sonegação de tributos por meio de emissão de Notas Fiscais frias, caracterizando, em tese, crimes de sonegação fiscal, formação de quadrilha e crimes contra o sistema financeiro nacional.

As equipes de investigação detectaram que suspeitos buscavam a emissão de notas frias para acobertar crimes como o delito de roubo de cargas, de forma interestadual, dando início a uma nova investigação policial junto a Justiça Federal do Estado do Espírito Santo.

Posteriormente, ficou mais evidenciado que se tratava de uma organização criminosa, bem estruturada e com divisão de tarefas entre os vários membros do grupo.

A legislação que tratava de organização criminosa e era aplicável à época dos fatos era a Lei nº 9.034/95, antes de ser revogada pela atual lei nº 12.850/2013.

Conforme previa em seu art. 1º, a lei disciplinava os meios de prova e os meios investigatórios dos crimes praticados por quadrilha ou bando, organizações ou associações criminosas.

O art. 2º, II, da Lei 9.034/95 já previa a Ação Controlada como uma forma de retardar a ação policial, quando da apuração de crimes praticados por organizações criminosas.

Assim, com base em tal premissa, foi autorizada pelo Juízo Federal a adoção da Ação Controlada e a Interceptação Telefônica dos envolvidos para a apuração dos crimes de sonegação, de roubo de cargas e outros crimes conexos apurados pela investigação policial.

Durante todo o ano de 2000 foram realizadas várias interceptações telefônicas de diversos alvos, incluindo alvos dos Estados do Espírito Santo, São Paulo e Bahia, além de várias diligências de campana, gravação de imagens e outras medidas investigativas.

De todo modo, o bem jurídico principal e alvo da organização criminosa era o patrimônio (público ou privado), bens e mercadorias pertencentes a empresas e terceiros que eram objeto de furto e roubo pela organização criminosa, além dos crimes conexos.

Todas as diligências tinham como objetivo principal identificar os líderes da organização criminosa, o *modus operandi*, a rede de receptadores, a identificação e individualização da conduta criminosa praticada por cada integrante da organização.

Uma das maiores dificuldades da equipe de investigação foi identificar o *modus operandi* dos integrantes da organização, seu próprio vocabulário, como significado de expressões próprias de quem lida diariamente com veículos de carga, notas frias, caminhões e outros veículos.

Saber, por exemplo, se a carga roubada é “*dada*” ou “*tomada*”, o que significava “*1313*”, “*truck*”, o trabalho de “*formiguinha*” dado a aquele que era encarregado da distribuição em pequenos lotes de mercadorias roubadas a cada receptor, a identificação de cada depósito, quem eram os alvos principais, a utilização de empresa de fachada para emissão de Notas Fiscais frias para acobertar o trânsito das mercadorias roubadas, etc., tudo que demandava tempo de acompanhamento e investigação, algo somente possível pela aplicação da Ação Controlada.

O principal problema era que, como o delito envolvia organização criminosa armada, que também agia com violência e grave ameaça na prática do roubo de cargas era praticamente impossível prever a inocorrência de crime mais grave durante a investigação e o retardamento da ação policial, como um possível homicídio praticado por integrantes da organização criminosa.

Tal fato pode ser constatado pela interceptação telefônica de um dos investigados durante a operação, o qual era conhecido pelo apelido de “*Rildo*”, o qual gabou-se de ter matado e queimado com o uso de pneus um dos integrantes da quadrilha, fato que nunca pode ser comprovado posteriormente, pois tal “*Rildo*” não confirmou, logicamente, que praticara tal delito, sendo, provavelmente, uma forma de demonstrar aos líderes da organização que possuía a periculosidade necessária para permanecer na organização criminosa.

Este era um dos maiores erros da Lei 9.034/95, a qual não estabelecia quaisquer limites ou controles à ação controlada, havendo apenas prazos para o encerramento da instrução criminal, mas não da fase pré-processual da investigação policial.

A periculosidade dos agentes que integram organizações criminosas como a que foi identificada pela “*Operação Carga Pesada*” também foi constatada no Relatório Final da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito “*Roubo de Cargas*” 2000/2001/2002 (Congresso Nacional, 2003, págs. 427- 438).

5.2 A Ação Controlada na Operação Titanic

A Operação Titanic teve início em meados de Fevereiro de 2007, quando foi iniciada investigação preliminar de importação fraudulenta de Jet Ski e outros veículos aquáticos, registrados na Capitania dos Portos de Vitória/ES.

Após análise das diligências preliminares, constatou-se que, além de Jet Ski, os envolvidos atuavam na importação de veículos de alto luxo, como Ferrari, Lamborghini, e outros.

O principal alvo da investigação, Sr. Adriano Scopel, utilizava de sua empresa Tag Importação, criada no Estado de Rondônia, para a realização da operação de importação, pois possuía cerca de 85% de benefícios fiscais em operações aduaneiras realizadas por intermédio de sua empresa naquele Estado. Entretanto, toda a importação ocorria, na realidade, através do Porto de Vitória/ES.

O subfaturamento dos veículos de alto luxo teria causado um prejuízo de cerca de 7 (sete) milhões de Reais aos cofres públicos, somente no ano de 2007.

A Ação Controlada, aplicada por intermédio da Lei nº 9.034/95, teve que ser extremamente utilizada nas investigações em razão da complexidade do *modus operandi* da organização criminosa, pois esta utilizava de amplo conhecimento técnico na área de comércio internacional, despacho aduaneiro, envolvimento de agentes públicos, além dos benefícios fiscais no Estado de Rondônia, fatos que demandaram tempo e execução de várias diligências para apuração dos delitos, além do auxílio de equipes de investigação formada por Auditores da Receita Federal, mediante autorização judicial.

Em razão da complexidade dos atos delituosos praticados pela organização criminosa identificada na “Operação Titanic”, as investigações perduraram por todo o ano de 2007, vindo a execução e término da ação controlada somente em Abril de 2008, com a deflagração da operação e prisão de todos os envolvidos.

Consideramos de extrema importância a adoção da Ação Controlada em investigação de crimes de corrupção, contra o sistema tributário e financeiro nacional, em razão da ausência de periculosidade, de violência ou grave ameaça por parte dos integrantes da organização criminosa no cometimento dos delitos e

devido à alta complexidade do *modus operandi*, diferentemente do que ocorreu na “Operação Carga Pesada”.

Podemos ver claramente que, pela análise das investigações realizadas nas duas diferentes Operações Policiais a cargo da Polícia Federal, a “Operação Carga Pesada” e a “Operação Titanic”, a delimitação do objeto da investigação em relação aos crimes praticados é que deve ensejar uma maior ou menor restrição ao uso da Ação Controlada como meio de produção da prova.

Riscos inerentes e decorrentes da ação criminosa cometida por grupos armados deveriam ter a ação controlada concedida e aplicada de forma extremamente restrita, para tão somente identificar os líderes da organização e, assim, desencadear, desde logo, a ação policial, de modo a evitar maiores danos à sociedade em decorrência do retardamento da ação policial.

6 A Reforma da Lei nº 12.850, de 02 de Agosto de 2013.

Ao estudarmos a nova Lei nº 12.850/13, vimos que a Ação Controlada como meio de produção da prova não possui limitação legal, tendo sido deixado ao Estado-Juiz e ao órgão acusador a ampla discricionariedade de quais devem ser os limites que devem ser aplicados na ação controlada quando da investigação realizada pelos órgãos responsáveis pela repressão ao Crime Organizado.

Podemos constatar que a gestão da prova, assim como está definida pela lei, está mantida nas mãos da figura do Juiz-Investigador e em um procedimento penal mais que inquisitivo, que busca a verdade real em detrimento das garantias constitucionais da pessoa que é investigada, a qual fica à mercê do que pode ou não ser feito durante a Ação Controlada de acordo com a discricionariedade do Juiz e do Ministério Público.

Deve haver, na possível reforma da Lei que regula a Ação Controlada, um meio de estabelecer o direito e garantia à defesa de produção de provas, ainda que de forma diferida, em ampla e simétrica paridade e com os meios legais a ela disponíveis, de forma a garantir a eficácia dos princípios processuais da ampla defesa, do contraditório, da isonomia e da legalidade.

Em razão da clara diferença que há em cada bem jurídico tutelado e alvo das Operações *Carga Pesada* e *Titanic*, torna-se necessário que a Lei passe a fixar limites objetivos ao tempo de duração da autorização judicial relativa a Ação Controlada, de forma a considerar o fato de que as investigações preliminares são atos de Cognição Sumária, ou seja, não devem estar rodeadas de toda a produção de prova que deveria ser realizada sob o crivo do contraditório e da ampla defesa e na fase da instrução processual, não podendo a ação controlada estender-se por prazos intermináveis com o argumento de que é necessária a produção de provas robustas, pois na fase de Cognição Sumária bastaria a coleta de provas e dados suficientes para delimitar a autoria e a materialidade dos delitos praticados pela organização criminosa, bem como seus respectivos líderes.

Sem os limites a serem estabelecidos pela própria Lei, em respeito ao Princípio da Legalidade, possibilita-se o surgimento de argumentos de que a Ação Controlada pode ser deferida pelo simples argumento de que há “*fundada suspeita*” de que há o envolvimento de criminalidade organizada (MENDRONI, 2014, P. 70), e enquanto o Ministério Público entender necessário até dar a palavra final para o encerramento da medida.

Nossa Constituição Federal adotou, de acordo com o art. 129, I, o Sistema Acusatório, e, portanto, não poderia a nova Lei 12.850/13 instituir que, em relação ao deferimento da Ação Controlada, cabe ao Juiz fixar medidas investigativas (MENDRONI, 2014, P.70), como se fosse um Juiz-Investigador, em total ausência de simétrica paridade, pois ao Juiz compete a garantia dos direitos fundamentais, de forma a limitar abusos na investigação, e não assumir a função dos órgãos de investigação ou do órgão acusador, contrariando totalmente o princípio constitucional e supralegal da imparcialidade, imprescindível para o justo julgamento do procedimento penal, conforme prevê o princípio da imparcialidade instituído pelo art. 5º da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Nesse mesmo sentido, Eugênio Pacelli leciona que “*o juiz criminal não é e não pode ser considerado protagonista das operações...*” (PACELLI, 2014, P. 836), e, em consequência, não pode ser um Juiz-Investigador, e muito menos ter, o Juiz, iniciativa investigatória nos crimes praticados por organizações criminosas, pois, vale a pena repetir que o Juiz, ao autorizar a Ação Controlada, ou uma interceptação telefônica, deve agir de modo a proteger os direitos fundamentais e

as normas constitucionais (PACELLI, 2012, p. 139), bem como os princípios processuais aplicáveis, e não agir no interesse da persecução penal.

7 Conclusão

A moderna concepção do que é Processo como procedimento penal em contraditório ressalta que o processo deve atender o direito ao contraditório entre as partes, em simétrica paridade, considerando o processo como procedimento em ampla defesa e contraditório e como um direito e garantia constitucional impostergável do cidadão.

O processo penal não pode servir como um instrumento da jurisdição, com Juízes agindo como Guardiães da Lei e com objetivos de fazer justiça social em critérios não esclarecidos na Lei por supostas probidade e seriedade de operadores virtuosos do Direito.

Desde a elaboração legislativa da Lei nº 12.850/2013 até sua aplicação no Processo Penal deveria ter sido observado todos os princípios básicos que regem o processo constitucional, como o contraditório, a ampla defesa, o sistema acusatório, o princípio da legalidade, da isonomia e da imparcialidade.

É necessária a adequação da Lei nº 12.850/2013 ao sistema penal acusatório e aos citados princípios processuais, de modo a efetivar os direitos e garantias individuais previstos não só na nossa Constituição, mas também na Declaração Universal dos Direitos Humanos e na Convenção Americana de Direitos Humanos.

8 Referências

Revista do Ministério Público de Goiás. nº 16. outubro/dezembro de 2008. Goiânia: ESMP-GO, 1996. Disponível em: http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/10/docs/revista_do_mp_n_16.pdf. Consulta realizada em 30/04/2016.

DE ALMEIDA, Fernando Cezar Bourgoigne. **A Infiltração de Agentes e a Ação Controlada como formas de combate ao crime organizado**. Tese de Mestrado em Direito. PUC/SP. Ano 2010. Disponível

em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp140352.pdf>.
Consulta realizada em 28/04/2016.

MOTA, Luig Almeida. **A Ação Controlada como Instrumento Investigatório.** Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-acao-controlada-como-instrumento-investigatorio,42794.html>. Consulta realizada em 29/04/2016.

GOMES, Rodrigo Carneiro; SANTOS, Getulio Bezerra. **Ação Controlada é Instrumento eficaz contra o Crime Organizado.** Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2006-ago-27/acao-controlada-eficaz-crime-organizado>. Consulta realizada em 20/04/2016.

BRASIL. **Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5687.htm. Consulta realizada em: 20/04/2016.

BRASIL: **Lei 12.850, DE 02 de Agosto DE 2013.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Consulta realizada em 20/04/2016.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Comentários à Lei de Combate ao Crime Organizado: Lei nº 12.850/13.** São Paulo: Atlas, 2014.

BARROS, Flaviane de Magalhães; MACHADO, Felipe Daniel Amorim. **Prisão e Medidas Cautelares: nova reforma do Processo Penal-Lei nº 12.403/2011.** Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal.** 18. ed. rev. e ampl. atual. São Paulo: Atlas, 2014.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria Geral do Processo – Primeiros Estudos.** 12. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CAMARA DOS DEPUTADOS. **Direito e Justiça. Comissão do Novo Código de Processo Penal recebe primeiras sugestões ao processo.** Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITO-E->

Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.589345>

[JUSTICA/506670-COMISSAO-DO-NOVO-CODIGO-DE-PROCESSO-PENAL-RECEBE-PRIMEIRAS-SUGESTOES-AO-PROJETO.html](#).

Consulta realizada em 18 de Junho de 2016.

OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. **Processo e Hermenêutica na Tutela Penal dos Direitos Fundamentais**. 3ª ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2012.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 11ª ed. rev. ampl. atual. Salvador: Juspodivm, 2016.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, CÂNDIDO RANGEL. **Teoria Geral do Processo**. 30ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

NOTAS:

[1] ONU. **DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS**. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>. Consulta realizada em 14 de Junho de 2016.

[2] STF. Recurso Extraordinário 466.343. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2343529>. Consulta realizada em 13 de junho de 2016.

[3] BRASIL. **Lei 12.850, de 02 de Agosto de 2013**. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Consulta realizada em 13 de junho de 2016.

TIME-SHARE E O DIREITO DE ARREPENDIMENTO

VITOR HUGO MEDEIROS GALVÃO: Formado em Direito pela Unicaldas, pós graduado em Direito Tributário pela Uni-anhanguera, ex-cadete da Polícia Militar do Estado de Minas Gerais.

RESUMO: Há atualmente a possibilidade de aplicação do prazo de reflexão do artigo 49 do Código de Defesa do consumidor aos contratos de vendas emocionais no prazo decadencial de 7 dias. Há, ainda, a possibilidade de anulabilidade dos contratos de vendas emocionais por vícios do consentimento, seja, por erro, dolo, coação etc no prazo decadencial de 4 anos a partir da assinatura do contrato. Estes vêm sendo os entendimentos vanguardistas dos tribunais e muito provavelmente será a regra adotada no país.

Palavras-chave: venda emocional. Prazo de reflexão. anulabilidade

ABSTRACT: There is now the possibility of applying the time for reflection of article 49 of the Code of Consumer Affairs to sales contracts emotional preclusive within 7 days. There is also the possibility of annulment of sales contracts for emotional vices of consent, whether by error, fraud, coercion etc. preclusive within 4 years from the signing of the contract. These understandings have been the vanguard of the courts and most likely will be the rule adopted in the country.

Keywords: emotional selling. Period of reflection. voidability

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. DIREITO DE ARREPENDIMENTO. 3. O TIME SHARE. 3.1. HISTÓRICO. 3.2. FINALIDADE. 3.3. A PROBLEMÁTICA. 4. APLICAÇÃO DO DIREITO DE ARREPENDIMENTO ÀS VENDAS EMOCIONAIS. 5. DO VÍCIO DE CONSENTIMENTO NOS NEGÓCIOS JURÍDICOS. 5.1. DA COAÇÃO. 5.2. DO DOLO. 5.3. A APLICAÇÃO DA ANULABILIDADE POR VÍCIO DE CONSENTIMENTO NAS VENDAS EMOCIONAIS. 6. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. INTRODUÇÃO

O Código de Defesa do Consumidor surge com o fito de fornecer proteção necessária aos consumidores em suas relações negociais e, assim, em um de seus dispositivos, o código consumerista traz a tona o direito de arrependimento, também chamado de prazo de reflexão por grande parte da doutrina.

2. DIREITO DE ARREPENDIMENTO

Arrependimento, neste caso, é a possibilidade de o consumidor voltar atrás em sua decisão, de repensar a situação que o levou a adentrar naquela relação jurídica de consumo e, assim, desistir do contrato firmado com a devolução do capital investido ao consumidor e por corolário, a devolução, se for o caso, do produto ao vendedor, tudo às expensas do fornecedor uma vez ser este o responsável pelos riscos da atividade desenvolvida, e a parte hipersuficiente da relação de consumo.

O artigo 49^[1] do código consumerista preleciona que o consumidor pode desistir do contrato, no prazo de 7 (sete) dias a contar de sua assinatura ou do ato do recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação de serviço se der fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou domicílio. Este prazo de reflexão tem por escopo proteger a volitividade das declarações emitidas pelo contratante de produto ou serviços. Procura garantir a livre manifestação, sem qualquer interferência externa seja ela pressões por parte do contratado ou técnicas agressivas de *marketing*.

Determinadas técnicas de vendas utilizam métodos incisivos e muitas vezes invasivos, induzindo os consumidores a celebrar o contrato precipitadamente. No entanto, posteriormente, percebem a desnecessidade do contrato celebrado ou até mesmo a grande desvantagem em sua celebração, a qual só assentiram mediante pressão do fornecedor, para não falar coação.

Para que o contratante possa se valer do direito de arrependimento são necessários alguns requisitos previstos no artigo acima, quais sejam:

- a) **Que a celebração do negócio tenha ocorrido fora do estabelecimento comercial:**

Apesar de o Código de Defesa dos Consumidor elencar algumas situações passíveis de arrependimento, como por exemplo a venda por telefone, cabe ressaltar que o rol é meramente exemplificativo, também denominado de *numerus apertus*. Isto se pode perceber pela expressão “especialmente”, trazida no bojo do artigo 49.

b) Que o consumidor manifeste a sua desistência no prazo de 7 (sete) dias:

O consumidor deve informar de modo cabal a sua desistência do contrato no prazo de 7 dias a partir do recebimento do produto ou da celebração do negócio.

Justamente pelo fato da doutrina dominante entender que o requisito da celebração fora do estabelecimento traz um rol exemplificativo e, unindo isto à interpretação teleológica da norma, só podemos concordar com Claudio Bonato e Paulo Valério Moraes (2003, p.182) - citados por Graciela Damiani Corbalan Infante em seu artigo jurídico veiculado pela Unitoledo - que incluem nesse rol um outro tipo de venda: as chamadas vendas emocionais, que são as técnicas adotadas nas vendas de time share que, em sua maioria, são iniciadas fora do estabelecimento comercial como em semáforos, clubes, restaurantes etc.

3. O TIME-SHARE

3.1. HISTÓRICO

Time-share, time-sharing, propriedade de férias, vacation club ou tempo compartilhado é um sistema moderno que começou na Europa há muitos anos e os primeiros empreendimentos foram:

- Superdevoluy, AlpesFranceses – 1964.
- Hapimag, Suíça – 1964.
- Club Hotel – França - 1968

Naquela época a ideia foi simplesmente uma combinação a qual alguns consumidores realizavam a compra de uma unidade ou apartamento em um

determinado resort de férias e dividiam em 52 cotas iguais e assumiam a responsabilidade pela manutenção.

Isso funcionou muito bem e a ideia expandiu-se geograficamente nos anos 70 mas devido a necessidade e o interesse do viajante em conhecer novos lugares surgiu como solução os serviços de intercâmbios de resorts lançado inicialmente pela RCI (Resorts Condominiuns International) em 1974, acelerando o crescimento desta indústria com o serviço conhecido como “intercâmbio de semanas de time share”, que significa a possibilidade de fazer permuta de semana de time share de um determinado resort, durante uma ou mais semanas de férias em alguns dos resorts afiliados a esta rede de intercâmbio.

Devido a grande aceitação dos consumidores no início dos anos 80 as grandes redes hoteleiras entraram nesta indústria melhorando a qualidade do produto. O resultado disso foi um aumento de 800% em resorts afiliados ao sistema, consumidores e no volume de vendas nos últimos 20 anos.

Atualmente a maior parte das grandes redes hoteleiras internacionais possui um sistema de Vacation Club (clube de férias), e são afiliados a uma rede de intercâmbios, que somados aos Empreendedores independentes formam a indústria mundial de aproximadamente 7.004 resorts e US\$ 11,8 bilhões em vendas anuais.

3.2. FINALIDADE

Basicamente, o conceito de time share é extremamente simples, é a idéia de dividir em intervalos ou pontos equivalentes uma unidade de um condomínio e comercializá-las separadamente. O comprador tem a oportunidade de usar e possuir o produto com título de propriedade de um bem imobiliário, isto é, compartilha-se o preço de compra, manutenção e uso de uma unidade habitacional em um resort totalmente equipado e mobiliado, vendido de diversas maneiras, a um preço que é uma fração do valor do imóvel, pago antecipadamente, e mediante o pagamento de uma taxa de manutenção anual. O comprador é, portanto, dono de sua unidade de férias, mas apenas por um número particular de dias durante o ano, tipicamente uma ou duas semanas; no restante do ano outras famílias desfrutam das acomodações.

Os custos dos condomínios são avaliados de acordo com uma variedade de fatores, incluindo tamanho de unidade, localização, estação e outros, e se o resort for bem construído e bem administrado, é uma excelente maneira de aproveitar as férias por um período de tempo relativamente grande.

3.3. A PROBLEMÁTICA

Contudo, o que era para ser um sonho de consumo, como evidenciado linhas acima, tem se tornado o pesadelo de alguns. Os vendedores de time share para fisgar o cliente e convencê-lo mais facilmente a celebrar o contrato, oferecem diárias em hotéis, almoços, festas, tudo fornecido gratuitamente, bastando que para isso o consumidor participe de uma apresentação dos produtos.

Durante a apresentação que tem duração de aproximadamente 2 horas, os clientes são agrados com *champagne* e comidas enquanto os produtos são apresentados. Caso o cliente não celebre o contrato com o primeiro vendedor, surge um segundo personagem para tentar a venda, se ainda assim o cliente manter-se reticente, uma terceira figura, superior hierarquicamente às outras duas, surge para novamente tentar fechar o acordo. A grande problemática é que geralmente não são somente meras insistências, os vendedores utilizam-se de métodos apelativos, muitas vezes ferindo a honra, dignidade e vaidade, configurando verdadeiras coações ao consumidor, tolhendo-lhe a razão e conseqüentemente a capacidade de avaliação daquela relação jurídica.

Outro entrevero que geralmente acomete estes tipos de prestações de serviços é o da indisponibilidade. Vale dizer, o sujeito compra um pacote de férias, para utilizá-lo, obviamente, em suas férias, entretanto encontra óbices a isto. Acabam descobrindo, e às vezes um tanto quanto tarde, que estes pacotes limitam o uso, de modo que o adquirente não poderá utilizá-lo em períodos de feriados, altas temporadas, e férias escolares, inviabilizando, substancialmente, a utilidade do serviço vendido, diga-se de passagem, vendido essencialmente para esta finalidade.

Apresento-lhes algumas reclamações obtidas através do site “reclame aqui”, para comprovar tal prática:

Reclamação 1:

“outro ponto que considero ainda mais grave, é que, o principal motivo de eu ter assinado o contrato foi por causa da possibilidade de poder viajar com a família de férias para outros destinos, conforme prometido.

Todas as vezes que tentava fazer a reserva em algum hotel ou resort, principalmente no Brasil, não conseguia vaga, pois os mesmos alegavam que não havia disponibilidade para as datas que eu estava solicitando, inclusive na própria (nome da empresa omitido), temos que levar em consideração que podemos viajar somente quando estamos de férias, pois como todo mundo temos compromissos com trabalho e nem nos feriados e nos fins de semana conseguimos vaga na (nome da empresa omitido). Isso nos leva a ter a sensação de sermos um incomodo para eles e que eles priorizam os clientes que pagam uma diária normal.Com isso me sinto discriminado”.

Reclamação 2:

“Fui INDUZIDO a adquirir algo que não tinha intenção de comprar através de uma estratégia comercial enganosa, agressiva e abusiva, pois:

a. [enganosa]: Fui abordado no hotel (nome do hotel omitido) com a oferta de um brinde apenas para assistir uma palestra de 1 hora (no máximo) onde conheceria os hotéis do complexo (nome omitido) e, na verdade, a intenção dessa estratégia foi me levar a uma sala (na portaria do nome omitido) para ser persuadido DURANTE mais de 3 horas e adquirir um programa de férias, que eu não tinha nenhuma intenção de compra e nem de ir, espontânea e voluntariamente, a um estabelecimento comercial para adquiri-lo. Nesse mesmo site, constam

exemplos concretos de clientes que estão tendo transtornos com a aquisição desse programa.

b. [agressiva]: Após assistir a palestra e recusar os planos oferecidos (600k, 300k, 150k pontos) fui informado que um representante da área de qualidade viria entregar os brindes e, ao invés disso, iniciou-se um nova abordagem de oferta na tentativa de me convencer da compra. O ambiente de forte apelo emocional (filme contendo cenas de famílias felizes desfrutando das férias em belos lugares; aplausos que celebravam as aquisições nas mesas ao lado) e a pressão do tempo - pois estava perdendo tempo de qualidade com os filhos - me levou a tomar uma decisão sem tempo adequado para reflexão.

c. [abusiva]: Ao tentar cancelar (mesmo dentro de um prazo de 7 dias e sem ter usufruído do programa) fui informado que, para isso, a (nome da empresa omitida) terá que reter um percentual do valor total do programa, obedecendo cláusulas contratuais, as quais considero abusivas e servem como tentativa de me forçar a ficar com algo que não tenho necessidade e nem desejo”.

4. APLICAÇÃO DO DIREITO DE ARREPENDIMENTO ÀS VENDAS

EMOCIONAIS

É pelos motivos supracitados que concordamos com Claudio Bonato e Paulo Valério^[2], elastecendo o conceito de “fora do estabelecimento”, para abarcar as vendas emocionais, que como relação de consumo que o são, não poderiam deixar de estar sob a égide do artigo 49 do Código de Defesa do Consumidor. Ademais, a jurisprudência tem tomado força no sentido de ser passível o direito de arrependimento, por entender iniciar-se o negócio fora do estabelecimento comercial com telefonemas, sorteios, e abordagem nas ruas e não em estabelecimento próprio (MARQUES, 2002, p. 716).

Corroborando ainda, Claudio Bonato (2003, p. 181) citado por Graciela Damiani Corbalan Infante, afirmando que o início da venda, nos termos dos artigos 30 e 31 do CDC^[3], ocorre no momento da oferta, a qual é formulada por telefone e também fora do estabelecimento, eis que o consumidor é, via de regra, abordado para participar de eventos de apresentação dos produtos, sendo pouco comum a procura espontânea do consumidor por tais serviços.

“Normalmente, os produtos e serviços vendidos através de marketing agressivos são ruins e dependem dessa técnica para serem consumidos. Quer dizer, se as pessoas tiverem oportunidade de se informar sobre o que lhes está sendo oferecido e refletirem acerca da necessidade de consumo tenderão a descartar a hipótese de compra. Por essa razão, o direito procura resguardar o consumidor de tais práticas mercadológicas.”(Coelho, 2007, p. 46).

Nesse diapasão, por estarem as vendas emocionais tuteladas pelo CDC, é que o consumidor terá o direito de desistir da relação jurídica consumerista no prazo de 7 (sete) dias a contar da conclusão do contrato sem a necessidade de qualquer motivação para tanto, como esclarecem os julgados colacionados abaixo:

CONTRATO PARTICULAR DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE FRAÇÃO IDEAL 1/52 DE UNIDADE A SER CONSTRUÍDA EM CONDOMÍNIO. UTILIZAÇÃO POR PERÍODOS ANUAIS. TEMPO COMPARTILHADO. CLÁUSULAS ABUSIVAS. DECRETAÇÃO DE NULIDADE DE OFÍCIO. DIREITO DE ARREPENDIMENTO. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. ART. 49. DESCONHECIMENTO DAS CLÁUSULAS RELATIVAS AO USO DO IMÓVEL.

1. (...)

2. *para efeito do exercício do direito de arrendimento previsto no art. 49 do CDC, equipara-se a contratação realizada fora do estabelecimento comercial*

aquela em que o consumidor, comparecendo em local indicado pelo fornecedor, em razão de estratégia adotada, e submetido a forte pressão psicológica que o coloca em situação desvantajosa, que o impede de refletir e manifestar livremente sua vontade. Hipóteses em que o consumidor, atendendo convite por telefone, assiste à apresentação do empreendimento mediante explicações e exibição de vídeo durante aproximadamente 3 horas, sendo obsequiado com coquetel, assina contrato que somente lá pode ser examinado. (...)

Bem como:

*EMENTA: "CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA. TIME-SHARING. O DIREITO DE ARREPENDIMENTO - ART. 49 DO CDC - TEM POR OBJETIVO PROTEGER O CONSUMIDOR DA PRÁTICA COMERCIAL AGRESSIVA. HIPÓTESE EM QUE O NEGÓCIO É FEITO EM AMBIENTE QUE INIBE A MANIFESTAÇÃO DE VONTADE DO CONSUMIDOR, CARREGADA DE APELO EMOCIONAL. **O prazo de arrependimento, no caso, deve ser aquele que mais favorece a parte hipossuficiente, ou seja, a contar da efetiva data em que o serviço estaria a disposição do consumidor.** Ação de revisão de contrato procedente. deferimento da devolução das parcelas pagas. honorários. Devem ser fixados em percentual sobre a expressão econômica da causa, traduzida naquilo que deve ser devolvido a parte. apelo e recurso adesivo desprovido." (Apelação Cível Nº 70000195578, Vigésima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Aquino Flores de Camargo, Julgado em 26/10/1999).*

Ainda:

EMENTA: CONTRATO PARTICULAR DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE FRAÇÃO IDEAL. TIME-SHARING. TEMPO COMPARTILHADO. VICIO DO CONSENTIMENTO.

CLAUSULAS ABUSIVAS. DESCUMPRIMENTO DO PROMETIDO. DIREITO DE ARREPENDIMENTO. DEVOUÇÃO DAS PARCELAS PAGAS. ARTIGOS 6º, IV, 37, 46 E 53 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. demonstrado que o contrato particular de promessa de compra e venda de fração ideal foi firmado diante do induzimento em erro do comprador, diante de falsa promessa ou omissão sobre dificuldades, agravada pela forte pressão exercida quando da assinatura da avenca por propaganda exagerada e apelativa, tem direito o comprador a rescisão do pacto com a devolução das parcelas pagas, a teor de dispositivos legais previstos no código de defesa do consumidor. apelação improvida. (apelação cível nº 70001471523, décima sétima câmara cível, Tribunal de Justiça do RS, relator: Elaine Harzheim Macedo, julgado em 03/10/2000).

Por fim:

CONSUMIDOR – CONTRATO DE CONSUMO. DIREITO DE ARREPENDIMENTO. PERÍODO DE REFLEXÃO.

1) Caracteriza-se como contratação fora do estabelecimento comercial a celebração de contrato de uso de imóvel em Puntadel Leste durante festa popular em município do interior do estado (festa do pêssego).

2) A demonstração do arrependimento, dentro do período de reflexão, pode ser efetivada por qualquer meio de prova, inclusive com os documentos comprobatórios da realização de ligações telefônicas pelo consumidor à empresa fornecedora no dia seguinte à contratação.

3) Desfazimento do contrato, liberando o consumidor das obrigações assumidas.

4) Aplicação do artigo 49 do CDC – Sentença mantida. Apelação improvida. (TJRS – ac 599008299 – 1ª c. civ. fér. – rel. des. Paulo de Tarso Vieira Sanseverino – j. 04.02.1999)

Nesse sentido ainda, tem sido o entendimento do Nobre Autor Nelson Nery Junior (2002, p.494):

“Quando o espírito do consumidor não está preparado para uma abordagem mais agressiva, derivada de práticas e técnicas de vendas mais incisivas, não terá o discernimento suficiente para contratar ou deixar de contratar, dependendo do poder de convencimento empregado nessas práticas mais agressivas. Para essa situação é que o código prevê o direito de arrependimento.”

Como visto, o prazo de reflexão elencado no Código de Defesa do Consumidor é meio eficaz para sanar todas as externalidades que viciaram a vontade do consumidor quando da celebração do negócio jurídico consumerista. Entretanto, muito embora eficaz, ele se apresenta um tanto quanto limitado, justamente pelo breve prazo de 7 dias. É por isso que defendemos uma outra alternativa, uma outra possibilidade de por cobro ao contrato, é o caso da **anulabilidade dos negócios jurídicos pelo vício de consentimento**, o qual pode ser feito em um lapso temporal muito maior, embora tenha um procedimento dificultoso.

5. DO VÍCIO DE CONSENTIMENTO NOS NEGÓCIOS JURÍDICOS

Todo negócio jurídico possui elementos formadores, quais sejam:

- a) capacidade do agente
- b) objeto lícito, possível, determinado ou determinável;
- c) **consentimento**

A consagrada Autora Maria Helena Diniz aduz que o consentimento é requisito inafastável do negócio jurídico, ou seja, a declaração volitiva deverá ser sempre livre e de boa-fé, não podendo conter nenhum vício em sua manifestação.

Caso, na celebração de um negócio jurídico, o consentimento apresente vícios, os mesmos poderão ser invocados em sede de defesa e, assim, ser o negócio anulável no prazo decadencial de 4 (quatro) anos. (art. 171, II, CC)[4]:

*AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL.
NEGÓCIO JURÍDICO. PRESCRIÇÃO.PRAZO. TERMO A QUO.
DATA DO NEGÓCIO JURÍDICO OBJETO DE ANULAÇÃO.
INTELIGÊNCIA DO ART. 178, § 9º, INC. V, ALÍNEA "B" DO
CÓDIGO CIVIL DE 1916.AGRAVO REGIMENTAL NÃO
PROVIDO.*

1. O prazo de quatro anos para o recorrente postular a anulação do contrato de compra e venda eivado do vício de consentimento, tem início na data de celebração do contrato ou da prática do ato, e não a data da ciência do erro ou dolo. Inteligência do artigo 178, § 9º, V, b, do Código Civil de 1916, ressaltando-se que o próprio Código Civil de 2002 manteve a tradição de tomar a data do contrato como prazo - corretamente considerado decadencial - para se pedir sua anulação.

2. Agravo regimental não provido.

(STJ AgRg no REsp 1188398 / ES, DJe 16/08.2011, Min. Luiz Felipe Salomao)

Os vícios de consentimento elencados por Maria Helena Diniz em consonância com as demais doutrinas majoritárias são:

- a) erro;
- b) dolo;**
- c) coação;**

- d) estado de necessidade;
- e) lesão.

Abordaremos nesse artigo somente os aspectos do dolo e da coação, os que ao nosso sentir, são os mais recorrentes nessa modalidade de contratação.

5.1. DA COAÇÃO

Coação é toda pressão física ou moral exercida sobre um indivíduo, seus bens ou sua honra para obrigá-lo ou induzi-lo a efetivar um determinado negócio jurídico.

A coação moral ou também chamada de *vis compulsiva*, atua sobre a vontade da vítima, contudo, sem aniquilá-la o consentimento, pois, o indivíduo mantém consigo uma liberdade de agir, ainda que viciada. Podendo optar pela realização do negócio, ou sofrer as consequências das juras da coação.

Mediante a vontade maculada, é que se pode falar em vício do consentimento e uma possível anulabilidade do negócio jurídico por ele celebrado.

Existem requisitos a serem analisados para a configuração da coação na celebração do negócio jurídico, quais sejam:

- a) A coação deve ser causa determinante para a celebração do negócio jurídico;
- b) Temor injustificado;
- c) O temor deve dizer respeito a um dano iminente à vítima, sua família, bens ou **honra**;
- d) O dano deve ser considerável ou grave;
- e) O dano pode atingir pessoa não pertencente à família da vítima;

O magistrado na análise do caso concreto, nas palavras de Maria Helena Diniz, deve se ater a todas essas peculiaridades para justificar a anulabilidade do negócio jurídico com vício de consentimento, pois, existem indivíduos que são mais suscetíveis a serem coagidos do que outros ao exemplo de uma mulher em relação ao homem, de um policial treinado em relação a um homem ignorante que vive em área rural, de um enfermo em relação a um indivíduo que goza de saúde plena e analisar também a coação exercida, se esta teria realmente o condão de causar comoção àquela determinada pessoa com tais características pessoais.

5.2. DO DOLO

Segundo Clovis Bevilacqua citado por Maria Helena Diniz, dolo é:

“o emprego de um artifício ou expediente astucioso para induzir alguém à prática de um ato que o prejudica e aproveita ao autor do dolo ou a terceira pessoa. Essa manobra astuciosa pode sugerir o falso ou suprimir o verídico, mediante mentiras (allegatio falsi) ou omissões.”

Já para Carvalho Santos e Larenz também citados na obra de Maria Helena Diniz:

“o prejuízo não é elemento conceitual do dolo, bastando para a configuração do dolo que haja um artifício que induza alguém a efetuar o negócio jurídico, que de outra maneira não seria realizado, sem que necessariamente, tenha o propósito de causar dano ao enganado, pois a lei civil aplicável ao caso não protege o patrimônio, e sim a liberdade de decisão.”

O dolo pode ser classificado em positivo e negativo. O positivo constitui ato comissivo do vendedor, o qual faz por exemplo afirmações falsas sobre a qualidade da coisa; o negativo é constituído por atos omissivos, quando por exemplo uma das partes omite informação da outra, de modo que se esta soubesse não realizaria o negócio.

Para que o dolo seja configurado e por conseguinte possa acarretar sua anulabilidade, deverão estar presentes estes requisitos:

- a) haja intenção de induzir o declarante a praticar o negócio jurídico
- b) os artifícios fraudulentos sejam graves aproveitando a quem os alega;
- c) sejam causa determinante da declaração de vontade;
- d) procedam do outro contratante ou que este tenha conhecimento se provir de um terceiro.

5.3. A APLICAÇÃO DA ANULABILIDADE POR VÍCIO DE CONSENTIMENTO NAS VENDAS EMOCIONAIS

Nesta linha de raciocínio, entendemos de forma indubitável a aplicação do instituto da anulabilidade nos negócios jurídicos que tenham utilizado de técnicas e meios capazes de iludir, diminuir a capacidade de decisão, enganar ou até mesmo forçar o adquirente a celebrar o contrato de prestação de serviço.

Como delineado em tópicos iniciais, percebemos que muitas vezes é isso que ocorre nas vendas de time share, os vendedores “vencem” o consumidor pelo cansaço após 2 ou 3 horas de explanações e insistências, algumas vezes seguidas de mentiras ou omissões quanto às cláusulas do contrato.

A vantagem da utilização desse instituto é quanto ao prazo, que é decadencial de 4 (quatro) anos, ou seja, o comprador possui todo esse lapso temporal para invalidar o contrato ulteriormente celebrado, diferentemente do prazo de reflexão do direito do consumidor que é somente de 7 dias. Contudo, um prazo tão extenso assim, haveria de possuir um “porém”. Por se tratar de instituto de direito civil, a anulabilidade de um negócio jurídico depende de ampla cognição, uma dilação probatória vultosa, existem requisitos a serem analisados pelo magistrado conforme exposto acima, não sendo a maneira mais simples e eficaz. Entretanto, não deixa de ser um meio disponível, mormente após esgotado o prazo de reflexão do CDC.

6. CONCLUSÃO

Podemos perceber que o Código de Defesa do Consumidor veio inovar no sistema jurídico, amparando o consumidor e dando a este ferramentas necessárias para discutir demandas de igual para igual com fornecedores de bens e serviços, os quais têm condições técnicas e econômicas muito superiores àqueles.

Notamos ainda que a jurisprudência pátria tem dado interpretação teleológica à norma consumerista, elasticendo, então, a aplicabilidade do artigo 49. Não seria para menos, afinal, para fazer frente às mutações inovadoras que surgem com passar dos anos nos negócios jurídicos, é necessária tal interpretação desta lei e das demais, uma vez ser e, ter de ser, o direito, uma ciência indubitavelmente dinâmica para conseguir acompanhar a evolução das relações sociais sob pena de se tornar “letra morta”, obsoleta, em poucos anos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. 1. Teoria Geral do Direito Civil. 24ª ed. Editora Saraiva, 2007

NOGUEIRA, Bruno dos Santos Caruta. Direito de arrependimento à luz do Código de Defesa do Consumidor. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 415, 26 ago. 2004. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/5626>>. Acesso em: 2 ago. 2011

MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor : o novo regime das relações contratuais. 4. ed. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2002.

BONATTO, Cláudio; MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Questões controvertidas no código de defesa do consumidor*: principiologia, conceitos, contratos. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

TIMESHARE. Portal Timeshare. Timeshare no Brasil. Histórico. Disponível em: <http://www.timeshare.com.br/htm/historia.php>. acesso em 02 set. 2011

RECLAME AQUI. Vacation Club. Disponível em: www.reclameaqui.com.br. acesso em 02 set. 2011

GOOGLE. Direito de Arrependimento no Brasil. Disponível em: <http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/1650/1573>. Acesso em 02 set. 2011

NOTAS

[1] Art. 49. O consumidor pode desistir do contrato, no prazo de 7 dias a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou a domicílio.

Parágrafo único. Se o consumidor exercitar o direito de arrependimento previsto neste artigo, os valores eventualmente pagos, a qualquer título, durante o prazo de reflexão, serão devolvidos, de imediato, monetariamente atualizados.

[2] BONATTO, Cláudio; MORAES, Paulo Valério Dal Pai. *Questões controvertidas no código de defesa do consumidor: principiologia, conceitos, contratos*. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

[3] Art. 30. Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado.

Art. 31. A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.

Parágrafo único. As informações de que trata este artigo, nos produtos refrigerados oferecidos ao consumidor, serão gravadas de forma indelével.

[4] Art. 171. Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico:

- I - por incapacidade relativa do agente;
- II - por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores.

FENOMENOLOGIA DAS ISENÇÕES TRIBUTÁRIAS

MATEUS BENATO PONTALTI: Juiz Federal Substituto do TRF da 1ª Região. Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários - IBET.

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo analisar as diversas teorias existentes sobre as isenções tributárias, bem como abordar algumas questões controvertidas, como a relação entre isenção tributária e alíquota zero e isenção tributária e imunidade.

Sumário: Introdução. 1. Teorias sobre isenções. 1.1. Isenção como dispensa legal do pagamento. 1.2. Isenção como norma não-juridicizante. 1.3. Isenção como norma de estrutura que mutila um dos critérios da regra-matriz de incidência tributária. 1.4. Isenção como norma de comportamento. 2. Questões controvertidas. 2.1. Isenção e imunidade. 2.2 alíquota zero e isenção. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Este trabalho tem como objetivo expor as principais teorias que se propuseram a descrever o fenômeno jurídico da isenção, acompanhadas das críticas que lhe foram dirigidas.

Começa-se pela mais tradicional delas, que enxerga na isenção uma dispensa legal do pagamento do tributo, seguida da teoria da isenção como norma não-juridicizante e da teoria de Paulo de Barros Carvalho, que vê na isenção uma norma de estrutura, que mutila parcialmente algum critério da regra-matriz tributária. Finalmente, expõe-se a teoria de Pedro Lunardelli, que compreende a isenção como uma norma de comportamento que estabelece uma relação jurídica entre o fisco e contribuinte.

O trabalho também apresenta algumas questões controvertidas. Nesse sentido, compara o fenômeno da isenção com o fenômeno da alíquota zero, bem como diferencia as normas de imunidade das normas de isenção.

1. TEORIAS SOBRE ISENÇÕES

1.1. ISENÇÃO COMO DISPENSA LEGAL DO PAGAMENTO

Para essa teoria, cujo defensor principal fora Rubens Gomes de Souza, coautor do anteprojeto do Código Tributário Nacional, o fato jurídico ocorre, nascendo normalmente o vínculo obrigacional. Em seguida, por razões de ordem ética, econômica, política, financeira, entre outras, desonera-se o sujeito passivo da obrigação tributária de cumprir o dever jurídico de recolher o gravame, mediante dispositivo expresso em lei[1].

Portanto, para essa doutrina, num primeiro momento há a incidência da norma tributária, para só depois ocorrer a incidência da norma de isenção. São essas as palavras do próprio Rubens Gomes de Souza, para quem “a isenção pressupõe a incidência da norma tributária, porque é claro que só se pode dispensar o pagamento de um tributo que seja efetivamente devido”[2].

Não há dúvidas de que essa teoria influenciou de sobremodo o código tributário, que arrolou a isenção como hipótese de exclusão do crédito tributário, como se verifica no artigo 175 do CTN. Contudo, isso não impede a formulação de críticas, porque como adverte Paulo de Barros Carvalho, o legislador em vários momentos emite suas proposições normativas sem levar em consideração lições que podem ser recolhidas da Teoria Geral do Direito e da Lógica Jurídica[3].

Portanto, se por um lado a autoridade legislativa pode imputar efeitos aos fatos sociais que escolha, por outro lado esse domínio encontra limites no campo da associação imputativa, que se rege por imposições lógicas que escapam à vontade do político investido de competência legiferante[4]. É, pois, com base nessas ponderações que se fazem críticas a essa compreensão doutrinária, sob o fundamento de que ela iria de encontro à dinâmica normativa.

De fato, não existe cronologia na atuação das normas jurídicas, razão pela qual não parece correta a concepção adotada pela teoria da dispensa legal do pagamento do tributo, que atribui à regra-matriz de incidência tributária uma maior velocidade que a norma jurídica de isenção. Aquela chegaria primeiro ao evento, juridicizando-o; esta chegaria apenas em momento posterior, para extinguir uma obrigação tributária que já se encontraria formalizada.

Nesse sentido, na visão de muitos doutrinadores essa tese fere concepções elementares de como se processa a normatização dos fatos sociais, conferindo às normas jurídicas predicados que elas não possuem[5], ou seja, conferindo a determinada norma jurídica a qualidade de ser mais veloz que outra norma jurídica.

Além disso, a teoria da dispensa legal do pagamento do tributo tem dificuldades de diferenciar a isenção da remissão, que é hipótese de extinção do crédito tributário. Na fenomenologia da remissão há, de fato, a incidência de duas normas distintas, que se sucedem temporalmente, sem que se tenha, nesse caso, qualquer ofensa a postulados da teoria geral do direito, porque os fatos previstos na norma isentiva e na norma de remissão são distintos, operando-se em momentos diversos.

Primeiro, incide a regra-matriz de incidência tributária, que prevê na sua hipótese a descrição de um evento futuro, e no seu conseqüente, o estabelecimento da relação jurídica tributária entre o fisco e contribuinte.

Em seguida, incide a norma de remissão, que prevê no seu antecedente um fato passado, ou seja, relação jurídica tributária decorrente da regra-matriz; e no seu conseqüente, a extinção desta referida relação tributária.

Assim, a teoria da isenção como dispensa legal do pagamento de um tributo é criticada por duas circunstâncias: primeira, de conferir às normas jurídicas o predicado de possuírem diferentes velocidades; segunda, de não conseguir diferenciar a isenção do fenômeno jurídico da remissão.

1.2. ISENÇÃO COMO NORMA NÃO-JURIDICIZANTE

O primeiro a criticar a teoria tradicional, da isenção como dispensa legal do pagamento, foi Alfredo Augusto Becker. Esse autor, com base na divisão das normas jurídicas em juridicizantes, desjuridicizantes e não juridicizantes, cunhada por Pontes de Miranda, defendeu que a lógica da tese da dispensa legal do pagamento do tributo só encontra guarida no plano pré-jurídico, da política fiscal, mas não quando se trabalha com os postulados da teoria geral do direito[6].

Para esse autor, uma regra juridicizante é aquela cuja incidência leva como conseqüência a juridicização da hipótese de incidência realizada, que se transfigura

em um fato jurídico. Regra desjuridicizante total, ao revés, ocorreria quando a incidência da regra desconstituísse um ato jurídico nulo ou anulável, expulsando-o do mundo jurídico; por fim, haveria a regra não-juridicizante, que se configuraria em uma espécie de regra cuja incidência não transmudaria a hipótese de incidência em fato jurídico. Sua função, portanto, seria unicamente deixar claro que aquele evento ocorrido não acrescentaria ou diminuiria nada que existisse no mundo jurídico[7].

Para melhor explanação do que seja a regra não-juridicizante, ou regras negativamente formuladas, transcrevemos trechos da obra de Pontes de Miranda[8]:

“Advirta-se em que há regras jurídicas, cujo suporte fático, colorindo-se com a incidência, nem por isso entra no mundo jurídico. Assim, essas regras jurídicas, em vez de serem regras juridicizantes (isto é, que tornam fatos jurídicos os suportes fáticos), exatamente se formulam em termos de negação: não dizem que o suporte fático A é suficiente; dizem que o suporte fático, ou porque algo lhe falte, ou algo haja ocorrido que o desfalque, não é suficiente para a entrada no mundo jurídico. Não são, porém, tais regras jurídicas senão formulações negativas de regras jurídicas de suficiência: há sempre uma regra jurídica, explícita ou implícita, que diz qual o suporte fático suficiente”.

Para Alfredo Augusto Becker, portanto, a norma de isenção não é uma norma desjuridicizante, porque não existe uma relação jurídica tributária anterior, que atribua ao sujeito passivo a obrigação de pagar o tributo. Para que pudesse existir uma relação tributária anterior, seria imprescindível que tivesse ocorrido a incidência da regra jurídica de tributação, a qual não teria ocorrido porque um dos elementos da sua composição teria faltado ou excedido. Assim, esse elemento faltante ou excedente é que comporia a regra de isenção e que a diferenciaria da regra de tributação. Desse modo, a regra de isenção desencadearia como único efeito a negação da existência da relação jurídica tributária, ou seja, a regra jurídica de isenção incidiria para que a de tributação não incidisse[9].

Em que pese essa teoria tenha afastado a tese de que a norma de tributação incidiria antes da norma de isenção, ela não ficou isenta de críticas. Na verdade, critica-se essa teoria sob o fundamento de que ela teria incorrido no mesmo equívoco da teoria da dispensa legal do pagamento do tributo, só que em um sentido inverso. Ao asseverar que a regra de isenção incide para que a de tributação não incida, acabou por outorgar maior celeridade ao preceito isencional, em detrimento da norma do tributo. Alterou-se, pois, a dinâmica de juridicização do evento que, ao invés de receber primeiro a incidência da regra de tributação, receberia a incidência da norma isentiva.^[10]

1.3. ISENÇÃO COMO NORMA DE ESTRUTURA QUE MUTILA UM DOS CRITÉRIOS DA REGRA-MATRIZ DE INCIDÊNCIA TRIBUTÁRIA

Trata-se de uma das teorias que mais goza de prestígio na doutrina. Foi desenvolvida por Paulo de Barros Carvalho, após o autor fazer uma análise profunda das teorias até então existentes, e refletir a respeito da diferença entre normas de comportamento e normas de estrutura.

Para esse jurista, a regra de isenção é uma norma de estrutura, que investe contra um ou mais de um dos critérios da regra-matriz de incidência tributária, mutilando-os de maneira parcial. O que o preceito de isenção faz é, portanto, subtrair parcela do campo de abrangência de alguns dos critérios do antecedente ou do consequente, não podendo essa subtração ser total, porque isso implicaria na inutilização da regra-matriz como norma válida no sistema^[11].

Nesse sentido, a regra de isenção pode inibir o funcionamento da regra-matriz de oito maneiras distintas, sendo quatro pelo antecedente e quatro pelo consequente: na hipótese, pode desqualificar o critério espacial, o critério temporal e o critério material, este último pela supressão parcial do verbo ou do seu complemento. No consequente, pode atingir o critério pessoal, mutilando o sujeito passivo ou sujeito ativo; e o critério quantitativo, pela supressão da base de cálculo ou da alíquota^[12].

Exemplifiquemos cada uma dessas hipóteses, para melhor visualização da operacionalidade da regra de isenção na perspectiva de quem adota essa teoria.

O critério material da regra-matriz pode ser afetado tanto pelo verbo quanto pelo seu complemento. O primeiro caso ocorre, a título de exemplo, com a lei que afirma que não se considera industrialização a montagem de óculos, mediante receita médica. Ao invés de declarar que estavam isentos os óculos, o legislador preferiu optar por desqualificar o verbo desindustrializar, determinando que a montagem dos óculos não se enquadra no conceito de industrialização. A segunda hipótese, de supressão de parte do complemento do verbo, ocorre quando a lei afirma que estão isentos do IPI vários produtos, como queijo minas e a rede de dormir[13].

O critério espacial é afetado quando há uma diminuição da área de incidência do imposto, como acontece quando a lei afirma que os produtos fabricados na Zona Franca de Manaus, em princípio, são isentos do IPI. O critério temporal é mutilado quando a lei manipula o fator tempo, nas hipóteses de suspensão do imposto de que goza determinados produtos isentos do IPI[14].

No critério pessoal, a regra-matriz pode ser afetada tanto no que diz respeito ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo. A primeira hipótese ocorria com as isenções heterônomas, que permitiam à União conceder isenções de impostos estaduais e municipais. Em que pese o legislador utilizasse o termo isenção, o que se tinha era a revogação temporária da regra-matriz tributária, como será exposto adiante. A segunda hipótese ocorre quando uma porção do universo dos possíveis sujeitos passivos é excluída do consequente da norma, como ocorre com a legislação do imposto sobre a renda, que proclama a isenção de determinados rendimentos para os servidores diplomáticos de governos estrangeiros[15].

Por fim, pode o critério quantitativo da regra-matriz ser afetado, tanto na base de cálculo quanto na alíquota, nos casos dos produtos em que uma delas ou ambas são reduzidas ao valor zero.

Assim, vislumbra-se que há oito maneiras para paralisar a regra-matriz de incidência tributária, evitando-se o nascimento da relação jurídica entre o fisco e o contribuinte. Algumas advertências adicionais são, contudo, necessárias.

Como fora dito anteriormente, a supressão dos critérios da regra-matriz de incidência tributária deve ser sempre parcial. Se o legislador desqualificar todos os verbos, subtrair os complementos, suprimir todo critério temporal e especial, retirar

todos os sujeitos passivos ou ativos; ou, ainda, reduzir todas as bases de cálculo ou alíquotas ao valor zero, não surgirá relação jurídica alguma daquele tributo, porque a regra-matriz terá sido revogada do sistema jurídico[16].

Em razão disso, é necessário frisar que o exemplo dado anteriormente, de supressão do sujeito ativo em razão da autorização vigente na Constituição anterior, que autorizava que a União concedesse isenções de impostos de outros entes federativos mediante lei complementar, se consubstanciava na verdade não numa isenção, mas numa hipótese de revogação temporária do tributo. De fato, como a redução de um critério da regra-matriz tem de ser parcial, e sendo o sujeito ativo o elemento único de um conjunto, seu suprimento resulta em um conjunto vazio, que implica na inexistência de sujeito ativo no polo da relação, levando à ab-rogação da norma[17].

1.4. ISENÇÃO COMO NORMA DE COMPORTAMENTO

A presente teoria, desenvolvida por Pedro Lunardelli, vislumbra ser possível, a partir de enunciados do direito positivo, descrever a norma de isenção como uma norma que estabelece diretamente uma relação jurídica entre o fisco e o contribuinte, ou seja, reputa-se que seja possível construir uma regra-matriz isencional.

Essa regra matriz tem a mesma estrutura formal que qualquer outra norma jurídica, porque sua hipótese descreve de maneira abstrata a concretização de um evento; e o seu consequente contém uma prescrição, igualmente abstrata, de uma relação jurídica, que no caso específico dessa regra se trata de uma relação jurídica isencional[18].

Há, assim, semelhança sintática entre a regra-matriz tributária e a regra-matriz isencional, posto que esta última também possui um antecedente, composto pelos critérios material, espacial e temporal; e um consequente, composto pelos critérios pessoal e quantitativo.

Todavia, diferenças surgem entre elas quando se analisa o aspecto semântico. Na norma tributária, a incidência da regra-matriz enseja o nascimento de uma relação jurídica entre o fisco e o contribuinte, em que aquele tem o direito

subjetivo de exigir o débito tributário deste último, e este o dever subjetivo de cumprir a prestação[19].

Na norma isencional ocorre o inverso, porque a sua incidência provoca uma relação jurídica entre o contribuinte e o fisco, em que este tem o dever subjetivo de não exigir a prestação (débito isencional), e aquele tem o direito subjetivo de não ser exigido (crédito isencional)[20].

Para melhor compreensão da fenomenologia da isenção segundo essa perspectiva, tomemos como exemplo o seguinte enunciado: estão isentos do IPI a montagem de óculos, mediante apresentação de receita médica.

Nesse caso, o critério material é a montagem de óculos; o critério espacial, o território nacional, porque a norma isencional pode irradiar efeitos em qualquer parte do país; e o critério temporal é a saída da mercadoria do estabelecimento. O sujeito ativo é o contribuinte, e o sujeito passivo é a União Federal. Por fim, a base de cálculo é o valor da operação, e a alíquota é de 100%, porque a isenção é total.

Feitas essas observações, analisar-se-á agora como se dá a relação entre a norma de isenção e a regra-matriz, para demonstrar que essa teoria não incorre no equívoco de atribuir diferentes velocidades às regras do sistema jurídico.

De fato, o que ocorre na dinâmica normativa não é uma relação cronológica entre a regra-matriz tributária e a regra-matriz isencional, mas uma relação entre o conjunto de antecedentes e o conjunto de consequentes de ambas.

Suponha-se uma norma tributária, cujo antecedente aponte as propriedades 1, 2, 3, 4; e o consequente a previsão de uma relação jurídica entre o fisco e contribuinte, em que este estará obrigado a cumprir a prestação a aquele[21]

Imagina-se agora a norma isencional, cujo antecede aponte a propriedade 1 e o consequente também uma relação jurídica entre o fisco e contribuinte, consubstanciada no direito deste último de não ser exigido por prestação alguma, e no dever do fisco de não cobrar[22].

Por força da relação que há entre esses conjuntos de antecedentes, a regra tributária passa a conotar apenas os eventos cujos critérios não se identifiquem com os da propriedade “1”, pois este passou a integrar o conjunto normativo da hipótese

da regra de isenção. Está-se diante, pois, de um cálculo relacional. No caso, de uma relação de intersecção entre a classe de antecedente da norma tributária e a classe de antecedente da norma de isenção[23].

Esse cálculo relacional também ocorre entre os consequentes da norma tributária e da norma isencional, provocando uma alteração na composição dos sujeitos passivos. Por conta da concretização do evento conotado pela propriedade “1”, o sujeito passivo não mais comporá a relação jurídica tributária, mas sim a relação jurídica isencional, na qualidade de credor, com o direito subjetivo de estar permitido a não cumprir a prestação[24].

Dessa forma, vê-se que essa teoria diverge do pensamento de Paulo de Barros Carvalho porque enxerga de maneira diversa o encontro da norma-matriz com a norma de isenção. Para esse jurista, o cálculo relacional imporia limites em alguns dos critérios da regra-matriz-tributária. Dito de outra forma, para esse autor os enunciados que estabelecem as isenções somente permitiram construir significações que formassem conjuntos isolados, vocacionados ao exclusivo relacionamento com a regra-matriz[25].

A teoria de Pedro Lunardelli, ao revés, defende que é possível, com base nos enunciados prescritivos que estabelecem as isenções, construir significações em uma estrutura normativa típica de comportamento, relacionando-a com a norma-matriz da forma como fora descrita anteriormente, desde que haja nos enunciados elementos suficientes que permitam saturar os categoremas de uma proposição hipotética condicional.

Por fim, cumpre afirmar que essa concepção acaba levando a uma compreensão bastante peculiar a respeito do que seja a exclusão do crédito tributário, sobretudo quando cotejada com as demais teorias analisadas.

De fato, para a teoria da dispensa legal do pagamento, o termo exclusão do crédito tributário equivale à extinção do crédito tributário, em razão da ideia de que a norma isencional incide apenas depois de já constituída a obrigação.

Para a teoria da isenção como norma não-juridicizante e para a teoria da isenção como norma que mutila um ou mais critérios da regra-matriz de incidência, o termo exclusão do crédito tributário deve ser interpretado não como sua extinção,

mas no caso da isenção, como uma situação que faz evitar inclusive o próprio surgimento da obrigação tributária.

Situação bastante distinta ocorre com a teoria da isenção como norma de comportamento, em virtude do pressuposto adotado, de que há uma norma isentiva que estabelece uma relação jurídica tributária entre o fisco e o contribuinte.

Tal qual toda relação jurídica obrigacional, a relação isencional se apresenta da forma exposta no item 3.1, ou seja, com a existência de um sujeito ativo, de um sujeito passivo, de um objeto, de um direito subjetivo e de um dever jurídico.

No caso do exemplo anteriormente referido, de isenção do IPI nas operações que tenham por objeto óculos montados mediante receita médica, o sujeito ativo é o contribuinte, e o sujeito passivo, a União. O objeto é justamente o direito atribuído pela norma, que confere a isenção. O direito subjetivo é aquele de que dispõe o contribuinte, de não ser obrigado a cumprir a prestação; e o dever jurídico, aquele ao qual é obrigado à União, de não exigir do contribuinte o pagamento da prestação.

Nota-se que, ao comparar a regra isencional com a regra-matriz, percebe-se a inversão dos polos da relação jurídica. A União, que na regra-matriz do IPI é sujeito ativo, passa a ser sujeito passivo; e o contribuinte, que na regra-matriz é sujeito passivo, passa a ser sujeito ativo da regra de isenção. Por consequência, aquela passa a ter um dever jurídico de não exigir a prestação; e este, um direito subjetivo de não cumpri-la. O termo exclusão do crédito tributário deve, pois, ser compreendido justamente neste último sentido, como o direito subjetivo de que dispõe o contribuinte em não cumprir a prestação.

2. QUESTÕES CONTROVERTIDAS

2.1. ISENÇÃO E IMUNIDADE

Diversos doutrinadores debruçaram-se para descrever o instituto jurídico da imunidade, tendo ganhado força a teoria que a enxergava como uma hipótese de não-incidência constitucionalmente qualificada e a teoria que a compreendia como uma exclusão ou supressão do poder de tributar.

A teoria da não-incidência constitucionalmente qualificada tem contra a si a crítica de que a imunidade é uma regra jurídica; logo, em sendo norma, irá incidir, caso ocorram os fatos descritos no seu antecedente.

Também se formulam críticas consistentes à teoria que vislumbra na imunidade uma exclusão ou supressão do poder de tributar. Paulo de Barros Carvalho, por exemplo, afirma que ela pressupõe a existência de uma prévia competência impositiva, que em um segundo momento é suprimida por outra norma jurídica[26]. Nesse sentido, essa teoria também atribuiria diferentes velocidades às normas, numa descrição incompatível com o fenômeno jurídico.

Assim, para o referido jurista, as imunidades são normas jurídicas constitucionais de estrutura, que, portanto, não se voltam imediatamente à regulação da conduta humana, mas disciplinam outras normas jurídicas.

Elas prescrevem uma vedação que impede os entes federativos de exercerem o direito subjetivo de legislar, proibindo-lhes de desencadear processo legislativo para inserir no ordenamento jurídico enunciados a partir dos quais se possa construir uma norma tributária[27].

Dessa forma, isenção e imunidade são fenômenos distintos. Apesar de se assemelharem do ponto de vista sintático (porque ambas apresentam estrutura hipotético-condicional) diferem-se porque a imunidade está no nível constitucional, ao passo que as isenções estão no plano infraconstitucional[28]. Além disso, para quem adota a teoria de Pedro Lunardelli, aquela é norma de estrutura, que representa vedação ao direito subjetivo de legislar; e esta norma de comportamento, fruto do próprio exercício do poder legiferante.

2.2. ALÍQUOTA ZERO E ISENÇÃO

Para aqueles que enxergam na norma de isenção uma norma que mutila algum dos critérios da regra-matriz de incidência, não há diferença entre isenção e alíquota zero, porque esta é apenas uma das técnicas possíveis de que o legislador dispõe para mutilar a regra-matriz, impedindo sua operacionalidade. Assim, afigurar-se-ia irrelevante o nome utilizado pela lei – se isenção ou alíquota zero – porque o fenômeno seria o mesmo.

De fato, em razão de a alíquota zero significar uma classe nula de objetos, ainda que se pudesse verificar a ocorrência do evento, não se poderia constatar o nascimento da relação jurídica tributária. O antecedente é condição-suficiente do consequente; e este condição necessária do primeiro. Assim, se não ocorre o consequente – porque a relação não tem avaliação econômica – também não ocorre o antecedente[29].

Ainda que se adote a compreensão de que a isenção é uma norma de comportamento, também não existira diferença entre o fenômeno da alíquota zero e o fenômeno da isenção. Tal qual aquela, esta também é uma regra-matriz de comportamento, que estabelece uma relação entre o contribuinte e o fisco.

A diferença reside apenas nos enunciados do direito positivo por conta dos quais o intérprete inicia a busca das significações jurídicas que irão compor os categoremata da regra-matriz de isenção.[30] Dito de outro modo, ao invés de se referir à isenção, o texto utiliza a palavra alíquota zero. Contudo, a norma construída pelo intérprete é a mesma, porque se é vedado ao fisco cobrar qualquer valor pela ocorrência do evento previsto no antecedente, o contribuinte tem o direito subjetivo de não pagar a prestação.

A única distinção que se entende cabível em relação a tais fenômenos refere-se ao processo de produção dos enunciados. A isenção só pode ser inserida no ordenamento mediante lei. Os enunciados que estabelecem a alíquota zero, ao revés, podem ocorrer por um ato do Poder Executivo, no caso dos impostos em que a Constituição expressamente autorizou essa prática[31]. Nesse último caso, há a necessidade de a lei fixar os parâmetros em que o executivo poderá variar o percentual da alíquota.

Portanto, a diferença não está no fenômeno em si, mas nas normas que regem o processo de produção dos enunciados referentes à isenção e à alíquota zero. No caso da isenção, a norma prevê como antecedente a atuação do órgão legislativo do ente da federação competente; no caso da alíquota zero, a hipótese prevê um ato do poder executivo, que pode modificar a alíquota dentro dos limites estipulados pela legislação[32].

CONCLUSÃO

Intentou-se demonstrar as diversas teorias sobre isenções formuladas no país e a repercussão que a adoção de uma ou outra gera na compressão a respeito dos enunciados de direito positivo que disciplinam esse instituto jurídico.

De início, expôs-se as críticas doutrinárias feitas à concepção tradicional, ainda adotada pelo Supremo Tribunal Federal, de que a isenção se configuraria em uma dispensa legal do pagamento do tributo. Dentre as principais objeções existentes, mencionou-se o fato de essa teoria pressupor uma cronologia na atuação das normas jurídicas, o que não é compatível com o que ocorre na dinâmica normativa. Além disso, ressaltou-se que a adoção dessa ideia dificulta a diferenciação entre o instituto jurídico da isenção e o instituto jurídico da remissão.

Também se afirmou que a teoria da isenção como norma não-juridicizante, formulada por Alfredo Augusto Becker, também acaba atribuindo diferentes velocidades às normas jurídicas; nesse caso, seria a norma de isenção que seria mais rápida que a regra-matriz, e que incidiria para que a outra não incidisse.

Após a exposição das duas primeiras teorias, debruçou-se sobre aquela formulada por Paulo de Barros Carvalho, que vislumbra na norma de isenção uma norma de estrutura, que mutila parcialmente algum dos critérios da regra-matriz de incidência tributária. Aduziu-se que o referido autor compatibilizou a teoria das isenções com os postulados da teoria geral do direito, descrevendo o fenômeno sob o ângulo puramente normativo, sem misturar a linguagem do direito positivo com a realidade social, e respeitando igualmente o princípio da simultaneidade da dinâmica normativa.

Após, expôs-se a teoria de Pedro Lunardelli, para quem é possível construir, a partir dos enunciados do direito positivo, uma regra-matriz de isenção, que estabeleça uma relação jurídica entre o fisco e o contribuinte.

Essa regra-matriz de isenção seria uma norma de comportamento, que incide nos casos previstos no seu antecedente não porque é mais rápida que a regra-matriz tributária – porque não há cronologia entre ambas – mas por decorrência do cálculo relacional que ocorre entre o conjunto de antecedentes e consequentes de ambas as normas jurídicas.

Por fim, comparou-se o instituto jurídico da isenção com as normas de imunidade e com a alíquota zero, de acordo com alguns dos referenciais teóricos abordados.

REFERÊNCIAS

BECKER, Alfredo Augusto. Teoria Geral do Direito Tributário. São Paulo. Lejus, 1998.

CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. 22 ed. São Paulo. Saraiva, 2010.

_____. Direito Tributário Linguagem e Método. São Paulo. Noeses, 2011

LUNARDELLI, Pedro Guilherme Accorsi. Isenções Tributárias. São Paulo. Dialética, 1999.

MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado. São Paulo. Revista dos Tribunais. p. 20. 1 v.

SOUZA, Rubens Gomes de. Compêndio de legislação tributária. São Paulo: Resenha Tributária, 1975.

NOTAS:

[1] CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. São Paulo. Saraiva, 2010. p.554

[2] SOUZA, Rubens Gomes de. Compêndio de legislação tributária. Edição póstuma. São Paulo: Resenha Tributária, 1975, 216. p. 97

[3] CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. São Paulo. Saraiva, 2010. p.552

[4] Ibid.

[5] Ibid. p.556

[6] Ibid., p.554

[7] BECKER, Alfredo Augusto. Teoria Geral do Direito Tributário. São Paulo. Lejus, 1998. p. 304

[8] MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado. São Paulo. Revista dos Tribunais. p. 20. 1 v.

[9] BECKER, op. cit., p. 304

[10] CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. São Paulo. Saraiva, 2010. p.557

[11] Ibid., p. 561

[12] Ibid., p. 562

[13] Ibid., p.563

[14] Ibid.

[15] Ibid.

[16] Ibid., p.566

[17] Ibid., p. 566

[18] LUNARDELLI, Pedro Guilherme Accorsi. Isenções Tributárias. São Paulo. Dialética, 1999. p.65

[19] Ibid.

[20] Ibid.

[21] LUNARDELLI, Pedro Guilherme Accorsi. Isenções Tributárias. São Paulo. Dialética, 1999. p.135

[22] Ibid.

[23] Ibid., p. 66

[24] Ibid.

[25] Ibid., p. 77

[26] LUNARDELLI, Pedro Guilherme Accorsi. Isenções Tributárias. São Paulo. Dialética, 1999. p.94

[27] Ibid., p.101

[28] Ibid., p. 102

[29] LUNARDELLI, Pedro Guilherme Accorsi. Isenções Tributárias. São Paulo. Dialética, 1999. p.105

[30] Ibid., p.106

[31] Ibid., p. 107

[32] LUNARDELLI, Pedro Guilherme Accorsi. Isenções Tributárias. São Paulo. Dialética, 1999. p.107.

O IMPOSTO SOBRE GRANDES FORTUNAS NO DIREITO COMPARADO E NA LEI BRASILEIRA

ANDRÉ DIEGO DE LIMA LEITE: Advogado. Graduado pela Universidade de Fortaleza. Pós-graduando em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza.

Resumo: *O presente trabalho tem como foco analisar o imposto sobre grandes fortunas, tributo de competência da União, tendo por enfoque a sua previsão no direito comparado e no ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, será detalhado o IGF no ordenamento francês, colombiano, argentino e, por fim, no ordenamento jurídico brasileiro, onde reside a celeuma doutrinária sobre a constitucionalidade ou não de sua criação bem como a posição doutrinária e jurisprudencial acerca do tema. Para tanto, foi feito um estudo da legislação comparada, bem como da doutrina financeira, constitucional e tributária apontando sobre a necessidade de criação do IGF e a inconstitucionalidade por omissão do legislativo em não o criar.*

Palavras-chave: Imposto sobre Grandes Fortunas. Tributo. Competência tributária.

Abstract: *The present work focuses on the tax on large fortunes, tribute of competence of the Union, focusing on its prediction in comparative law and Brazilian legal order. In order to do so, the IGF will be detailed in the French, Colombian, Argentinean and, finally, in the Brazilian legal system, where there is a doctrinal debate about the constitutionality or not of its creation as well as the doctrinal and jurisprudential position on the subject. For that, a study was made of comparative legislation, as well as of the financial, constitutional and tax doctrine, pointing out the need to create the IGF and the unconstitutionality by omission of the legislature in not creating it.*

Keywords: Tax on Great Fortunes. Tribute. Tax jurisdiction.

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 O Imposto sobre Grandes Fortunas; 3 O IGF no direito comparado; 3.1 O ISF Francês; 3.2 O Imposto sobre bens pessoais argentino; 3.3 O impuesto a la riqueza colombiano 4. O IGF no ordenamento jurídico brasileiro. 5. Conclusão. 6.Referências.

1. Introdução

O presente trabalho tem como foco avaliar o Imposto Sobre Grandes Fortunas, comumente conhecido como IGF, detalhando o seu surgimento bem como a sua previsão no direito comparado e no ordenamento jurídico brasileiro.

O artigo foi dividido em três capítulos. No primeiro capítulo, será abordado de forma sucinta a previsão do IGF no direito brasileiro bem como os projetos de lei nacional que previram a sua criação. No segundo capítulo, será abordado o IGF no direito comparado, demonstrando a sua previsão no ordenamento jurídico argentino, colombiano e francês.

Por fim, no terceiro capítulo, será abordado o IGF no ordenamento jurídico brasileiro, bem como a necessidade de sua criação, ressaltando a obrigatoriedade do exercício da competência tributária bem como o posicionamento doutrinário sobre o tema

2 O Imposto sobre Grandes Fortunas

O Imposto sobre Grandes Fortunas, IGF, é um tributo previsto no artigo 153, VII da constituição federal de 1988. A constituição de 1988, ao contrário das demais constituições que lhe antecederam, inovou no ordenamento jurídico ao prever essa espécie tributária, atribuindo à União a competência para instituir o tributo, ressaltando que tal instituição deveria ser necessariamente por intermédio de lei complementar. Conforme a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 153:

Art. 153º. Compete à União instituir impostos sobre:

[...]

VII – grandes fortunas, nos termos de lei complementar.

Podemos observar que o constituinte originário não determinou, o que deveria ser considerado grande fortuna, deixando esse papel para o legislador infraconstitucional. Todavia, passados mais de 27 anos da promulgação da nossa

carta maior, o IGF ainda não foi regulamentado. De todos os tributos previstos na constituição federal, o IGF é o único imposto que ainda não foi efetivamente implementado.

É interessante destacarmos que há projetos de lei sobre referido tributo, como, por exemplo, o PL 202/1989, de autoria de Fernando Henrique Cardoso, e o mais recente PL 277/2008, de autoria de Luciana Genro, os quais analisaremos em momento posterior, porém, nenhum ainda foi votado pelo poder legislativo, o que gera para a sociedade um sentimento de inefetividade do instituto, muitos acreditando que o mesmo jamais virá a ser regulamentado.

Muitas questões peculiares circundam o referido instituto, como o que seria considerado grande fortuna, ou mesmo quem seriam os legitimados passivos a sofrerem a incidência tributária. Não obstante tais questões demandem uma análise mais cautelosa por parte do legislativo, não podem ser consideradas fatos impeditivos para que o referido imposto seja efetivamente implementado.

Antes de analisarmos tais questões suscitadas, iremos nos ater a uma análise do histórico do IGF, abrangendo o seu surgimento no direito comparado e a experiência vivida pelos principais países que iniciaram a disciplina do instituto. Mencionaremos também como surgiu o IGF no ordenamento jurídico brasileiro, realizando uma análise dos anais legislativos.

3. O IGF no direito comparado

Longe de querermos abordar todos os aspectos relacionados ao surgimento do IGF no direito comparado, podemos perceber que, embora não haja unanimidade entre os estudiosos da matéria, foi na França que o instituto ganhou maior relevo. Conforme menciona Santana, Moreira, Brandão, Carolino e Silva (online):

Os autores divergem sobre a origem do imposto sobre as grandes fortunas no contexto histórico internacional, pois foram vários tributos que incidiram sobre o patrimônio ao longo da história, contudo, conforme apontado por Sérgio Ricardo Ferreira Mota, citando Giffoni, em sua obra “Imposto sobre Grandes Fortunas no Brasil”,

foi o tributo francês Impôt sur lês Grandes Fortunes, criado em 1981, o primeiro a ser atribuído com essa denominação na história do mundo.

O surgimento desse imposto se deu no governo do ex-presidente Francês François Mitterrand, que, inspirado nos ideais socialistas de uma tributação mais justa, o propôs em 1981, passando o mesmo a ser exigido no início de 1982, exigência que perdurou até 1986, quando foi retirado do ordenamento jurídico francês, retornando apenas em 1988.

Após a França outros países instituíram e cobraram o tributo, como, por exemplo, a Alemanha, a Argentina, o Uruguai, a Espanha, a Irlanda, a Colômbia, entre outros. Todavia, atualmente, a França é o único país europeu que cobra o IGF. Iremos, portanto, nos ater a uma análise da experiência vivida pela França, que acarretou no sucesso do tributo e verificar a experiência vivida pela Argentina e Colômbia, países latino – americano, para assim estabelecermos um melhor comparativo com o Brasil.

3.1 O ISF Francês

Conforme mencionado anteriormente, embora não haja unanimidade na doutrina, a França pode ser considerada o primeiro país a instituir e cobrar um imposto que objetivava tributar as grandes fortunas. Havia à época, como sempre houve na história humana, tributos que incidiam sobre o patrimônio, tendo como sujeito passivo a pessoa física e jurídica que materializasse a hipótese de incidência no mundo fenomênico, todavia, nenhum desses tributos buscava, de fato, tributar grandes fortunas.

É interessante destacarmos que, no passado, mesmo pessoas com grandes fortunas não sofriam qualquer tributação, inclusive no tocante aos tributos ordinários incidentes sobre patrimônio. Na França, por exemplo, até meados da revolução francesa, a sociedade era dividida em estamentos, sendo que o primeiro e o segundo estamentos, nobreza e clero, que justamente eram os detentores de poder e riquezas, não pagavam tributos, ficando o encargo tributário a ser suportado apenas pelo terceiro estamento, composto por trabalhadores e burgueses.

Com efeito, um dos fatores mais importantes que influenciaram a revolução francesa foi no tocante à questão tributária, pois, os maiores detentores de riquezas, que também eram os detentores de poder, jamais iriam aprovar sofrerem tributação sobre seu patrimônio. Conforme Rodrigo Barros (online):

É bem verdade que tal tributação específica sobre grandes fortunas seria muito difícil de ocorrer, pois os detentores das grandes riquezas sempre se confundiam com os detentores do poder vigente à época. Era o que acontecia nos Estados Feudais da Idade Média ou nos Estados Nacionais da Idade Moderna quando o príncipe era o detentor absoluto das propriedades e concentrava toda a riqueza do Estado, que unido com a Igreja, formando o que se pode chamar de estado confessional, detinha as grandes fortunas, sendo que a nobreza e o clero, detentores de alguma riqueza, quase não pagavam impostos

Com a revolução francesa, a questão sobre a tributação incidente sobre fortuna ganhou força, passando a ser discutida e, no século XVIII, algumas espécies tributárias surgiram com o intuito de tributar as riquezas, porém, apenas em 1811, mais de 200 anos após a revolução francesa, um imposto com incidência tributária sobre grandes fortunas veio a ser imposto, inicialmente incidindo sobre pessoas físicas e jurídicas. Conforme Alexandre Orion Reginato e Rafael Xavier de Jesus (online):

Em, 1811, foi instituído O Impôt sur les Grandes Fortunes na França, com efeitos a partir do exercício fiscal de 1812. Inicialmente, abrangia a propriedade de pessoas físicas e jurídicas, mas em 1814 foi restrito somente ao patrimônio das pessoas físicas. Em 1816, o imposto era pago por apenas 0,5% das famílias francesas (84.700 famílias) e foi então abolido pelo novo Parlamento conservador. Em 1818, o Impôt Solidarité sur la Fortune (ISF) foi reinstituído pelo novo governo socialista nos moldes existentes atualmente.

Atualmente, o imposto sobre grandes fortunas é cobrado na França, com alíquotas que variam entre 0,55%, 0,75%, 1,00%, 1,30%, 1,65% e 1,8%, incidentes sobre o montante que superar 1,3 milhões de euros. Segundo o site do governo francês (online) *“Vous êtes imposable à l'ISF si votre patrimoine net taxable est supérieur à 1,3 million d'euros au 1er janvier 2015”*, ou seja, conforme o valor atualizado em 1º de janeiro de 2015, se a riqueza líquida da pessoa física for acima de 1,3 milhões de euros, ele sofrerá a incidência tributária.

Podemos ver que o legislador francês optou por classificar a grande fortuna como tudo aquilo que sobrepujasse o valor de 1,3 milhões de euros. Tal tributo é comumente conhecido na França como Imposto Robbin Wood, justamente pelo caráter solidário de distribuição de riqueza intrínseco a essa espécie tributária. Conforme menciona Alexandre Origon Reginato e Rafael Xavier de Jesus (online): *“Curiosamente o nome do Imposto de Solidariedade sobre a Fortuna (ISF) é conhecido popularmente como Imposto Robin Hood, haja vista o respectivo produto de sua arrecadação ser destinado a assegurar uma renda mínima para os mais desfavorecidos”*.

Conforme menciona Santana, Moreira, Brandão, Carolino e Silva (online), o ISF francês é incidente sobre o patrimônio líquido de pessoas físicas, esteja tal patrimônio dentro do país ou no exterior. Há, conforme prossegue o artigo científico, isenções do ISF para investimentos que sejam realizados em território francês, bem como para bens considerados de utilização profissional, e reduções, para investimentos em pequenas e médias empresas, bem como por doações para instituições beneficentes.

Vejamos agora como se dá a incidência do imposto sobre fortunas na Argentina, país latino-americano, para que possamos realizar um melhor comparativo com o sistema brasileiro.

3.2 O imposto sobre bens pessoais argentino

A Argentina também possui um imposto incidente sobre a riqueza, nos moldes do ISF francês e do nosso IGF brasileiro. O imposto sobre bens pessoais, criado no governo argentino em 1973, é um tributo de competência do governo federal. Conforme Nelson Ferreira Alves Junior (online):

O sistema tributário argentino está estruturado principalmente sobre a imposição sobre a renda, patrimônio e consumo. Ao Governo Federal cabe, principalmente, os impostos sobre a renda, sobre os bens pessoais, sobre a transferência de imóveis de pessoas físicas, sobre o valor agregado, sobre os combustíveis líquidos e gás natural, da seguridade social, direitos aduaneiros e outros de menor envergadura. (grifou-se)

Tal espécie tributária, regulada pela lei 23.966/91, possui base de cálculo distinta do ISF francês. Esta incide sobre o patrimônio bruto que ultrapasse o montante de 305 mil pesos argentinos, possuindo alíquotas que podem chegar até 1,25%. Conforme Pedro Humberto Bruno de Carvalho:

Desde 1973, a Argentina possui um Imposto sobre Bens Pessoais, de competência do governo central. Na reforma em que ele foi introduzido, o Imposto sobre Heranças foi extinto. Como o Imposto sobre Bens Pessoais está em vigor há quase quatro décadas, houve muitas modificações na sua estrutura. A principal se refere à base de cálculo: entre 1973 e 1989 era a riqueza líquida, isto é, o patrimônio deduzido de todas as dívidas e ônus, mas a partir de 1991 passou a ser a riqueza bruta. Atualmente, a Ley 23.966/1991 (e suas modificações posteriores) regula o imposto, o qual grava o patrimônio bruto com alíquotas progressivas entre 0,75% e 1,25% ao que exceder o limite de isenção de 305 mil pesos argentinos (US\$ 72,5 mil).

Os contribuintes do imposto sobre bens pessoais argentinos são pessoas físicas que possuem patrimônio bruto acima de 305 mil pesos argentinos. Nesse país, conforme Juan Carlos Vicchi (online), a tributação incide por pessoas de forma individual, e não como família em si.

Há, assim como o ISF francês, algumas isenções sobre as quais não incidirão o imposto sobre bens pessoais, como, por exemplo, quantias em depósitos em contas pessoais, em fundos de pensão ou aposentadorias, propriedade

intelectual, quantias localizadas em instituições financeiras submetidas à administração do Banco Central da Argentino, entre outros.

3.3 O *impuesto a la riqueza* colombiano

O *impuesto a la riqueza* colombiano foi criado recentemente, com a lei 1739 de 2014, que acrescentou os artigos 292 e seguintes ao seu estatuto tributário. Conforme Ronaldo Apelbaum (online) “...o Congresso da nossa vizinha Colômbia, no apagar das luzes de 2014, realizou uma minirreforma tributária e adicionou ao artigo 292 de seu Estatuto Tributário um novo tributo: *Impuesto a la Riqueza*.”

Conforme a lei supracitada, sofrerá a incidência tributária do *impuesto a la riqueza* quem tenha o patrimônio bruto igual ou superior a 1000 milhões de pesos. Conforme o sitio gerencie.com (online)

“se genera por la posesión de la misma al 1° de enero del año 2015, cuyo valor sea igual o superior a \$1.000 millones de pesos. Para efectos de este gravamen, el concepto de riqueza es equivalente al total del patrimonio bruto del contribuyente poseído en la misma fecha menos las deudas a cargo del contribuyente vigentes en esa fecha.”

Após uma análise dos tributos incidentes sobre a riqueza em países como a França, Argentina e Colômbia, devemos nos ater ao imposto sobre grandes fortunas, previsto na constituição federal de 1988.

4. O IGF no ordenamento jurídico brasileiro

O imposto sobre grandes fortunas foi previsto pela primeira vez no ordenamento jurídico brasileiro com a constituição federal de 1988. A nossa carta maior inovou no ordenamento jurídico brasileiro comparado às constituições anteriores, pois foi à primeira constituição a prever uma espécie tributária incidente sobre grandes fortunas. Conforme Amir Khair (online):

Imposto sobre Grandes Fortunas previsto pela primeira vez na Constituição Federal de 1988 como de

competência da União, demanda lei complementar para a sua regulamentação que não foi aprovada até hoje, existindo projetos de lei engavetados no Congresso Nacional.

Ao prever tal espécie tributária, o constituinte originário estabeleceu que a sua instituição e cobrança estariam condicionados à lei complementar. O artigo 153, VII da constituição federal de 1988 (online) menciona:

Art. 153º. Compete à União instituir impostos sobre:

[...]

VII – grandes fortunas, nos termos de lei complementar

Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco nos ensinam as características basilares de uma lei complementar (2013, p. 874):

A lei complementar se peculiariza e se define por dois elementos básicos. Ele exige *quórum* de maioria absoluta para ser aprovada (art. 69 da CF) e o seu domínio normativo “apenas se estende àquelas situações para as quais a própria Constituição exigiu – de modo expresso e inequívoco – a edição dessa qualificada espécie de caráter legislativo”.

A lei complementar, conforme analisamos, é uma espécie de lei que necessita, obrigatoriamente, de maioria absoluta para sua aprovação. Nos termos do artigo 69 da Constituição Federal de 1988 (online) “As leis complementares serão aprovadas por maioria absoluta”. Logo, legislador, ao prever que lei complementar regularia a instituição do referido imposto, não o fez ao mero acaso, em vez disso, estabeleceu um quórum qualificado para que o tributo fosse regulamentado. Conforme Raíssa Carvalho Fonseca e Albuquerque (online):

Assim, como o processo formação da lei complementar, no ordenamento jurídico pátrio, é mais rígido do que o previsto para a lei ordinária, visou o constituinte a impor um maior grau de dificuldade para a

aprovação do diploma que viesse a instituir o IGF. Com tal medida, por outro lado, pode ter tentado assegurar que houvesse, por parte dos congressistas, um maior comprometimento, envolvimento, dedicação e participação no processo de discussão e aprovação da lei complementar, devido à significativa repercussão social, política e econômica do instituto.

Como podemos perceber, o constituinte originário, ao impor que lei complementar regulamentaria o instituto, optou por inserir um grau de maior dificuldade na regulamentação do mesmo, tendo em vista as consequências que a regulamentação poderiam gerar para a economia nacional.

O constituinte de 1988 criou o IGF inspirado no modelo francês de imposto sobre fortunas, conforme analisamos anteriormente. Conforme Francisco José Santos da Costa (online) “O Legislador Constituinte Originário brasileiro de 1988, para criar o IGF, inspirou-se no modelo francês, que se denominava de *Impôt sur Les Grandes Fortunes*, desde 1982 já inserido em seu sistema tributário.”

Quanto ao tema, é imprescindível destacar a obrigatoriedade de criação do IGF. O IGF é um tributo de competência da União que deveria necessariamente ser criado. Embora, para a doutrina majoritária, a competência tributária seja facultativa. Conforme Valdecir Pascoal (*apud* Alexandre de Sousa Araújo, online):

Para muitos autores, a LRF revela-se inconstitucional quando exige a instituição de todos os tributos previstos na CF. O entendimento predominante é que a Lei Maior não estabelece tal obrigatoriedade, tendo-se limitado a outorgar essas competências para cada ente federativo, que à luz de suas circunstâncias, poderiam avaliar a possibilidade de instituir ou não determinado tributo. Suponhamos que determinado Município não tenha instituído o ISS e que, depois de estudo, tenha chegado à conclusão de que os recursos obtidos com a instituição do imposto seriam insignificantes que o custo da sua implementação –com a implantação da máquina

arrecadadora e de fiscalização, por exemplo –seria maior do que os recursos auferidos

Contudo, embora para a doutrina majoritária a competência tributária seja facultativa, é essencial destacar a obrigatoriedade de criação do IGF, posto que tal princípio prestigia a isonomia tributária e a capacidade contributiva, pois tributará as pessoas que tem mais condições financeiras em benefício daquelas que tem menos condições, haja vista que o produto da arrecadação do IGF servirá para custear serviços públicos para os menos afortunados, que efetivamente utilizam o serviço. Conforme Alexandre de Sousa Araújo (online):

[...] deve-se ter claro que instituir imposto é diferente de cobra-lo. É obvio que se os custos de arrecadação suplantarem o valor da imposição tributária, tem o gestor autonomia para decidir quanto a não cobrança, como aliás a própria Procuradoria da Fazenda Nacional já pratica através de sucessivas Portarias. O que não se justifica é sequer haver a lei instituidora do imposto, o que afasta de plano e por completo a possibilidade de sua arrecadação. É certo que a decisão quanto à viabilidade da imposição comporta um estudo concreto do custo-benefício envolvido, não justificando a omissão *a priori* da União em instituir o imposto. Entendemos que a arrecadação insere-se no âmbito das decisões do gestor, muitas vezes dramáticas, porque mutável a distribuição de riqueza e os contornos que assume em determinado momento histórico. Contudo, a instituição do imposto não pode estar atrelada a essas contingências ainda que se considere facultativo o exercício das competências tributárias do art. 153 da CF88. Sem dúvidas trata o IGF de imposto que fomenta a isonomia tributária e o princípio da capacidade contributiva acolhendo um fundo ético de distribuição de riquezas.

No momento, há dados econômicos suficientes para justificar a instituição do imposto, mostrando-se viável a sua arrecadação. Não se pode olvidar, entretanto, que o

IGF não teria feição extrafiscal, mas fiscal, visando compor o erário. De tal arte, é preciso existir certeza quanto desproporcionalidade em sentido estrito da exação, em ordem a informar que o custo não compensa o montante arrecadável. Destarte, parece não haver razões que afastem a instituição do IGF, seja à luz da lei de responsabilidade fiscal, artigo 11, seja sob o ponto de vista econômico a indicar a viabilidade da instituição, situação em que tal competência se mostra obrigatória à União.

5. Conclusão

Pelo exposto, percebe-se que o Imposto Sobre Grandes Fortunas é previsto não só no Brasil, mas também internacionalmente, como no direito francês, argentino e colombiano. Ademais, é cediço que tal tributo é previsto no artigo 153 da CRFB, carecendo, contudo, até os dias atuais, de legislação que determine a sua criação, bem como a sua cobrança.

Diante de tal fato, é essencial que o legislativo abandone a mora e legisle, via lei complementar, sobre a criação do IGF bem como sobre sua cobrança, pois tal tributo é essencial para se garantir a isonomia e a capacidade contributiva, prestigiando àqueles que não tem condições financeiras pois o produto da arrecadação do IGF servirá para custear serviços públicos essenciais para a coletividade que, desprovida de condições financeiras, necessitam dos serviços públicos ofertados pelo governo.

REFERÊNCIAS

ALVES JÚNIOR, Nedson Ferreira. **A Harmonização Tributária no Mercosul: o Enfrentamento pelo Direito da Integração**. Disponível em: <http://www.codigoslex.com.br/doutrina_24513790_A_HARMONIZACAO_TRIBUTARIA_NO_MERCOSUL_O_ENFRENTAMENTO_PELo_DIREITO_DA_INTEGRACAO.aspx> Acesso em 19 Jun 2017.

ARAÚJO, Alexandre de Souza. **Obrigatoriedade da União em instituir o imposto sobre grandes fortunas**. Disponível em:

<<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,obrigatoriedade-da-uniao-de-instituir-imposto-sobre-grandes-fortunas,48384.html>>. Acesso em 19 Jun 2017

BARROS, Rodrigo Rige da Silva. **Carga Tributária, Função Social e Instituição do IGF**. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/pdf/cj038075.pdf>>. Acesso em 19 Jun 2017.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Senado, 1988.

CARVALHO, Pedro Humberto Bruno de. **As discussões sobre a regulamentação do Imposto sobre Grandes Fortunas: a situação do Brasil e a experiência internacional**. Disponível em: <http://desafios2.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/nota_tecnica/111230_notatecnicadinte7.pdf> Acesso em 19 Jun 2017.

FONSECA E ALBUQUERQUE, Raíssa Carvalho. **Da omissão legislativa na instituição do Imposto sobre Grandes Fortunas**. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,da-omissao-legislativa-na-instituicao-do-imposto-sobre-grandes-fortunas,47163.html>>. Acesso em 19 Jun 2017.

GERENCIE. **O imposto a la riqueza**. Disponível em: <<https://www.gerencie.com/impuesto-a-la-riqueza.html>>. Acesso em 19 Jun 2017.

Khair, Amir. **Imposto sobre Grandes Fortunas**. (IGF). Disponível em: <http://www.ie.ufrj.br/aparte/pdfs/akhair190308_2.pdf>. Acesso em 19 Jun 2017

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

REGINATO, Alexandre Orion; DE JESUS; Rafael Xavier. **Uma análise a respeito da regulamentação do imposto sobre grandes fortunas no Brasil**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=79ed69cea0c5acff>>. Acesso em: 19 Jun 2017

SANTANA, Fernando de Sousa; MOREIRA, Jader Carlos; BRANDÃO, Robson José Soares; CAROLINO, Sônia Madali Boseja; SILVA, Wander José. **Imposto sobre Grandes Fortunas e seus entraves legais e políticos**. Disponível em: < http://sudamerica.edu.br/argumentandum/artigos/argumentandum_volume_5/Texto_02_Imposto.pdf>. Acesso em 19 Jun 2017

DA (IN)APLICABILIDADE DA TÉCNICA DE JULGAMENTO DO ART. 942 DO CPC/2015 EM SEDE INFRACIONAL RECURSAL

PEDRO RAMOS LYRA DA SILVA: Advogado e Técnico Superior Jurídico da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro. Bacharel em Direito pela Universidade Federal Fluminense.

As presentes linhas pretendem fazer uma primeira análise acerca da (im)possibilidade de se aplicar a técnica de julgamento do art. 942 da Lei nº 13.105/2015 – novidade trazida ao ordenamento jurídico pátrio pelo (ainda) recente CPC/2015 – aos casos que envolvam julgamento de apelações e agravos de instrumento que discutam questões relativas à apuração de atos infracionais (apelações) e à execução de medidas socioeducativas (apelações e agravos de instrumento).

Como é de sabença geral, o art. 198, caput, do Estatuto da Criança e do Adolescente determina ser aplicável aos “procedimentos afetos à Justiça da Infância e da Juventude, inclusive os relativos à execução de medidas socioeducativas” o sistema recursal do Código de Processo Civil.

O referido dispositivo tem sua atual redação dada pela Lei nº 12.594/2012 (anterior, portanto, ao CPC/2015), motivo pelo qual ainda faz menção à revogada Lei nº 5.869/1973. Contudo, com fulcro no princípio da continuidade normativa, tendo a Lei nº 13.105/2015 surgido como substituta do Codex Processual Civil de 1973, fato é que, doravante, deve ser entendida a referência do CPC revogado como feita ao CPC ora em vigor.

Contudo, não há que se falar em aplicação indistinta das disposições recursais do Código de Processo Civil aos feitos que tramitem perante a Justiça da Infância e da Juventude. Os dispositivos legais que se mostrarem incompatíveis com as regras e os princípios peculiares que informam o Estatuto da Criança e do Adolescente não podem ser aplicadas aos procedimentos previstos neste diploma legal.

É o que nos ensina a autorizada doutrina de Galdino Augusto Coelho Bordallo^[1], em lições que datam de antes da vigência do atual Código de Processo Civil, mas não perderam a sua extrema atualidade:

“Com a regra em estudo, qualquer que seja a matéria referente ao direito da infância e juventude que esteja em discussão em determinado processo, o recurso que acaso venha a ser interposto seguirá as regras estabelecidas no Título II do Livro III do Código de Processo Civil, naquilo em que não confrontarem com as regras da Lei n 8069/90.” (grifos nossos).

Entender possível que, após um julgado favorável ao adolescente, em sede de apelação ou agravo de instrumento, o Ministério Público requeira – ou o Tribunal, de ofício, realize – o julgamento de acordo com a técnica do art. 942 do CPC/15, equivale a assegurar à acusação a interposição de verdadeiro recurso de embargos infringentes, quando tal possibilidade lhe é negada no próprio Processo Penal, em razão dos princípios do in dubio pro reo e favor rei.

Não se pretende, nestas linhas, negar o caráter punitivo das medidas socioeducativas, que são as respostas estatais aos atos infracionais – condutas definidas como crime ou contravenção, quando praticadas por criança ou adolescente (art. 103 da Lei 8.069/90) –, destinando-se à responsabilização do adolescente, bem como à desaprovação da conduta infracional (art. 1º, § 2º, I e III da Lei 12.594). Nesse sentido:

CRIANÇA E ADOLESCENTE. HABEAS CORPUS. AUDIÊNCIA DE APRESENTAÇÃO. DEFESA TÉCNICA. PRESCINDIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO. RECONHECIMENTO.

1. A remissão, nos moldes dos arts. 126 e ss. do ECA, implica a submissão a medida sócio educativa sem processo. Tal providência, com significativos efeitos na esfera pessoal do adolescente, deve ser imantada pelo devido processo legal. Dada a carga sancionatória da medida possivelmente assumida, é imperioso que o adolescente se faça acompanhar por

advogado, visto que a defesa técnica, apanágio da ampla defesa, é irrenunciável.

2. Ordem concedida para anular o processo e, via de consequência, reconhecer a prescrição do ato infracional imputado à paciente.

(HC 67.826/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 09/06/2009, DJe 01/07/2009)

Exatamente em razão desta lógica sancionatória intrínseca às medidas socioeducativas é que exsurge a necessidade de se interpretar toda a sistemática procedimental de apuração das medidas socioeducativas à luz do processo penal e dos princípios a ele inerentes, tais quais o favor rei e o in dubio pro reo – ainda que, por determinação legal, devamos seguir a legislação processual civil em sede recursal.

Dito isso, importante realizar pequena digressão em relação ao recurso de Embargos Infringentes e de Nulidade – extinto na lei processual civil, substituído exatamente pela técnica de julgamento centro da análise deste artigo, mas ainda existente no sistema processual penal adulto.

De fato, o parágrafo único do art. 609 do Código de Processo Penal só admite o cabimento do recurso de Embargos Infringentes e de Nulidade contra decisões de cunho prolatadas em sede de recurso criminal (ou de execução penal) não unânime, prolatado por órgão de grau recursal, quando desfavoráveis ao réu.

Dessa forma, a aplicação da sistemática processual civil neste ponto, de modo a permitir a interposição de “embargos infringentes” contra os interesses dos adolescentes, na seara infracional, é contrária aos princípios basilares do processo penal, notadamente os citados in dubio pro reo e favor rei, cuja previsão está na norma fundamental (art. 5º, LVII, da Constituição da República de 1988).

Não foi diferente a conclusão a que chegou o Egrégio Superior Tribunal de Justiça, ao examinar a possibilidade de interposição de recurso adesivo – previsto

na legislação processual civil pátria –, pelo Ministério Público, no curso de ação socioeducativa:

“O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso próprio, prestigiando o sistema recursal, ao tempo em que preserva a importância e a utilidade do habeas corpus, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. Nesse sentido, a título de exemplo, confirmam-se os seguintes precedentes: STF, HC n. 113890, Relatora Ministra ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 3/12/2013, publicado em 28/2/2014; STJ, HC n. 287.417/MS, Relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Quarta Turma, julgado em 20/3/2014, DJe 10/4/2014; e STJ, HC n. 283.802/SP, Relatora Ministra LAURITA VAZ, Quinta Turma, julgado em 26/8/2014, DJe 4/9/2014. Na espécie, embora a impetrante não tenha adotado a via processual adequada, para que não haja prejuízo à defesa, passo à análise do pleito a fim de verificar a existência de eventual constrangimento ilegal. No caso dos autos, verifico manifesta ilegalidade apta a justificar a concessão da ordem de ofício. Com efeito, o recurso adesivo não pode ser admitido como forma de impugnação de decisões de natureza penal quando, a despeito do trânsito em julgado da sentença para a acusação, a defesa recorre e a situação do réu é agravada pelo Tribunal revisor no recurso adesivo do Ministério Público. Como é cediço, O recurso

exclusivo da defesa impede qualquer alteração do disposto na sentença em prejuízo do réu, motivo pelo qual não se admite a complementação, pelo Tribunal a quo, de fundamentação para manutenção do regime inicial fechado para cumprimento de pena, sob pena de indevida reformatio in pejus.

(HC n. 173.262/SP, Relatora Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, julgado em 7/5/2013, DJe)

Sobre a matéria, outrossim, trazemos a decisão proferida pela C. Sexta Câmara Criminal do E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, no bojo do recurso de apelação nº 0001557-91.2015.8.19.0066, relatado pelo Des. Luiz Noronha Dantas, ao apreciar “pedido de reconsideração” feito pelo *Parquet* fluminense:

*“INDEFIRO o pedido de reconsideração formulado pela douta Procuradoria de Justiça, mediante o qual pretende a aplicação à espécie da técnica de julgamento preconizada pelo art. 942 do novo C.P.C., porque, **concessa maxima venia, esta não se afigura como a via impugnativa adequada em face de uma Decisão de caráter definitivo, e ainda, colegiada, independentemente de se perfilar como iniciativa que, se admitida, importaria na imprópria e oblíqua utilização de um expediente recursal, que, mesmo em sede menorista e a despeito do teor do disposto pelo art. 198 do E.C.A., mas indisfarçavelmente em matéria sujeita ao critério valorativo de caráter processual penal, buscaria reverter um resultado alcançado mais favorável ao adolescente,***

*a partir do teor de um Voto Vencido que lhe é mais gravoso, consagrando, na prática, verdadeira aplicação analógica de Embargos Infringentes e de Nulidade **pro societate**, o que não pode ser chancelado, inclusive porque, quando existia no revogado C.P.C. o Recurso de Embargos Infringentes, este não costumava ser utilizado para tal fim, inexistindo razoabilidade de que agora que ele desapareceu, venha a ser indiretamente manejado, com tais características.”*

À guisa de conclusão, diante de todo o exposto, é que não se afigura cabível a aplicação da técnica de julgamento disposta no art. 942, do CPC, em sede infracional recursal, em especial quando a decisão colegiada não unânime de segunda instância for favorável ao adolescente representado, sob pena de, ao contrário disso, conferir-se um tratamento mais gravoso ao adolescente que ao adulto, o que fere as regras protetivas do Estatuto da Criança e do Adolescente e, em especial, a expressa dicção do art. 35, I, da Lei nº 12.594/12, que exprime o sentido legal do princípio da legalidade: “(...) *não podendo o adolescente receber tratamento mais gravoso do que o conferido ao adulto*”.

NOTAS:

[1] Neste sentido é a opinião do renomado autor, consubstanciada na seguinte obra: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente**. 9ª. ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2015, p. 1039.

A RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES CONJUGAIS

LUIZA ZACOUTEGUY BUENO: Advogada da União lotada na Procuradoria da União no Estado do Acre; Formada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS).

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo a análise da aplicação do instituto da responsabilidade civil no âmbito das relações, estabelecendo distinções entre as diversas posições doutrinárias. Na seara das relações conjugais, a aplicação dos ditames da responsabilidade civil é assunto controvertido, não havendo consenso sobre a possibilidade de pleito indenizatório em virtude da ruptura da sociedade conjugal e da violação dos deveres maritais.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade Civil. Dano moral. Princípio da dignidade da pessoa humana. Deveres conjugais.

SÚMARIO: INTRODUÇÃO. 1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. 2 A RESPONSABILIDADE CIVIL NO ATUAL CONTEXTO. 2.1 A QUANTIFICAÇÃO DO DANO MORAL. 3 DA RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES CONJUGAIS. 3.1 INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS DECORRENTES DO TÉRMINO DA RELAÇÃO CONJUGAL. 3.2 INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS DECORRENTES DA VIOLAÇÃO DOS DEVERES CONJUGAIS. 3.3 SITUAÇÕES PASSÍVEIS DE REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por finalidade o estudo sobre a responsabilidade civil nas relações conjugais. Tema bastante polêmico e delicado por envolver a sociedade de uma forma especial, analisando a família e os danos que podem surgir no decorrer das relações conjugais.

Aborrecimentos podem surgir ao longo dos relacionamentos afetivos. Alguns são resultados da assunção de riscos aos quais nos submetemos, como em caso de simples rompimento das relações conjugais.

A problemática que se forma quando há a junção entre os institutos dano moral e Direito de Família será abordada contrapondo as posições antagônicas a respeito do tema. O processo de formação de uma concepção sobre a responsabilidade civil em família deve ser cauteloso. Decorre disso a importância da análise das diferentes doutrinas e da jurisprudência que se cria no país na medida em que as demandas que tratam do tema tornam-se cada dia mais frequentes.

A cada dia emergem mais e mais casos de violação ao princípio da dignidade da pessoa humana na esfera familiar. Cônjuges agredidos física e moralmente, decepcionados, não com a simples ruptura da relação amorosa não indenizável, mas com a humilhação pela qual tiveram que transpor por exclusiva culpa do outro consorte.

É possível a aplicação dos ditames legais das obrigações no Direito de Família? Pode haver a reparação de danos morais entre cônjuges? São perguntas que serão analisadas no desenvolvimento do presente estudo.

1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Muito se fala, hoje, na proteção à dignidade da pessoa humana. Para tratar sobre o tema, faz-se indispensável uma análise histórica do surgimento de tal princípio.

No Brasil, o grande marco da supremacia do princípio da dignidade da pessoa humana foi a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Nela, ao contrário das Cartas anteriores, os direitos fundamentais despontaram logo no início do texto constitucional, mostrando a importância que deve ser despendida em relação ao tema. Como fundamento da República, o princípio em tela aparece no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988[1].

Vale ressaltar que toda e qualquer pessoa tem sua dignidade como elemento essencial, sendo esta inerente à vida humana[2]. Assim estabelece a Declaração Universal da Organização das Nações Unidas (ONU) de 1948, em seu artigo 1º: “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos”[3].

A dignidade, portanto, nasce com a pessoa e é inerente a ela. Não se pode desrespeitar o direito e a proteção desse elemento essencial da personalidade humana. Dessa forma, tem-se o entendimento que, por ser parte da essência humana, a dignidade é irrenunciável, inalienável e intangível[4]. Porém, conceituar tal axioma é tarefa árdua. Para Paulo Lôbo, “a dignidade da pessoa humana é o núcleo existencial que é essencialmente comum a todas as pessoas humanas, como membros iguais do gênero humano (...)”[5].

Para Ingo Wolfgang Sarlet, tal princípio é

O reduto intangível de cada indivíduo e, neste sentido, a última fronteira contra quaisquer ingerências externas. Tal não significa, contudo, a impossibilidade de que se estabeleçam restrições aos direitos e garantias fundamentais, mas que as restrições efetivadas não ultrapassem o limite intangível imposto pela dignidade da pessoa humana.[6]

Afirma Flávio Tartuce que “não há ramo do Direito Privado em que a dignidade da pessoa humana tenha mais ingerência ou atuação do que o Direito de Família”[7]. Sendo, portanto, o princípio em comento o ponto de partida para o atual Direito de Família no país[8].

O princípio em análise é uma das bases da família e, em razão disso, propicia o satisfatório desenvolvimento de todos os seus membros, especialmente da criança e do adolescente. Para que a comunidade familiar cumpra a sua função, é indispensável que se respeite a dignidade da pessoa em todos os seus aspectos.

Não se pode negar que a família se tornou um palco para inúmeras agressões à dignidade da pessoa humana. Cônjuges traídos, humilhados, agredidos física e emocionalmente têm buscado a possibilidade de reparação dos danos sofridos em razão das angústias, da tristeza e da imensa amargura de que foram vítimas.

2 A RESPONSABILIDADE CIVIL NO ATUAL CONTEXTO

A responsabilidade civil é instituto de extrema importância no desenrolar das relações humanas. Por diversas vezes, pessoas são prejudicadas e necessitam que o causador dos danos os repare. Gravames podem ser gerados nos mais diversos ambientes de contato social: no trânsito, no local de trabalho, em atendimentos médicos e hospitalares, e, também, no âmbito familiar.

Dispõe o artigo 927 do Código Civil Brasileiro, cláusula geral de responsabilidade civil, que aquele que causa dano a outrem, por ato ilícito, é obrigado a repará-lo^[9]. A definição do que constitui ato ilícito está disposta no artigo 186 do mesmo Diploma Legal: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”^[10]. Sílvio de Salvo Venosa afirma que “em princípio, toda atividade que acarreta um prejuízo gera responsabilidade ou dever de indenizar”^[11].

Para Paulo Nader, “à medida que a sociedade se torna mais complexa, ampliando-se as relações e a interdependência das pessoas, a probabilidade de danos cresce”^[12]. Dessa forma, com a evolução das relações sociais e familiares, a ocorrência de danos tornou-se mais frequente, propiciando aumento no número de demandas indenizatórias.

No que tange às relações familiares, a responsabilidade civil será sempre subjetiva, visto que não se enquadra em nenhuma das hipóteses previstas no artigo 927, parágrafo único, do Código Civil^[13], que dispõe sobre a responsabilidade civil objetiva, que independe de culpa do agente.

Sendo subjetiva a responsabilidade no âmbito familiar, torna-se necessária a análise dos elementos caracterizadores deste instituto, quais sejam, a conduta culposa do agente, dano e nexa causal.

A conduta culposa do agente pode decorrer da culpa *stricto sensu* ou do dolo. Nas palavras de Nader, dolo pode ser definido como “intenção, deliberação do espírito”^[14]. A culpa *stricto sensu* é caracterizada pelos elementos negligência, imprudência e imperícia.

Entende Gonçalves^[15] que:

Para que haja obrigação de indenizar, não basta que o autor do fato danoso tenha procedido ilícitamente, violando um direito (subjetivo) de outrem ou infringindo uma norma jurídica tuteladora de interesses particulares. A obrigação de indenizar não existe, em regra, só porque o agente causador do dano procedeu objetivamente mal. É essencial que ele tenha agido com culpa: por ação ou omissão voluntária, por negligência ou imprudência, como expressamente se exige no art. 186 do Código Civil.

Dessa forma, para caracterização do dever de reparação, decorrente da responsabilidade civil subjetiva, deve estar presente a culpa *lato sensu*, ou seja, dolo ou culpa. Assim, “para a teoria subjetiva, o elemento culpa é essencial à caracterização da responsabilidade civil” [16].

Por seu turno, o dano refere-se à ideia de subtração de um bem jurídico. Dessa forma, “o dano é *conditio sine qua non* para a responsabilidade civil” [17]. Sendo assim, não há que se falar em dever de reparação sem que tenha havido dano.

O nexos de causalidade pode ser definido como a relação de causa e efeito entre a conduta e o dano causado. Torna-se imperativo que a lesão ao bem jurídico seja consequência da ação comissiva ou omissiva, contrária ao dever jurídico, do agente [18].

2.1 A Quantificação do Dano Moral

É tarefa árdua o arbitramento do *quantum* indenizatório, principalmente quando os danos ocorreram no âmbito familiar. Para Gonçalves[19], a reparação do dano moral tem natureza dúplice, ou seja, tem caráter compensatório, no que se refere ao lesado, e caráter sancionatório ou punitivo, no que tange ao causador do dano. A natureza compensatória tem por objetivo a atenuação do dano sofrido. O caráter sancionatório, por sua vez, tem por finalidade desestimular que o causador do dano reincida na mesma conduta lesiva.

Importante ressaltar que o caráter punitivo, aqui, não tem relação com o sistema das *punitive damages* que inspira o direito nos Estados Unidos da

América. Tal sistema tem por finalidade a aplicação de um *plus* sobre o valor quantificado, de modo a punir civilmente o causador do dano. No Brasil, a natureza sancionatória é reflexa, já que, conseqüentemente, ao reparar o dano, o agente sofrerá prejuízo patrimonial. [20]

Deve-se ter cautela ao estabelecer o *quantum* a ser reparado, já que a indenização deve ser prudente, de maneira que não se dê chance aos gananciosos que movem o Poder Judiciário em busca de dinheiro e não de reparação pelo dano sofrido. É necessário, portanto, analisar o caso concreto criteriosamente, de modo que não haja um exagero na quantificação pelo julgador.

Além disso, é recomendado que ao analisar a procedência do pedido haja cuidado para que o Poder Judiciário não se torne um instrumento de vingança pessoal. Não se pode ajuizar ação de reparação em busca de vingança, pois o pedido de indenização por danos morais decorrentes da relação paterno-filial deve estar baseado nas más conseqüências e sofrimentos gerados pelo abandono.

Assim, o deferimento do pedido de dano moral por abandono afetivo deve ser muito criterioso, de modo que se afaste os indivíduos ávidos à percepção de dinheiro fácil, evitando-se os ilícitos enriquecedores da doutrina da monetarização desordenada do amor, já que esta não é objetivo maior do Direito das Famílias[21].

Deve-se levar em conta que, no Brasil, não existem critérios definidos para a quantificação do dano moral. O Julgador, ao analisar o caso concreto, deve arbitrar o valor da reparação, considerando a proporcionalidade e o bom senso. Não se pode estabelecer valor exorbitante que seja somente um meio de represália pelo abandonado ou seu representante legal, e não de um instrumento de reparação e conscientização propriamente dito.

3 DA RESPONSABILIDADE CIVIL NAS RELAÇÕES CONJUGAIS

Grande é a divergência fundada na possibilidade de reparação de danos morais entre cônjuges ou companheiros. Doutrina e jurisprudência não convergem pensamentos a respeito do tema. Assim sendo, deve-se ter cautela ao analisar o assunto, já que envolve a sociedade conjugal em um de seus momentos mais complexos: o rompimento e a violação dos deveres conjugais.

Para Ruy Rosado de Aguiar Júnior^[22], existem três sistemas para o tratamento desse desacordo doutrinário e jurisprudencial, quais sejam: ampla admissão da responsabilização por danos morais causados por um cônjuge ao outro, seja por ofensas durante a constância do casamento ou da união estável, seja pela ruptura da sociedade conjugal; negativa peremptória da reparação entre cônjuges ou companheiros; e, em posição intermediária, a admissão da responsabilidade do cônjuge, com restrições quanto à intensidade do gravame sofrido, bem como à natureza e ao fato gerador do prejuízo.

A primeira posição tem o entendimento de que no âmbito conjugal, caso haja descumprimento dos deveres familiares, deve haver a ampla responsabilização do cônjuge que deu causa à violação. Assim, para essa teoria, os regramentos da responsabilidade civil podem ser indistintamente aplicados às relações conjugais, não se estabelecendo nenhum obstáculo à reparação de danos morais no âmbito conjugal.

O segundo entendimento nega qualquer possibilidade de responsabilização civil por danos morais entre cônjuges ou companheiros. Para essa posição, têm-se dois argumentos: a especialidade do Direito de Família, visto que possui institutos próprios para a resolução de conflitos, e a improdutividade da extensão dos ditames da responsabilidade civil a relações amorosas. Para tal posição, a aplicação dos regramentos do instituto do dano moral nas relações conjugais contribuiria para a ocorrência de novos desentendimentos intrafamiliares.

A posição intermediária e, salvo melhor juízo, mais acertada, estabelece que não pode ocorrer responsabilidade civil nas relações conjugais, exceto nos casos de ocorrência do princípio geral da responsabilidade civil, devendo os danos injustos serem reparados^[23]. Dessa forma, deveriam ser indenizados somente os danos que transgridam os direitos de personalidade do cônjuge e sua dignidade, e não o simples término do relacionamento ou o descumprimento dos deveres maritais.

3.1 Indenização por Danos Morais Decorrentes do Término da Relação Conjugal

Muitas são as ações ajuizadas em busca de indenização por abalo moral decorrente do fim da relação amorosa. São inegáveis as consequências psicológicas negativas que o rompimento de uma relação conjugal acarreta. Porém, deve-se ter cautela, uma vez serem essas implicações plenamente comuns e superáveis quando se trata do simples término do casamento ou da união estável.

Não há casal que possua garantia de eternidade da relação. Ora se ama, ora não se ama mais: esse é o desfecho da maioria dos relacionamentos amorosos. Sendo assim, o término da relação afetiva é acontecimento provável e faz parte da ordem natural da vida[24]. Estamos sujeitos aos sofrimentos que o rompimento pode causar, pois se trata de assunção de riscos inerentes à relação amorosa. Pode, um dia, o amor se esvaír e um dos cônjuges desejar se retirar do relacionamento. Ora, existe liberdade de escolha e o exercício desta não gera o dever de indenizar. Não existe a obrigação de amar eternamente o cônjuge ou companheiro.

Nesse sentido, entende-se que “o sentimento que deve unir duas pessoas que encetam a união deve ser sempre o amor. (...) Quando o amor cessa, uma das consequências inevitáveis é a separação”[25]. Destarte, tendo as partes um casamento ou uma união estável, o afeto e o amor devem ser o elo entre elas; se cessa a afetividade, a relação conjugal não perdura, não se podendo reparar os danos causados pelo desamor.

Dessa maneira, carece de fundamento legal, na atual legislação, o pedido consubstanciado só no fato da ruptura conjugal, ainda que por vontade do outro cônjuge[26]. É o que mostra a jurisprudência dominante no país: o simples ponto final da relação amorosa não enseja reparação de danos extrapatrimoniais. Se assim não o fosse, estar-se-ia violando a liberdade de constituição e rompimento das relações amorosas e o princípio da autonomia da vontade. É atitude simplista e maniqueísta eleger um culpado pelo fim da relação, quando o término do amor é decorrente de um desgaste natural do relacionamento, não ensejando a ruptura do matrimônio dever de reparação de dano moral[27].

Cada cônjuge tem o direito de opção, ou seja, tem autonomia individual, uma vez que ambos os participantes da relação amorosa encontram-se em um patamar igualitário. Desse modo, trata-se de relação totalmente simétrica, tendo

os entes da sociedade conjugal liberdade de escolha e de dissolução, podendo pôr fim ao relacionamento sem que se cometa ato ilícito ensejador de reparação.

Não cabe, por essa razão, demanda indenizatória baseada tão-somente no término do casamento ou da união estável. Responsabilizar por danos morais o cônjuge que deu fim ao relacionamento seria tolher a liberdade de opção de vida que todo indivíduo possui.

Para Maria Berenice Dias[28], “não gera o casamento qualquer obrigação ou compromisso de caráter definitivo, cujo ‘distrato’ possa ensejar o reconhecimento da ocorrência de dano moral suscetível de ser indenizado”. E de acordo com Paulo Nader[29], o desamor, ou o rompimento unilateral da união, por si só, não caracteriza dano moral reparável, já que não há garantia de perpetuidade da relação afetiva.

Logo, “muito embora se possa conceber que o término da união estável por vontade de uma das partes possa ocasionar sofrimento ao outro, este tipo de sentimento ou dor não deve ser reputado como passível de dano moral”[30]. Para a materialização do dano, deve haver prova robusta da lesividade com que agiu o cônjuge que tomou iniciativa pelo rompimento, caso contrário estar-se-ia diante de uma forma de constrangimento para que se evite a ruptura.

Imagine-se a infinidade de demandas que seriam ajuizadas em busca de reparação de danos morais em decorrência do término da relação conjugal. O amor pode terminar, mas a vida deve continuar, em decorrência de a ruptura ser fato comum da vida. Quase todos passarão, em algum momento, por infortúnios deste patamar.

E, por ser componente do dia a dia e da instabilidade sentimental do ser humano, não caberia demandar em busca de ressarcimento de danos de ordem moral. Assim, sendo o término da relação amorosa fato da vida, não há que se falar em reparação de danos extrapatrimoniais[31].

Para Silvio de Salvo Venosa[32], o casamento apresenta diversas vicissitudes que não ensejam dever de indenizar somente em virtude da ruptura conjugal. Dessa, forma, ao aceitar a possibilidade de reparação de danos morais

pelo término da relação amorosa, estar-se-ia diante de uma responsabilização objetiva nas relações conjugais.

Para Vitor Ugo Oltramari[33], o fim do amor não configura ato revestido de ilicitude e impõe o fim do casamento e da união estável. Entende o autor que para que haja possibilidade de responsabilização civil entre cônjuges ou companheiros não basta que ocorra a ruptura por culpa de um destes, mostra-se indispensável que a culpa exceda as fronteiras do comum desentendimento conjugal.

De fato, quando o rompimento se dá de forma que as partes respeitem suas individualidades e dignidade, bem como o bem-estar dos filhos menores, não há que se falar em dano indenizável. Dessa maneira, o desenlace, por si só, não gera indenização[34].

Cabe aos cônjuges, à realização do matrimônio e ao início da união estável, avaliar o risco de sofrimento em razão de um eventual rompimento. Em momento posterior ao término, não há que se falar em reparação de danos, visto que se pressupõe que o casal estava ciente de que a relação não seria eterna.

Neste sentido afirma Fábio Siebeneichler de Andrade que

O eventual sofrimento a ser sentido pelo cônjuge pelo término da relação conjugal deve ser situação a ser tomada necessariamente em consideração, ao contrair-se o matrimônio. Admitir-se a possibilidade de indenização pelos efeitos do divórcio seria instituir – de forma indireta – uma espécie de pressão por parte de um dos conviventes sobre o outro, a fim de evitar a dissolução do vínculo.[35]

É claro que o término de uma relação amorosa prolongada gera mágoa, sensação de abandono, decepção e frustração de expectativas, qualquer que tenha sido o fato ensejador da ruptura. Porém, apesar da intensidade desses sentimentos, esses são fatos da vida, e não há reparação possível de ordem econômica. Demandas judiciais dessa natureza seriam uma espécie de vingança, retaliação[36].

Regina Beatriz Tavares da Silva[37] afirma que “quem rompe uma relação de casamento ou de união estável por falta de amor está exercendo regularmente

um direito, que é o de separar-se, sendo esta uma excludente de responsabilidade civil”. É sabido que quem pratica um direito que lhe é próprio legitimamente não tem o dever de indenizar pelas consequências e sofrimentos causados por esse exercício. Sendo assim, desde que o possuidor do direito subjetivo não aja com exorbitância, contra ele não caberá demanda indenizatória[38].

Ademais, não cabe ao Judiciário e ao legislador contribuírem para o agravamento dos conflitos gerados pela dissolução do vínculo conjugal. Assim, é dever do Estado resguardar as relações entre os ex-companheiros para que não se violem, por consequência, os direitos de personalidade dos filhos do casal[39]. Sabe-se que a beligerância gerada pela dissolução do relacionamento, sem dúvidas, agravar-se-ia com o pleito indenizatório fundado no simples rompimento.

Dessa maneira, somente se houver grave violação aos direitos de personalidade do cônjuge pode o Judiciário arbitrar indenização por danos morais. Se apenas houve o rompimento da relação, sem ofensa à dignidade de cada consorte, não se pode falar em ato ilícito e, conseqüentemente, danos morais.

3.2 Indenização por Danos Morais Decorrentes da Violação dos Deveres Conjugais

Estabelece o Código Civil, em seu artigo 1.566[40], como deveres conjugais a fidelidade recíproca, a vida em comum, mútua assistência, sustento, guarda e educação dos filhos e respeito e consideração mútuos.

O dever de fidelidade recíproca era anteriormente compreendido como um modo de proteger a paz doméstica e coibir a *turbatio sanguinis*, voltando-se, primeiramente, ao controle da fidelidade e sexualidade feminina. Com o advento da Constituição Federal de 1988 e do Código Civil de 2002, a utilidade desse dever perdeu consistência, em virtude da igualdade absoluta dos filhos de qualquer origem[41]. Trata-se a fidelidade do mais polêmico dever marital e maior gerador de conflitos entre os casais.

Quanto ao dever de respeito e consideração mútuos, deve-se considerar que este é dever especial de abstenção em face dos direitos pessoais absolutos do outro cônjuge, respeitando-se a liberdade individual e os direitos de personalidade do cônjuge ou companheiro. Assim, esse dever marital abrange a

proteção da integridade física e emocional, da honra, da vida e da privacidade do outro consorte[42].

O dever de vida em comum no domicílio conjugal ou dever de coabitação perdeu consistência com a emancipação feminina e a inserção das mulheres no mercado de trabalho e se tornou conceito ultrapassado. Além disso, em virtude do princípio constitucional da liberdade familiar, podem os cônjuges decidir viver em lares distintos[43].

O dever de mútua assistência, por seu turno, está vinculado à ajuda moral e material. Os cônjuges devem se apoiar nos momentos bons e ruins, confortando-se moralmente entre si. Já a ajuda material diz respeito ao provimento dos meios necessários para a manutenção da família, de acordo com os rendimentos econômicos dos cônjuges ou companheiros, com oferecimento de alimentação, vestuário, habitação, saúde, etc. O não cumprimento desse dever gera o dever de alimentos, dentro dos requisitos da necessidade e da possibilidade[44].

O dever de sustento, guarda e educação da prole diz respeito à assistência material, à convivência familiar e ao provimento dos meios necessários para a formação dos filhos. Esse dever, se descumprido em face dos filhos, pode gerar condenação ao pagamento de alimentos, perda do poder familiar e, ainda, condenação ao pagamento de indenização por danos morais, já que se violam os direitos de personalidade da criança[45].

Existem entendimentos diversos a respeito da possibilidade ou não de aplicação de reparação de danos morais em virtude do descumprimento dos deveres conjugais. Quem admite essa possibilidade entende que a quebra de um dever marital viola o princípio da dignidade da pessoa humana, já que aquele que é traído, por exemplo, não se sente honrado e amado[46]. Além disso, entende-se que a relativização dos deveres matrimoniais seria inadmissível e a negativa da prestação jurisdicional poderia levar o ofendido à revolta e à vingança privada[47].

Para aqueles que têm o entendimento de que os regramentos da responsabilidade civil devem ser aplicados amplamente nas relações amorosas, o simples descumprimento dos deveres citados no artigo 1.566 do Código Civil, já comentado anteriormente, seria suficiente para ensejar indenização por danos morais[48].

Essa posição doutrinária, que aceita a aplicação dos regramentos da responsabilidade civil em razão da violação dos deveres conjugais, fundamenta-se no princípio da dignidade da pessoa humana, entendendo ser possível, por exemplo, a reparação de danos decorrentes da infidelidade do consorte. Assim, entendem os favoráveis a essa posição que:

A infidelidade conjugal, além de aviltar contra a instituição família, tanto no seu aspecto legal quanto no aspecto emocional, denota flagrante violação ao princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que o cônjuge ultrajado vê seu projeto de vida dilacerado. Em decorrência de tal ato, o consorte traído é humilhado, injuriado e sofre frustração que, por vezes, se constitui em uma agressão moral de maior intensidade que uma lesão física (...).[\[49\]](#)

Entretanto, pela análise das posições doutrinárias diversas, não condiz com o atual contexto da família que o simples deslize, como, por exemplo, uma traição, sem consequências mais graves senão a decepção do cônjuge traído, seja fato ensejador de indenização por danos morais.

O Poder Judiciário já estabelece que a responsabilidade civil do cônjuge por mera violação dos deveres conjugais não é posição mais acertada, entendendo-se, portanto, que

a indenização por danos morais em sede de Direito de Família é excepcional e somente se justifica em razão de fato de extrema gravidade, que se configura em conduta antijurídica grave e que provoca lesão grave ao direito do outro cônjuge.[\[50\]](#)

Não se pode esperar que o consorte aja com perfeição em todos os momentos da vida, afinal, é notório que não existe o ser humano perfeito, que não magoe ninguém ao longo da vida e que sempre se comporte dentro dos padrões da moralidade e do esmero.

Para Maria Celina Bodin de Moraes[\[51\]](#), quem acredita que o cônjuge ou companheiro é perfeito e, posteriormente, descobre a dura realidade da

imperfeição, vê-se diante de um sapo no lugar do príncipe ou de uma bruxa ocupando o lugar de sua mulher, passando a se vitimizar, conduta que é uma infeliz característica da atualidade vivida, gerando uma responsabilização excessiva.

Conclui a referida autora que, se os deveres conjugais não estão sendo cumpridos pelos cônjuges ou companheiros, foge ao Direito investigar o porquê, já que a solução para esse conflito é a dissolução da união, com fulcro na impossibilidade da comunhão de vida prevista no artigo 1.573^[52] do Código Civil. Assim, entende-se que questões que envolvam o mero rompimento da relação conjugal devem ser resolvidas por meio dos institutos próprios do Direito de Família^[53].

A violação de quaisquer desses deveres poderá ensejar a dissolução da sociedade conjugal, porém, deve-se atentar ao mais polêmico dos deveres maritais, qual seja a fidelidade recíproca, uma vez que o ordenamento jurídico pátrio se assenta na ideia de monogamia^[54]. No presente estudo, será analisada, mormente, a responsabilização civil pelo descumprimento do dever de fidelidade, em virtude da polemicidade gerada por tal violação.

Dessa forma, deve-se atentar ao risco de deferir, indistintamente, pedido de reparação de danos decorrentes do não cumprimento dos deveres maritais, já que, se assim não o fosse, a maioria das ações de separação judicial seria cumulada com pleito de reparabilidade de danos morais^[55].

Tem-se entendido que a simples violação dos deveres conjugais não gera o dever de indenizar, já que estamos sujeitos aos percalços que a vida em comum pode causar. Para demonstração desse entendimento se lança mão do seguinte julgado:

apelação cível. separação. dano moral.
inocorrência.

Descabe perquirir acerca da culpa pelo rompimento da relação conjugal. A traição, por si só, não gera o dever de indenizar (grifos não originais). Da mesma forma, as consequências que eventualmente advém desse fato não podem gerar,

na medida em que estão fora da esfera de responsabilidade do dos cônjuges. As alegações de conhecimento da sociedade acerca do ocorrido ou mesmo o sentimento de humilhação por parte da vítima estão implícitas ao próprio fato e, por isso, fora do alcance do demandado.

Discussão que não leva a objetivo algum, senão a satisfação pessoal de erigir-se como inocente na estrutura do casamento. Difícil, contudo, definir o verdadeiro responsável pela deterioração matrimonial. Logo, não se mostra razoável que o Estado invada a privacidade do casal para apontar aquele que, muitas vezes, nem é o autor da fragilização do afeto. NEGARAM PROVIMENTO. [\[56\]](#)

Assim, a fidelidade, enquanto direito-dever, se descumprida, serve pura e simplesmente como fundamento para justificar a busca pelo término do casamento ou da união estável. Destarte, “a imputação da culpa pelo descumprimento do dever de mútua fidelidade não permite buscar seu adimplemento durante a constância do vínculo matrimonial, concedendo tão-só um direito à separação” [\[57\]](#).

Decidiu o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo [\[58\]](#) que a traição, em si mesma, não configura ato ilícito que dê causa à ocorrência de dano moral indenizável. Estabeleceu o julgado que as relações extraconjugais são efeitos da perda do afeto e do amor que vigoraram no momento inicial do casamento ou da união estável. Tal perda, de certa forma, facilita a ocorrência de relações com terceiros.

O mesmo Tribunal [\[59\]](#) dispôs que não há que se falar em reparação de danos morais quando o consorte manteve relação amorosa fora da união conjugal com pessoa do mesmo sexo, caracterizando um relacionamento homossexual. Seria preconceituoso e arcaico concluir que ser traído em virtude de uma relação homossexual torna o fato da violação da fidelidade mais danoso. Portanto, nesse caso, descabe pleito indenizatório, em razão do princípio constitucional da isonomia.

Doutrina e jurisprudência têm se inclinado pela admissibilidade de indenização por dano moral no casamento ou na união estável somente em face de cometimento de ilícito penal praticado por um cônjuge ou companheiro em detrimento do outro, mas não em virtude de violação dos deveres maritais. Dessa maneira, a infidelidade e a geração de um filho fora da sociedade conjugal, sem que se esconda a verdadeira paternidade do rebento, por si só, não ensejam reparação de danos morais, por exemplo[60].

Para Gonçalves[61], “em princípio, animosidades ou desavenças de cunho familiar, ou mesmo relacionamentos extraconjugais, que constituem causas de separação judicial, não configuram circunstâncias ensejadoras de indenização”. Ou seja, não é toda conduta que descumpra os deveres conjugais que gera o dever de indenizar.

Esses argumentos não significam a total vedação à hipótese de indenização entre os integrantes das relações afetivas, já que é exacerbada a afirmação de que haveria uma imunidade entre os cônjuges[62]. Existem situações, analisadas no próximo item, que atingem os direitos de personalidade do cônjuge, sendo este gravemente humilhado, agredido física e moralmente, razão pela qual se poderia cogitar a aplicação dos regramentos da responsabilidade civil nas relações conjugais, como admite a posição intermediária sobre o tema.

Assim sendo, a partir da análise dos argumentos supracitados, é possível entender que não há possibilidade de demanda indenizatória em virtude tão-somente da violação de dever conjugal, já que no que diz respeito à violação dos deveres conjugais, deve-se analisar o binômio sociedade conjugal e escolhas individuais de cada cônjuge. Segundo doutrina mais atenta, os direitos do indivíduo e suas próprias opções de vida prevalecem sobre a solidariedade familiar, não ensejando o descumprimento dos deveres conjugais possibilidade de ação de responsabilidade civil[63].

3.3 Situações Passíveis de Reparação por Danos Morais

Passada a análise das situações em que, em tese, não cabe reparação em virtude de danos de ordem moral, entra-se na apreciação das situações passíveis de demanda em busca de indenização pelos gravames sofridos. Por óbvio, existem

casos de clara violação à dignidade da pessoa humana no âmbito das relações conjugais, em que um dos consortes é humilhado, ofendido e, até mesmo, agredido fisicamente.

Tais casos, evidentemente, merecem reparação, já que se viola a dignidade da pessoa humana. Assim, apenas situações intensas que adentram a esfera dos direitos de personalidade fazem jus à concessão de dano moral. Somente episódios que atentam gravemente contra a preservação da integridade física e mental do cônjuge ensejariam responsabilização por danos extrapatrimoniais.

Destarte, o ilícito praticado por uma pessoa em detrimento da outra gera o dever de indenizar, sendo ou não cônjuges ou companheiros. É o que afirma Maria Celina Bodin de Moraes[64]: “evidentemente, qualquer ilícito praticado – como o cárcere privado, a violência física ou moral (...) – por uma pessoa em relação à outra, sendo ou não sendo cônjuge, acarretará dano moral a ser indenizado”. No mesmo sentido, afirma Maria Alice Costa Hofmeister que “é cabível a indenização por dano moral entre cônjuges. Não resta dúvida de que o ato ilícito praticado por um cônjuge contra outro é passível de reparação civil, não há que diferenciar o ilícito em razão do agente”[65].

Para Venosa[66], à prática de fatos ou atos graves e desabonadores por um dos cônjuges contra o outro se aplicam os princípios gerais do dever de indenizar. Assim, o dever de reparação só é gerado em situações anormais, que extrapolam os limites impostos pela dignidade da pessoa humana.

Afirma o autor supracitado que “pode ocorrer ruptura da sociedade, porém, na qual a personalidade de um ou de ambos os sujeitos seja violentada”[67], gerando-se, então o direito à reparação dos danos sofridos. Nesse diapasão, o que deve ser reparado é o exagero da conduta do cônjuge ou companheiro que gera grave distúrbio moral ao outro.

Paulo Nader[68] entende que o casamento e a união estável não trazem imunidades da responsabilização civil. Os direitos de personalidade dos consortes se mantêm em sua integridade na constância da relação conjugal, devendo ser respeitados em sua integralidade por ambos os companheiros.

Tratando-se de término da relação conjugal, deve-se analisar de que maneira se deram os fatos, seja ela fruto do casamento ou da união estável. Se, por exemplo, houve traição que se constituiu fato notório a todos na família e na vizinhança por vontade do cônjuge adúltero, caberia, sim, reparação de danos ao homem ou à mulher traída, em razão da extrema humilhação causada propositalmente. Torna-se claro, então, que o ato ilícito praticado por uma pessoa em relação à outra dá origem ao dano moral indenizável, sendo os envolvidos cônjuges ou não.

Da mesma forma, o enredo muda quando um dos cônjuges pratica agressões físicas e morais contra o outro. Quando há casamento ou união estável, não se assume o risco de ser agredido. Assim como em todas as relações humanas, espera-se o mínimo de respeito à integridade física e moral da pessoa humana. Ser agredido pela pessoa que se ama é, sem dúvidas, fato de extremo sofrimento, devendo o dano ser reparado.

Assim sendo, as sevícias praticadas em detrimento do cônjuge ocasionam dever indenizatório, alicerçando tanto a ruptura da sociedade conjugal quanto a possibilidade de pleito reparatório dos danos morais causados[69].

Estabelece Rizzardo[70] que “o casamento e a união estável não se colocam como obstáculos à indenização por danos que normalmente se concedem às pessoas lesadas não vinculadas por tais formas de relação”.

Quando a briga conjugal deixa de ser uma discussão civilizada e adentra a seara das agressões, deixa-se consequências físicas e morais negativas, ensejando sofrimento acentuado, razão pela qual seria possível a busca judiciária de reparação dos danos de ordem moral sofridos. Nesses casos, para que seja possível a concessão indenizatória, é necessário que seja aferido o grau de culpa do agente, bem como o potencial lesivo e a intensidade do sofrimento no ânimo psíquico e moral da vítima[71].

Nessa perspectiva, seria possível cogitar-se dano moral nas relações conjugais somente em situações especialíssimas, de extrema lesividade à dignidade da pessoa humana. Isso deve-se ao fato de que na seara familiar são comuns desentendimentos, ressentimentos e mágoas que podem causar sofrimento e dor, mas que não caracterizariam, *per se*, ato ilícito[72].

Caso de extrema violação aos direitos de personalidade do cônjuge é a ocultação da verdadeira paternidade biológica dos filhos do casal. Já se pronunciou o Superior Tribunal de Justiça estabelecendo que “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” [73]. Dessa forma, a conduta omissiva da mãe que esconde dolosamente do cônjuge ou companheiro que este não é pai de seus filhos caracteriza ato ilícito, ensejando indenização, em razão dos graves danos morais sofridos.

Outro exemplo de grave transgressão aos direitos do consorte é a transmissão de doenças sexualmente transmissíveis em virtude de se ter mantido relações sexuais fora do casamento sem a devida proteção. Esse fato, além de poder caracterizar ilícito penal previsto no artigo 130 do Código Penal [74], em tese, dá azo à indenização por danos morais, em virtude do extremo gravame sofrido pelo traído. É inegável o grave sofrimento do cônjuge que, em virtude de uma traição, é contaminado por doença venérea, já que desrespeitada sua integridade física e moral, devendo o consorte que teve o relacionamento extraconjugal indenização por danos morais, como mostra a jurisprudência pátria [75].

Torna-se evidente, portanto, que não são os dissabores do cotidiano da relação conjugal que dão azo à reparação de dano moral, mas, sim, situações que violam gravemente a dignidade do cônjuge ou companheiro, como na ementa abaixo transcrita:

Responsabilidade civil - Danos morais decorrentes de separação judicial litigiosa - Provada a culpa pelo término do casamento, por abuso sexual praticado contra o neto no recesso do lar, fica caracterizada a lesão de direito de personalidade da esposa diante da gravidade do quadro e da descoberta de um grave desvio de caráter do marido, o que justifica arbitramento de danos morais, sem que isso repercuta na partilha de bens - Provimento, em parte. [76]

Para Vitor Ugo Oltramari [77], a impunidade não pode reinar e as agressões perpetradas por um cônjuge em detrimento do outro devem ser reparadas, já que

no seio da família deve persistir a harmonia. Não se pode aceitar, portanto, a existência de imunidade absoluta entre os companheiros.

Dessa maneira, tem-se o entendimento de que:

Nesses casos não é pretendido, como quer parte da doutrina e da jurisprudência, que o amor seja indenizado, mas, sim, que seja reparado o dano causado ao cônjuge inocente e vítima de conduta criminosa, ofensiva à sua integridade moral, produzindo dor martirizante e profundo mal-estar e angústia.[\[78\]](#)

Feitas as considerações a respeito das situações passíveis de indenização em âmbito conjugal, deve-se estabelecer a ideia de que a aferição da ocorrência do dano moral deve ser elaborada com prudência, já que não será qualquer conduta do cônjuge ou companheiro que ensejará pleito indenizatório[\[79\]](#). A cautela deve ser significativa de modo que os conflitos conjugais não se agravem.

Questão igualmente importante se refere à fixação do *quantum* ressarcitório, uma vez que não se pode estabelecer valor ínfimo, para que não haja um ultraje ao sofrimento do demandante, nem valor exacerbado, porquanto a responsabilidade civil, principalmente nas relações conjugais, não pode servir como meio de retaliação ou vingança. Deve satisfazer o valor indenizatório tanto o seu caráter compensatório, relacionado à vítima, como o seu caráter sancionatório, relacionado ao causador do dano.

CONCLUSÃO

As modificações ocorridas no conceito de entidade familiar são incontestes. A mulher não é mais sinônimo de esposa ou dona de casa. O homem não é mais, obrigatoriamente, o chefe da família e responsável pelo sustento material da esposa e dos filhos.

O casamento não mais se dá em razão de convenções sociais, mas, sim, pela afetividade, que deve ser o elo entre o casal. Como em todas as relações familiares, a convivência entre cônjuges e entre pais e filhos deve estar baseada no afeto como instrumento de proteção da dignidade dos membros da família.

O grupo familiar tomou formas diversas e não se configura mais somente com o casamento. Existem, na atualidade, famílias monoparentais, homoafetivas, formadas pelo matrimônio, formadas pela união estável, dentre outras. Não se estabelece o grupo familiar em torno do despotismo da figura paterna, como era a praxe na vigência do Código Civil de 1916. Dessa forma, constata-se que a família não pressupõe matrimônio.

A família, então, não mais partilha dos objetivos religiosos, procracionais, políticos e econômicos, como em tempos passados. O grupo familiar busca o afeto e o zelo como elementos essenciais para a formação dos componentes do grupo. Ou seja, não se exige mais nessa relação pressupostos objetivos, mas, sim, pressupostos subjetivos, como carinho, afeto, zelo, etc.

O princípio da dignidade da pessoa humana ganha contornos especiais no âmbito do Direito de Família, propiciando a proteção da integridade física e moral de todos os membros do grupo familiar.

Na seara das relações conjugais, a responsabilidade civil ganha diferentes contornos. Entende-se que o simples término da sociedade conjugal não enseja pleito indenizatório por danos morais. Em virtude do princípio da liberdade, é direito do cônjuge ou companheiro pôr ponto final à relação, uma vez que não há a garantia de que o relacionamento será eterno e o fim do amor não configura ato ilícito. Assim, o desenlace, por si só, não gera dano moral indenizável.

Quanto à violação dos deveres conjugais, a partir da análise da jurisprudência pátria, tem-se o entendimento de que o simples descumprimento destes não acarreta responsabilização civil do cônjuge. A solução para a inadimplência dos deveres maritais seria a dissolução da sociedade conjugal e não indenização por danos morais.

Porém, quando tal violação atinge significativamente os direitos de personalidade do consorte, pode haver demanda indenizatória, em razão do princípio da dignidade da pessoa humana. Existem situações em que o conflito entre o casal extrapola os limites da moralidade, merecendo o dano sofrido ser reparado.

No que tange às relações conjugais, a concessão de indenização por danos morais deve se dar quando há violação dos direitos de personalidade e da dignidade da pessoa humana, não ensejando qualquer conflito pedido de reparação. Cabe ao julgador analisar o caso concreto com prudência, não cometendo exageros no tocante ao deferimento do pleito indenizatório.

Importante observação é a que se refere à quantificação do dano moral. É tarefa árdua estabelecer o *quantum* indenizatório, principalmente, quando o dano ocorreu no âmbito familiar. É necessário ter cautela para que o valor não extrapole o limite do aceitável, não sendo irrisório nem abusivo. Além disso, a quantificação deve levar em conta o caráter compensatório, no que se refere à vítima, e o caráter sancionatório, relacionado ao causador do dano.

Além disso, deve-se observar a presença dos elementos caracterizadores da responsabilidade civil subjetiva, quais sejam, a conduta culposa, dano e nexo causal. Sem tais requisitos, não há que se falar em reparação de danos, em qualquer esfera, inclusive na esfera conjugal.

REFERÊNCIAS

AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade Civil no Direito de Família. In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hanssen (Coords.). **Direitos Fundamentais no Direito de Família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2004, p. 359-372.

ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. A reparação de danos morais por dissolução do vínculo conjugal e por violação de deveres pessoais entre cônjuges. **Revista dos Tribunais**, vol. 802, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 11-26.

BRASIL. Código Civil (2002). **Lei 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/2002/L10406.htm>>. Acesso em: 28.março.2011.

BRASIL. Código Penal. **Decreto-Lei 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Rio de Janeiro, RJ. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del2848.htm>>. Acesso em: 8.abril.2011.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 29.março.2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). **Recurso Especial nº 742.137** – RJ. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Julgado em: 3.agosto.2006. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 6.abril.2011.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul (4ª. Câmara Cível). **Apelação Cível nº 20070296664**. Relator: Des. Elpídio Helvécio Chaves Martins. Julgado em: 29.julho.2008. Disponível em: <www.tjms.jus.br>. Acesso em: 11.abril.2011.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (7ª. Câmara Cível). **Apelação Cível nº. 70026482075**. Relator: Des. Ricardo Raupp Ruschel. Julgado em: 22.julho.2009. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=jurisnova>> Acesso em: 6.abril.2011.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (7ª Câmara Cível). **Apelação Cível nº 700284400659**. Relator: Des. Sérgio Fernando De Vasconcellos Chaves. Julgado em: 26.agosto.2009. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=jurisnova>>. Acesso em: 8.abril.2011.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (7ª Câmara Cível). **Apelação Cível nº 70033605452**. Relator: Des. Sérgio Fernando De Vasconcellos Chaves. Julgado em: 20.outubro.2010. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=jurisnova>>. Acesso em: 5.abril.2011.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (8ª. Câmara Cível). **Apelação Cível nº 70035385210**. Relator: Des. Luiz Ari Azambuja Ramos. Julgado em: 22.abril.2010. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=jurisnova>>. Acesso em: 5.abril.2011.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (8ª. Câmara Cível). **Apelação Cível nº 70038451225**. Relator: Des. Alzir Felipe Schmitz. Julgado em: 24.fevereiro.2011. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=jurisnova>>. Acesso em: 5.abril.2011.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (8ª. Câmara Cível). **Apelação Cível nº 70038823811**. Relator: Desembargador Rui Rortanova. Julgado em: 16.dezembro.2010. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=jurisnova>>. Acesso em: 31.março.2011.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (8ª Câmara Cível). **Apelação Cível nº. 70040291148**. Julgado em: 27.janeiro.2011. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=jurisnova>>. Acesso em: 5.abril.2011.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (4ª. Câmara de Direito Privado). **Apelação Cível nº. 36132447**. Relator: Desembargador Maia da Cunha. Julgado em: 27.março.2008. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do>> Acesso em: 13.abril.2011.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (2ª. Câmara de Direito Privado). **Apelação Cível nº. 0398556.4/0-00**. Relator: Desembargador Neves Amorim. Julgado em: 26.outubro.2010. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do>> Acesso em: 13.abril.2011.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, de 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/integra.htm>>. Acesso em: 10.mai.2011.

DIAS, Maria Berenice. **Amor tem preço?** Disponível em: . Acesso em: 8.abril.2011.

DIAS, Maria Berenice. **O Dever de Fidelidade**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=22>>. Acesso em: 8.abril.2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, volume 4: responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2010.

HOFMEISTER, Maria Alice Costa. A Responsabilidade Civil entre Cônjuges. **Direito de família e sucessões** / coordenado por: Sergio Couto, Rolf Madaleno e Mariângela Guerreiro Milhoranza. Sapucaia do Sul: Notadez, 2007.

LAGE, Juliana de Sousa Gomes. Responsabilidade Civil nas Relações Conjugais. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Coords.). **Manual de direito das famílias e das sucessões** – 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 449-470.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: famílias. São Paulo: Saraiva, 2010.

LOMEU, Leandro. **Afeto, Abandono, Responsabilidade e Limite: Diálogos sobre Ponderação**. Revista Síntese Direito de Família, v. 11, n. 57, dez./jan. 2010, p.116.

MARMITT, Arnaldo. **Perdas e Danos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005.

MELO, Nehemias Domingos de. **Dano moral – problemática: do cabimento fixação do quantum**. São Paulo: Atlas, 2011.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos Morais nas Relações de Família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 397-416.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos Morais em Família? Conjugalidade, Parentalidade e Responsabilidade Civil. In: PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). **A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 171-201.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil**, volume 7: Responsabilidade Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

OLTRAMARI, Vitor Ugo. **O Dano Moral na Ruptura da Sociedade Conjugal**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PEREIRA, Sérgio Gischkow. **Estudos de Direito de Família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2004.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 700.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Débito Conjugal. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 531-542.

TARTUCE, Flávio. Novos Princípios do Direito de Família Brasileiro. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Coords.). **Manual de direito das famílias e das sucessões** – 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

TOALDO, Adriane Medianeira; TORRES, Maria Ester Zuanazzi. Indenização por Danos Morais na Separação Conjugal Culposa em Face da Infidelidade. **Revista IOB de Direito de Família**, v. 11, n. 55, ago./set. 2009, p. 85-132.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**, vol.4. São Paulo: Atlas, 2006, p. 1.

WELTER, Belmiro Pedro. Dano Moral na Separação, Divórcio e União Estável. **Revista dos Tribunais**, vol. 775, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 128-135.

NOTAS:

[1] Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana; (...). BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 09.junho.2017.

[2] SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 118.

[3] Art. 1º Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. (...) **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Assembléia Geral da Organização das Nações Unidas, de 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/integra.htm>>. Acesso em: 10.maio.2011.

[4] SARLET. *Op.Cit.*, p. 126.

[5] LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 53.

[6] SARLET. *Op.Cit.*, p. 126.

[7] TARTUCE, Flávio. Novos Princípios do Direito de Família Brasileiro. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. RIBEIRO, Gustavo

Pereira Leite (Coords.). **Manual de direito das famílias e das sucessões** – 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 5.

[8] TARTUCE. *Op.Cit.*, p. 8.

[9] Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. BRASIL. Código Civil (2002). **Lei 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/2002/L10406.htm>>. Acesso em: 28.março.2011.

[10] Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. BRASIL. Código Civil (2002). **Lei 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/2002/L10406.htm>>. Acesso em: 28.março.2011.

[11] VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**, vol.4. São Paulo: Atlas, 2006, p. 1.

[12] NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil**, volume 7: Responsabilidade Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 4.

[13] Art. 927. (...) Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. BRASIL. Código Civil (2002). **Lei 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/2002/L10406.htm>>. Acesso em: 19.junho.2011.

[14] NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil**, volume 7: Responsabilidade Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 97.

[15] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, volume 4: responsabilidade civil. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 314.

[16] NADER. *Op. Cit.*, p. 98.

[17] NADER. *Op. Cit.*, p. 74.

[18] NADER. *Op. Cit.*, p. 112.

[19] GONÇALVES. *Op. Cit.*, p. 399.

[20] GONÇALVES. *Op. Cit.*, p. 400.

[21] LOMEU, Leandro. **Afeto, Abandono, Responsabilidade e Limite: Diálogos sobre Ponderação**. Revista Síntese Direito de Família, v. 11, n. 57, dez./jan. 2010, p.116.

[22] AGUIAR JUNIOR, Ruy Rosado de. Responsabilidade Civil no Direito de Família. In: WELTER, Belmiro Pedro; MADALENO, Rolf Hanssen (Coords.). **Direitos Fundamentais no Direito de Família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2004, p.363.

[23] LAGE, Juliana de Sousa Gomes. Responsabilidade Civil nas Relações Conjugais. In: TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite (Coords.). **Manual de direito das famílias e das sucessões** – 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 453.

[24] ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. A reparação de danos morais por dissolução do vínculo conjugal e por violação de deveres pessoais entre cônjuges. **Revista dos Tribunais**, vol. 802, São Paulo: Revista dos Tribunais, agosto de 2002, p. 23.

[25] 7.^a Câmara Cível do TJRS, 11.fevereiro.1998, RT 752/344.

[26] GONÇALVES. *Op.Cit.*, p. 81.

[27] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (8.^a Câmara Cível). **Apelação Cível nº 70038451225**. Relator: Des. Alzir Felipe Schmitz. Julgado em: 24.fevereiro.2011. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=jurisnova>>. Acesso em: 5.abril.2011.

[28] DIAS, Maria Berenice. **Amor tem preço?** Disponível em: . Acesso em: 8.abril.2011.

[29] NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil**, volume 7: Responsabilidade Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 357.

[30] ANDRADE. *Op.Cit.*, p. 23.

[31] ANDRADE. *Op.Cit.*, p. 24.

[32] VENOSA. *Op.Cit.*, p. 284.

[33] OLTRAMARI, Vitor Ugo. **O Dano Moral na Ruptura da Sociedade Conjugal**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 125.

[34] VENOSA. *Op.Cit.*, p. 285.

[35] ANDRADE. *Op.Cit.*, p. 22.

[36] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (8ª Câmara Cível). **Apelação Cível nº. 70040291148**. Julgado em: 27.janeiro.2011. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=jurisnova>>. Acesso em: 5.abril.2011.

[37] SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Débito Conjugal. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 539.

[38] NADER. *Op.Cit.*, p. 150.

[39] MORAES. *Op.Cit.*, p. 192.

[40] Art. 1.566. São deveres de ambos os cônjuges: I - fidelidade recíproca; II - vida em comum, no domicílio conjugal; III - mútua assistência; IV - sustento, guarda e educação dos filhos; V - respeito e consideração mútuos. BRASIL. Código Civil (2002). **Lei 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/2002/L10406.htm>>. Acesso em: 30.março.2011.

[41] LÔBO. *Op.Cit.*, 2004, p. 12.

[42] LÔBO. *Op. Cit.*, 2004, p. 13.

[43] LÔBO. *Op. Cit.*, 2004, p. 14.

[44] LÔBO. *Op. Cit.*, 2004, p. 15.

[45] LÔBO. *Op. Cit.*, 2004, p. 16.

[46] TOALDO, Adriane Medianeira; TORRES, Maria Ester Zuanazzi. Indenização por Danos Morais na Separação Conjugal Culposa em Face da Infidelidade. **Revista IOB de Direito de Família**, v. 11, n. 55, ago./set. 2009, p. 99.

[47] TOALDO, Adriane Medianeira; TORRES, Maria Ester Zuanazzi. *Op.Cit.*, p. 127.

[48] LAGE. *Op.Cit.*, p. 456.

[49] TOALDO, Adriane Medianeira; TORRES, Maria Ester Zuanazzi. *Op.Cit.*, p. 99.

[50] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (7ª Câmara Cível). **Apelação Cível nº 700284400659**. Relator: Des. Sérgio Fernando De Vasconcellos Chaves. Julgado em: 26.agosto.2009.

Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=jurisnova>>. Acesso em: 8.abril.2011.

[51] MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos Morais nas Relações de Família. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Afeto, Ética, Família e o Novo Código Civil**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 400.

[52] Art. 1.573. Podem caracterizar a impossibilidade da comunhão de vida a ocorrência de algum dos seguintes motivos: I - adultério; II - tentativa de morte; III - sevícia ou injúria grave; IV - abandono voluntário do lar conjugal, durante um ano contínuo; V - condenação por crime infamante; VI - conduta desonrosa. Parágrafo único. O juiz poderá considerar outros fatos que tornem evidente a impossibilidade da vida em comum. BRASIL. Código Civil (2002). **Lei 10.406**, de 10 de janeiro de 2002. Brasília, DF. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/leis/2002/L10406.htm>>. Acesso em: 11.abril.2011.

[53] MORAES, Maria Celina Bodin de. Danos Morais em Família? Conjugalidade, Parentalidade e Responsabilidade Civil. In: PEREIRA, Tânia da Silva; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coords.). **A ética da convivência familiar e sua efetividade no cotidiano dos tribunais**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 191.

[54] TOALDO, Adriane Medianeira; TORRES, Maria Ester Zuanazzi. *Op.Cit.*, p. 96.

[55] PEREIRA, Sérgio Gischkow. **Estudos de Direito de Família**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2004, p. 81.

[56] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (8ª. Câmara Cível). **Apelação Cível nº 70038823811**. Relator: Desembargador Rui Rortanova. Julgado em: 16.dezembro.2010. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=jurisnova>>. Acesso em: 31.março.2011.

[57] DIAS, Maria Berenice. **O Dever de Fidelidade**. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/?artigos&artigo=22>>. Acesso em: 8.abril.2011.

[58] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (4ª. Câmara de Direito Privado). **Apelação Cível nº. 36132447**. Relator: Desembargador Maia da Cunha. Julgado em: 27.março.2008. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsq/consultaCompleta.do>> Acesso em: 13.abril.2011.

[59] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (2ª. Câmara de Direito Privado). **Apelação Cível nº. 0398556.4/0-00**. Relator: Desembargador Neves Amorim. Julgado em: 26.outubro.2010. Disponível

em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsq/consultaCompleta.do>> Acesso em: 13.abril.2011.

[60] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (7ª Câmara Cível). **Apelação Cível nº. 70026482075**. Relator: Desembargador Ricardo Raupp Ruschel. Julgado em: 22.julho.2009. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=jurisnova>> Acesso em: 6.abril.2011.

[61] GONÇALVES. *Op.Cit.*, p. 418.

[62] ANDRADE. *Op.Cit.*, p. 25.

[63] MORAES. *Op.Cit.*, p. 189.

[64] MORAES. *Op.Cit.*, p. 193.

[65] HOFMEISTER, Maria Alice Costa. A Responsabilidade Civil entre Cônjuges. **Direito de família e sucessões** / coordenado por: Sergio Couto, Rolf Madaleno e Mariângela Guerreiro Milhoranza. Sapucaia do Sul: Notadez, 2007.

[66] VENOSA. *Op.Cit.*, p. 285.

[67] VENOSA. *Op.Cit.*, p. 285.

[68] NADER. *Op.Cit.*, p. 356.

[69] MARMITT, Arnaldo. **Perdas e Danos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005, p. 141.

[70] RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 700.

[71] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (7ª Câmara Cível). **Apelação Cível nº 70033605452**. Relator: Des. Sérgio Fernando De Vasconcellos Chaves. Julgado em: 20.outubro.2010. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=jurisnova>>. Acesso em: 5.abril.2011.

[72] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (8ª Câmara Cível). **Apelação Cível nº 70035385210**. Relator: Des. Luiz Ari Azambuja Ramos. Julgado em: 22.abril.2010. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=jurisnova>>. Acesso em: 5.abril.2011.

[73] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª Turma). **Recurso Especial nº 742.137 – RJ**. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Julgado em: 3.agosto.2006. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/>>. Acesso em: 6.abril.2011.

[74] Art. 130 - Expor alguém, por meio de relações sexuais ou qualquer ato libidinoso, a contágio de moléstia venérea, de que sabe ou deve saber que está contaminado: Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa. (...). BRASIL. Código Penal. **Decreto-Lei 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Rio de Janeiro, RJ. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del2848.htm>>. Acesso em: 8.abril.2011.

[75] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul (4ª. Câmara Cível). **Apelação Cível nº 20070296664**. Relator: Des. Elpídio Helvécio Chaves Martins. Julgado em: 29.julho.2008. Disponível em: <www.tjms.jus.br>. Acesso em: 11.abril.2011.

[76] BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (4ª. Câmara de Direito Privado). **Apelação Cível nº 552 594 4/5-00**. Relator: Des. Ênio Santarelli Zuliani. Julgado em: 4.junho.2009. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do>> Acesso em: 9.abril.2011.

[77] OLTRAMARI. *Op.Cit.*, p. 123.

[78] WELTER, Belmiro Pedro. Dano Moral na Separação, Divórcio e União Estável. **Revista dos Tribunais**, vol. 775, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 128-135.

[79] MELO, Nehemias Domingos de. **Dano moral – problemática: do cabimento à fixação do quantum**. São Paulo: Atlas, 2011, p. 177.

DA INEXISTÊNCIA DE ISENÇÃO DE PIS E COFINS NAS VENDAS REALIZADAS EM OPERAÇÕES INTERNAS NA ZONA FRANCA DE MANAUS

ERICK JOSEPH RABELO CHAGAS: Analista do MPU/Apoio Jurídico/Direito. Assistente nível III - Gabinete de Subprocuradora-Geral da República. Ensino Superior: Direito, pela Instituição IESP. Especialização: Direito Tributário, pela Instituição IESP.

RESUMO: Este trabalho tem por objetivo sedimentar a inexistência de isenção de PIS e COFINS nas operações internas realizadas na Zona Franca de Manaus, almejando diferenciar estas em face dos negócios jurídicos entre empresas situadas fora da Zona de Livre Comércio e as lá situadas.

Palavras-chave: Isenção. PIS. COFINS. Zona. Franca. Manaus. Operações. Internas.

SUMÁRIO: Seção inicial – 2. Da isenção como causa de exclusão do crédito tributário – 3. Do benefício que equipara operações de vendas para a Zona Franca de Manaus e sua natureza – 4. Da disciplina do PIS e da COFINS na Zona Franca de Manaus – 5. Conclusão – Referências.

1. SEÇÃO INICIAL (INTRODUÇÃO)

O tema escolhido resume-se à inexistência de isenção de PIS e COFINS nas operações internas realizadas na Zona Franca de Manaus, diferentemente do que ocorre com a hipótese isentiva prevista no art. 4º do DL 288/67.

Sinteticamente, a isenção apenas pode ser concedida quando houver lei que a discipline, de maneira que não é possível a utilização de interpretação extensiva a fim de abarcar outra situação nela não elencada, mesmo que haja fundamentos econômicos para isto.

Almejou-se visualizar, como problemática, a controvérsia judicial atinente à extensão da isenção de operações realizadas entre diversos Estados e a Zona Franca de Manaus às ocorridas internamente.

Desta feita, resolveu-se estudar os aspectos doutrinários, legais e jurisprudenciais que envolvem a temática, tomando uma posição geral e única acerca da inexistência de isenção em operações internas ocorridas na Zona Franca de Manaus.

2 DA ISENÇÃO COMO CAUSA DE EXCLUSÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

O Código Tributário Nacional traz a isenção como causa de exclusão do crédito tributário em seu art. 175, I, *in verbis*:

Art. 175. Excluem o crédito tributário:
I – a isenção;

Para boa parte da doutrina, a isenção dispensa o sujeito passivo do tributo de seu respectivo pagamento, motivo por que o fato gerador e a obrigação tributária ocorreriam, sendo impossibilitada, contudo, a constituição do crédito.

É de se ressaltar também a lição de Alfredo Augusto Becker, para quem a isenção configura norma negativa da regra jurídica de incidência, razão pela qual não se deve falar em obrigação tributária quando de sua existência. Veja-se:

“Na verdade, não existe aquela anterior relação jurídica e a respectiva obrigação tributária que seriam desfeitas pela incidência da regra jurídica de isenção. Para que pudesse existir aquela anterior relação jurídica tributária, seria indispensável que, antes da incidência da regra jurídica de isenção, houvesse ocorrido a incidência da regra jurídica de tributação. Porém, esta nunca chegou a incidir porque faltou, ou excedeu, um dos elementos de composição de sua hipótese de incidência, sem o qual, ou com o qual, ela não se realiza. Ora, aquele elemento faltante, ou excedente, é justamente o elemento que, entrando na composição da regra jurídica de isenção, permitiu diferenciá-la da regra jurídica de tributação, de modo que aquele elemento sempre realizará uma única hipótese de incidência: a de isenção, e desencadeará uma única incidência: a da regra jurídica de isenção, cujo efeito jurídico é negar existência de relação jurídica tributária. A

regra jurídica de isenção incide para que a tributação não possa incidir.” (BECKER, Alfredo Augusto, 2013, p. 526327).

O que todos concordam, entretanto, é que é necessária que a isenção seja concedida mediante lei, inclusive pelo fato de o § 6º do art. 150 da Constituição Federal assim exigir. Confira-se:

§ 6º Qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições, só poderá ser concedido mediante lei específica, federal, estadual ou municipal, que regule exclusivamente as matérias acima enumeradas ou o correspondente tributo ou contribuição, sem prejuízo do disposto no art. 155, § 2.º, XII, g. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

No mesmo sentido, o art. 176 do Código Tributária Nacional determina que a isenção deve ser prevista em lei:

Art. 176. A isenção, ainda quando prevista em contrato, é sempre decorrente de lei que especifique as condições e requisitos exigidos para a sua concessão, os tributos a que se aplica e, sendo caso, o prazo de sua duração.

O último ponto importante para a compreensão do presente artigo diz respeito à interpretação da regra isentiva, a qual deve ser feita de modo literal, conforme o art. 111, II, do CTN.

Com efeito, a interpretação literal resguarda a incidência tributária, uma vez que, sendo a isenção a exceção, não se deve dar contornos mais alargados ao dito pelo legislador, conforme se percebe nas palavras de Luís Eduardo Schoueri:

“A isenção própria é vista pelo Código Tributário Nacional como uma exceção. A regra é que, da incidência, surja o dever de pagar o tributo. Em matéria jurídica, vale o princípio de que toda regra excepcional se interpreta restritivamente. É por isso que o art. 177 do Código

Tributário Nacional esclarece que a isenção não se estende, salvo disposição em contrário, às taxas e às contribuições de melhoria e aos tributos instituídos posteriormente à sua concessão.

Coaduna-se o dispositivo com o art. 111 do Código Tributário Nacional, segundo a qual as normas relativas à isenção se interpretam literalmente: não caberia pressupor que o legislador tenha dado um tratamento excepcional: ao contrário, a diferenciação deve defluir inequivocamente da lei.” (SCHOUERI, Luís Eduardo, 2017, p. 723)

A interpretação literal, então, deve se ater à gramática utilizada pelo legislador, uma vez que representa exceção ao ordenamento jurídico-tributário, o qual prevê a manifestação de riqueza como regra para a tributação.

Sobre a interpretação literal, de grande relevância se mostra os dizeres de Hugo de Brito Machado:

“*Interpretação literal* significa interpretação segundo o significado gramatical ou, melhor, etimológico das palavras que integram o texto. Quer o Código que se atribua prevalência ao elemento gramatical das leis pertinentes à matéria tratada no art. 111, que é matéria excepcional. Realmente, a suspensão, como a exclusão do crédito tributário, e a dispensa do cumprimento de obrigações acessórias constituem exceções. A regra é o pagamento do tributo nos prazos legalmente fixados. A suspensão do crédito, ou, mais exatamente, a *suspensão da exigibilidade* do crédito tributário, constitui exceção. Também é a regra que todos paguem tributos segundo a capacidade contributiva de cada um. A isenção geralmente constitui exceção a essa regra. Finalmente, a regra é que todos cumpram suas obrigações tributárias acessórias.

O direito excepcional deve ser interpretado literalmente, este princípio de hermenêutica justifica a

regra do art. 111 do CTN, impondo a interpretação literal. (...)" (MACHADO, Hugo de Brito, 2014, p. 116).

Portanto, além de apenas ser criada por lei, a isenção ou qualquer outro benefício fiscal deve ser interpretada de maneira literal, sem que o intérprete utilize de conveniências políticas ou econômicas.

3 DO BENEFÍCIO QUE EQUIPARA OPERAÇÕES DE VENDAS PARA A ZONA FRANCA DE MANAUS E SUA NATUREZA

Em seu início, como área de porto livre, a Zona Franca de Manaus detinha isenção de tributação apenas para o armazenamento ou depósito, a guarda, conservação e o beneficiamento de mercadorias, artigos e produtos de qualquer natureza nas suas dependências, ocorrendo incidência tributária no momento da incorporação dos bens à circulação nacional. Acompanhe-se os arts. 1º, 5º e 8 da Lei 3.173/57, já revogada:

Art. 1º – É criada em Manaus, capital do Estado do Amazonas, uma zona franca para armazenamento ou depósito, guarda, conservação beneficiamento e retirada de mercadorias, artigos e produtos de qualquer natureza, provenientes do estrangeiro e destinados ao consumo interno da Amazônia, como dos países interessados, limítrofes do Brasil ou que sejam banhados por águas tributárias do rio Amazonas.

Art. 5º – As mercadorias de procedência estrangeira, quando desembarcadas diretamente na área da zona franca de Manaus, e enquanto permanecerem dentro da mesma, não estarão sujeitas ao pagamento de direitos alfandegários ou quaisquer outros impostos federais, estaduais ou municipais que venham gravá-las, sendo facultado o seu beneficiamento e depósito na própria zona de sua conservação.

Art. 8º – As mercadorias estocada ou beneficiadas na área da zona franca poderão ser incorporadas à circulação nacional, mediante despacho regular e pagamento dos direitos alfandegários

correspondentes e mais impostos em que incidam por êsse motivo.

Por sua vez, a Zona Franca de Manaus passou a ser área de livre comércio de importação e exportação e de incentivos fiscais especiais a partir da publicação do DL 288/67, o qual teve o objetivo de promover o desenvolvimento regional através da criação de um centro industrial, comercial e agropecuário dotado de condições econômicas que permitam seu desenvolvimento, em face de fatores locais e da grande distância de que se encontram os consumidores de seus produtos, de acordo com o estabelecido em seu art. 1º.

O regime especial elenca as situações em que haverá concessão de benefícios fiscais, quais sejam a importação, a exportação e relações de compra e venda de bens nacionais com outras partes do território brasileiro.

Especificamente no que atine ao caso discutido neste artigo, o art. 4º do DL 288/67 preceitua que se equiparam à exportação, para todos os efeitos fiscais, as operações de venda de mercadorias de origem nacional para consumo ou industrialização na Zona Franca de Manaus ou reexportação para o estrangeiro. Confira-se:

Art 4º A exportação de mercadorias de origem nacional para consumo ou industrialização na Zona Franca de Manaus, ou reexportação para o estrangeiro, será para todos os efeitos fiscais, constantes da legislação em vigor, equivalente a uma exportação brasileira para o estrangeiro.

A norma acima isenta a saída de produtos de um Estado-Membro para a Zona Franca de Manaus, o que não ocorre para as operações internas, em que o bem produzido e comercializado no seu território já está incorporado às relações econômicas e jurídicas do local.

Ressalte-se que o art. 40 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal prescreve que: *“É mantida a Zona Franca de Manaus, com suas características de área livre de comércio, de*

exportação e importação, e de incentivos fiscais, pelo prazo de vinte e cinco anos, a partir da promulgação da Constituição.”. O prazo acima foi acrescido por mais 10 (dez) anos, conforme o art. 92 do ADCT da CF.

Por seu turno, o parágrafo único do art. 40 supracitado afirma que somente por lei federal podem ser modificados os critérios que disciplinam ou venham disciplinar a aprovação dos projetos na Zona Franca de Manaus.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal decidiu que a alteração dos benefícios concedidos às pessoas jurídicas sediadas na Zona Franca de Manaus apenas pode ser efetuada por lei, de acordo com o art. 40, parágrafo único, do ADCT da CF, conforme reconhecido na ADI-MC nº 2.348.

Portanto, conforme o exposto acima quando falamos da isenção, a Constituição Federal sedimentou a necessidade de lei para a disciplina de benefícios fiscais, não sendo possível a extensão ou alteração destes sem previsão legislativa.

Saliente-se ainda que, embora tenha se trazido para a Constituição Federal a manutenção dos benefícios fiscais estabelecidos por legislação infraconstitucional, este autor entende que não há imunidade no caso, mas isenção.

Isso porque a natureza dos benefícios é infralegal e a Constituição Federal admite expressamente a alteração das referidas normas por lei e, como se sabe, as normas imunizantes apenas se revogam por normas constitucionais. Analise-se a lição de Regina Helena Costa:

“1) a imunidade é, por natureza, *norma constitucional*, enquanto a isenção é *normal legal*, com ou sem suporte expresso em preceito constitucional; 2) a norma imunizante situa-se no plano da *definição da competência tributária*, alocando-se a isenção, por seu turno, no plano do exercício da competência tributária; 3) ainda que a isenção tenha suporte em preceito constitucional específico, a norma constitucional que a contém possui eficácia limitada, enquanto a imunidade abriga-se em norma constitucional de

eficácia plena ou contida; e 4) a eliminação da norma imunizatória somente pode ser efetuada mediante o exercício do *Poder Constituinte Originário*, porquanto as imunidades são cláusulas pétreas, desde que não seja o caso da imunidade ontológica; uma vez eliminada a isenção, por lei, restabelece-se a eficácia da lei instituidora do tributo, observados os princípios pertinentes.” (COSTA, Regina Helena, 2006, p. 109)

Assim, o benefício do art. 4º do DL 288/67 não pode ser estendido para abarcar outras situações não previstas em seu texto.

4 DA DISCIPLINA DO PIS E DA COFINS NA ZONA FRANCA DE MANAUS

Na entrada de bens estrangeiros na ZFM, o PIS e a COFINS – **Importação** têm o benefício de suspensão da incidência quanto a bens novos destinados à incorporação ao ativo imobilizado da pessoa jurídica, sendo convertida em alíquota zero após decorridos 18 meses de incorporação do bem a este; e em relação à aquisição de matérias-primas, produtos intermediários e materiais de embalagem para emprego em processo de industrialização – art. 14, § 1º, da Lei 10.637/2002, 14-A da Lei 10.865/2004 e 50 da Lei 11.196/2005.

Na **venda de mercadorias nacionais ou nacionalizadas à Zona Franca de Manaus** a pessoas jurídicas, há redução da alíquota das contribuições a zero quando destinadas ao consumo e à industrialização – arts. 2º da Lei 10.996/2004 e 65, § 8º, da Lei 11.196/2005.

A alíquota zero também é prevista para os casos em que há **venda a estabelecimentos situados na própria ZFM**, os quais possuam projetos aprovados pelo Conselho de Administração da Superintendência da Zona Franca de Manaus – CAS, de matérias-primas, produtos intermediários e materiais de embalagem **produzidos na ZFM**, desde que sejam **empregados na industrialização** – art. 5º-A da Lei 10.637/2002.

Há redução de alíquota do PIS e da COFINS na receita de venda **de bens produzidos na ZFM** por empresas industriais com projeto aprovado pela SUFRAMA no caso de venda efetuada a pessoa jurídica: a) estabelecida na ZFM ou, quando fora desta, apure as contribuições no regime não cumulativo (0,65% e 3%); b) estabelecida fora da ZFM, que: b.1) seja optante do SIMPLES; b.2) apure imposto de renda com base no lucro presumido; ou b.3) no lucro real, quando a receita for excluída do regime não cumulativo parcial ou totalmente (1,3% e 6%); e c) nas vendas a órgãos da administração federal, estadual, distrital e municipal (1,3% e 6%) - art. 2º, § 5º, I e II, da Lei 10.637/2002 e art. 2º, § 5º, I e II, da Lei 10.833/2003.

Com efeito, nas operações internas as contribuições incidem da seguinte forma: 1) **alíquota zero** – comercialização de matérias-primas, produtos intermediários e materiais de embalagem produzidos na ZFM para emprego na industrialização; 2) **redução de alíquota** – venda de produção própria de pessoa jurídica industrial estabelecida na Zona Franca de Manaus, consoante projeto aprovado pelo SUFRAMA; 3) **incidência** conforme a lei – outras situações.

Como se nota, as Leis 10.637/2002 e 10.833/2003 **determinam a incidência das contribuições nas operações internas**, observada a redução de alíquota dos arts. 2º, § 4º, I, a, e art. 2º, § 5º, I, a, respectivamente, e a alíquota zero prevista no art. 5º-A da primeira lei, já analisadas acima.

Ressalte-se que **quando o legislador quis desonerar as operações internas, assim o fez**, como se viu acerca da alíquota zero do PIS e da COFINS na comercialização de matérias-primas, produtos intermediários e materiais de embalagem produzidos na ZFM para emprego na industrialização.

Assim, não há isenção de PIS e COFINS nas operações internas ocorridas na Zona Franca de Manaus.

4 CONCLUSÃO

Por meio desse artigo se abordou a inexistência de isenção de PIS e COFINS em operações internas realizadas na Zona Franca de Manaus, sem que haja a possibilidade de aplicação do art. 4º do DL 288/67.

De fato, não há fundamento jurídico para que se aplique o disposto no art. 4º do DL 288/67 nas operações internas, tendo em vista que este apenas equipara à exportação a saída de produtos de um Estado-Membro para a Zona Franca de Manaus e que nas operações internas o bem produzido e comercializado no seu território já está incorporado às relações econômicas e jurídicas do local.

De acordo com o art. 111, I e II, do CTN, os benefícios fiscais devem ser interpretados literalmente, uma vez que o pagamento de tributo é regra, ou seja, a manifestação de riqueza em conformidade com as hipóteses de incidência estabelecidas na lei tributária é fato comum à ocorrência do fato gerador, o qual é suficiente à constituição do crédito tributário na medida da capacidade contributiva do sujeito passivo.

Sendo assim, assim a regra matriz de incidência do PIS e da COFINS tem aplicação nas operações internas ocorridas na Zona Franca de Manaus.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito Tributário Esquematizado**. 2 ed. São Paulo: Método, 2008.

BECKER, Alfredo Augusto; **Teoria Geral do Direito Tributário**. 6 ed. São Paulo: Noeses, 2013.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos**. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: . Acesso em: 16 jun. 2017.

_____. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos**. Brasília, DF, 25 out. 1966. Disponível em: . Acesso em: 16 jun. 2017.

_____. Decreto-Lei nº 288, de 28 de fevereiro de 1967. Altera as disposições da Lei número 3.173 de 6 de junho de 1957 e regula a Zona Franca de Manaus. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos.** Brasília, DF, 28 fev. 1967. Disponível em: . Acesso em: 16 jun. 2017.

_____. Lei nº 10.637, de 30 de dezembro de 2002. Dispõe sobre a não-cumulatividade na cobrança da contribuição para os Programas de Integração Social (PIS) e de Formação do Patrimônio do Servidor Público (Pasep), nos casos que especifica; sobre o pagamento e o parcelamento de débitos tributários federais, a compensação de créditos fiscais, a declaração de inaptidão de inscrição de pessoas jurídicas, a legislação aduaneira, e dá outras providências. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos.** Brasília, DF, 31 dez. 2002. Disponível em: . Acesso em: 16 jun. 2017.

_____. Lei nº 10.833, de 29 de dezembro de 2003. Altera a Legislação Tributária Federal e dá outras providências. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos.** Brasília, DF, 30 dez. 2003. Disponível em: . Acesso em: 16 jun. 2017.

_____. Lei nº 10.865, de 30 de abril de 2004. Dispõe sobre a Contribuição para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público e a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social incidentes sobre a importação de bens e serviços e dá outras providências. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos.** Brasília, DF, 30 abr. 2004. Disponível em: . Acesso em: 16 jun. 2017.

_____. Lei nº 10.996, de 15 de dezembro de 2004. Altera a legislação tributária federal e as Leis nos 10.637, de 30 de dezembro de 2002, e 10.833, de 29 de dezembro de 2003. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos.** Brasília, DF, 16 dez. 2004. Disponível em: . Acesso em: 16 jun. 2017.

_____. Lei nº 11.196, de 21 de novembro de 2005. Institui o Regime Especial de Tributação para a Plataforma de Exportação de Serviços de Tecnologia da Informação - REPES, o Regime Especial de Aquisição de Bens de Capital para Empresas Exportadoras - RECAP e o Programa de Inclusão Digital; dispõe sobre incentivos fiscais para a inovação tecnológica; altera o Decreto-Lei no 288, de 28

de fevereiro de 1967, o Decreto no 70.235, de 6 de março de 1972, o Decreto-Lei no 2.287, de 23 de julho de 1986, as Leis nos 4.502, de 30 de novembro de 1964, 8.212, de 24 de julho de 1991, 8.245, de 18 de outubro de 1991, 8.387, de 30 de dezembro de 1991, 8.666, de 21 de junho de 1993, 8.981, de 20 de janeiro de 1995, 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, 8.989, de 24 de fevereiro de 1995, 9.249, de 26 de dezembro de 1995, 9.250, de 26 de dezembro de 1995, 9.311, de 24 de outubro de 1996, 9.317, de 5 de dezembro de 1996, 9.430, de 27 de dezembro de 1996, 9.718, de 27 de novembro de 1998, 10.336, de 19 de dezembro de 2001, 10.438, de 26 de abril de 2002, 10.485, de 3 de julho de 2002, 10.637, de 30 de dezembro de 2002, 10.755, de 3 de novembro de 2003, 10.833, de 29 de dezembro de 2003, 10.865, de 30 de abril de 2004, 10.925, de 23 de julho de 2004, 10.931, de 2 de agosto de 2004, 11.033, de 21 de dezembro de 2004, 11.051, de 29 de dezembro de 2004, 11.053, de 29 de dezembro de 2004, 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, 11.128, de 28 de junho de 2005, e a Medida Provisória no 2.199-14, de 24 de agosto de 2001; revoga a Lei no 8.661, de 2 de junho de 1993, e dispositivos das Leis nos 8.668, de 25 de junho de 1993, 8.981, de 20 de janeiro de 1995, 10.637, de 30 de dezembro de 2002, 10.755, de 3 de novembro de 2003, 10.865, de 30 de abril de 2004, 10.931, de 2 de agosto de 2004, e da Medida Provisória no 2.158-35, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos.** Brasília, DF, 22 nov. 2005. Disponível em: . Acesso em: 16 jun. 2017.

COSTA, Regina Helena. **Imunidade tributária: teoria e análise da Jurisprudência do STF.** 2 ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

HARADA, Kyoshi. **Direito Financeiro e Tributário.** 19 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário.** 35. ed. São Paulo: Malheiro Editores, 2014.

PAULSEN, Leandro. **Curso de Direito Tributário: Completo.** 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SABBAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributário.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito Tributário**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

INTOLERÂNCIA RELIGIOSA E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

ERIC COSTA CANDIDO: formado na Universidade Paranaense - UNIPAR, advogado atuante até o ano de 2008 (OAB-PR 30651), quando então passou a integrar os quadros da Polícia Civil do Paraná.

RESUMO: As democracias têm instituições mais sólidas e mais legitimidade. As pessoas que vivem em democracias estão dispostas a sacrificar algumas liberdades pessoais durante a crise, mas tem confiança de que vão recuperar essas liberdades, justamente para garantir sua dignidade e seus direitos fundamentais face a imposição violenta dos Estados fundamentalistas que querem impor sua fé.

PALABRAS-CHAVE: Estado de Direito; intolerância religiosa; liberdade de consciência e crença.

ABSTRACT: The democracies have more solid institutions and more legitimacy. The people who live in democracies are made use to sacrifice some personal freedoms during the crisis, but she has confidence of that they go to recoup these freedoms, exactly to guarantee its basic dignity and its rights face the violent imposition of the fundamentalist States that want to impose its faith.

KEY WORDS: Rule of law; religious intolerance; freedom of conscience and belief.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Os direitos fundamentais e suas gerações. 2. A relação entre liberdade de consciência e liberdade de crença. 3. O Estado de Direito é laico? 4. A intolerância e as minorias religiosas.

INTRODUÇÃO

No dia 13 de novembro de 2015, Paris foi vitimada por um ataque terrorista. No Stade de France, durante um jogo entre as seleções da França e da Alemanha, torcedores e expectadores ficaram desesperados diante de explosões que ocorreram ao redor, enquanto assistiam ao jogo. Além disso, três tiroteios simultâneos também assustaram a população. Entre eles, um ataque à casa de

show Bataclan, deixaram 112 mortos, segundo a prefeitura de Paris. Dezenas de pessoas ficaram feridas em outros pontos da cidade, segundo a polícia parisiense. Ainda se desconhece a autoria, mas são fortes os indícios quanto ao Estado Islâmico.

O presidente francês, François Hollande, declarou estado de emergência em toda a França e que as fronteiras serão fechadas.

O presidente americano, Barack Obama, também fez um pronunciamento em que disse que a situação é “ultrajante” e que os EUA farão o que for possível para ajudar a França. “Faremos o que for necessário pra trabalhar com os franceses e as nações ao redor do mundo para buscar justiça”, disse. “Não quero especular no momento quem é o responsável até que sejamos informados pelas autoridades francesas que a situação está sob controle”. Obama disse ainda que o que aconteceu foi “um ataque contra toda a humanidade”.

Até quando o homem vai matar em nome de Deus?

Desde o início desse século, países em que vigoram regimes democráticos foram atacados por terroristas. Todos sofreram impactos dramáticos. Mas nenhum deles abriu mão dos direitos civis.

Onze de setembro de 2001: o maior ataque terrorista da história. Dezenove homens da Al-Qaeda seqüestraram quatro aviões para se chocaram com as Torres Gêmeas em Manhattan e o Pentágono em Washington. Foram 2.996 mortos.

Desde então o terror voltou a atacar alvos civis longe das áreas de conflito no Oriente Médio.

Doze de outubro de 2002, terroristas ligados à Al-Qaeda atacam discotecas na ilha de Bali, Indonésia: 202 mortos.

Onze de março de 2004: terroristas islâmicos de filiação desconhecida explodem quatro trens em Madri: 191 mortos.

Sete de julho de 2005: quatro simpatizantes da Al-Qaeda explodem bombas no metrô e um ônibus de Londres: 52 mortos.

Novembro de 2008: por quatro dias, de 26 a 29 de novembro, dez militantes islamistas paquistaneses aterrorizam Mumbai na Índia: 166 mortos.

Dois de abril de 2015: o Quênia, que já tinha passado por um massacre num shopping em 2013, em grande atentado da Al-Qaeda em 1998, enfrenta mais um horror: terroristas do grupo Al-Shabab, associado à Al-Qaeda, invadem uma escola em Garissa e matam 147 alunos e professores.

Estes atentados tiveram por objetivo aterrorizar seis democracias: Estados Unidos, Indonésia, Espanha, Reino Unido, Índia e Quênia. Os seis países continuam democráticos, nenhum abriu mão das liberdades civis para enfrentar o extremismo. O terror não vence a democracia.

O cientista político Steven Cook, do Conselho de Relações Externas, que está em Washington, falou ao Jornal Nacional pela internet (14/11/2015): "As democracias têm instituições mais sólidas e mais legitimidade. As pessoas que vivem em democracias estão dispostas a sacrificar algumas liberdades pessoais durante a crise, mas tem confiança de que vão recuperar essas liberdades".

Assim, no presente estudo, propõe-se analisar os direitos fundamentais e suas gerações, diferenciando a liberdade de consciência e religiosa no Estado de Direito Brasileiro, enquanto laico, bem como, pontuar a proteção às minorias religiosas no contexto da intolerância religiosa.

1. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUAS GERAÇÕES

Os direitos fundamentais surgem em um cenário do avanço do capitalismo, no qual os trabalhadores viram-se compelidos a empregarem-se nas fábricas, sem garantias condignas com a dignidade da pessoa humana. Como causa desta desigualdade material aponta-se o liberalismo econômico, isto é, a livre iniciativa num mercado concorrencial, propiciado pelas instituições e sem qualquer interferência estatal (Estado abstencionista). Tal fato gerou um acréscimo de riqueza jamais visto, em contrapartida, a classe trabalhadora contava com condições precaríssimas de trabalho; trabalho que, na lógica de mercado, equivale à mercadoria, sujeita à lei da oferta e da procura. (FERREIRA FILHO, 2009, p. 42-43)

É clássica a classificação dos direitos fundamentais sociais, segundo os ensinamentos do alemão Jellinek^[1], em: direitos de defesa; prestacionais e de participação (ALEXY, 1994).

Assim, os direitos de defesa seriam os primeiros direitos, relacionados ao valor liberdade, realizáveis em razão de uma omissão por parte do Estado, um não fazer do Poder Público. São os direitos chamados individuais, aos quais o constituinte imprime eficácia jurídica para sua efetivação.

Os direitos fundamentais de defesa, dirigem-se, portanto, a uma obrigação de abstenção por parte dos poderes públicos, implicando para estes um dever de respeito a determinados bens e interesses da pessoa humana, por meio da omissão de ingerências ou pela intervenção na esfera de liberdade pessoal apenas em determinadas hipóteses e sob certas condições.

(...) os direitos fundamentais cumprem a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objetivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos. (GOMES CANOTILHO, 1992, p. 552)

Denota-se tradicional, mas de grande relevância a classificação dos direitos fundamentais em gerações de direitos ou dimensões de direitos, como prefere a doutrina recente, pois se mostra mais adequada (BONAVIDES, 1997).

1ª Dimensão dos Direitos Fundamentais.

As revoluções liberais (Francesa e Norte-Americana) deram surgimento aos direitos de primeira dimensão, direitos relacionados ao valor liberdade (século XVIII), portanto, todos os direitos individuais e também aqueles de participação. Marcam a passagem de um Estado autoritário para um Estado de Direito.

Os direitos de primeira geração ou direitos de liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdade ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado. (BONAVIDES, 1997, p. 563-564)

Portanto, preconizavam a máxima liberdade em relação ao Estado, garantindo assim a esfera privada face as ingerências do Estado, daí chamados de direitos de defesa frente ao arbítrio do poder político.

Assim, os direitos de primeira geração ficaram conhecidos como direitos civis (direitos de defesa) e políticos (direitos de participação).

Foram com as constituições escritas que tais direitos ganharam força, a destacar-se: a Magna Carta de 1215, assinada pelo rei “João Sem Terra e as Declarações Americana de 1776 e Francesa de 1789.

2ª Dimensão dos Direitos Fundamentais.

O fato histórico que inspira e impulsiona tais direitos são a Revolução Industrial na Europa, a partir do século XIX.

Considerando as péssimas condições de trabalho os trabalhos constituem movimentos na busca de reivindicarem direitos trabalhistas, bem como, normas de assistência social.

Assim, tendo em vista o valor igualdade, que marca este período, nascem os direitos sociais, tendo como destaque os seguintes documentos: Constituição do México, de 1917; Constituição de Weimar, de 1919 e a Constituição Federal de 1934.

Segundo o Prof. Paulo Bonavides:

[...] passaram primeiro por um ciclo de baixa normatividade ou tiveram eficácia duvidosa, em virtude de sua própria natureza de direitos que exigem do Estado determinadas prestações materiais nem sempre

resgatáveis por exigüidade, carência ou limitação essencial de meios e recursos.

[...] de juridicidade questionada nesta fase, foram eles remetidos à chamada esfera programática, em virtude de não conterem para sua concretização aquelas garantias habitualmente ministradas pelos instrumentos processuais de proteção aos direitos de liberdade. (1997, p. 564)

Portanto, os direitos de 2ª dimensão, os direitos sociais, também econômicos e culturais, apresentam-se como prestacionais, exigindo um fazer por parte do Estado. São, assim, os direitos coletivos.

3ª Dimensão dos Direitos Fundamentais.

São marcados pela alteração da sociedade por profundas mudanças da comunidade internacional, relacionados ao valor fraternidade. Surgiram de uma constatação entre os países ricos e os países pobres, o que exigiria uma solidariedade / fraternidade dos países ricos para com os países pobres.

São desta geração de direitos: o preservacionismo ambiental, direito de auto-determinação dos povos (princípio que rege o Brasil nas suas relações internacionais – art. 4º, III), direito ao progresso e ao desenvolvimento, direito de propriedade sobre patrimônio comum da humanidade, paz, entre outros.

Demais Dimensões de Direitos Fundamentais.

Para Norberto Bobbio (BOBBIO, 1992) estariam entre os direitos de 4ª dimensão aqueles relacionados aos avanços no campo da engenharia genética. Ao seu lado, o Paulo Bonavides (BONAVIDES, 1997) destaca a globalização política ou dos direitos fundamentais, destacando-se os direitos de democracia, informação e pluralismo político. Finalmente, Ingo Sarlet (SARLET, 2012) destaca a necessidade de se reconhecer novos direitos fundamentais, como a mudança de sexo, dentre outros.

Reconhecendo a paz como supremo direito da humanidade e elemento necessário à realização da democracia participativa, Paulo Bonavides a

reconhece como autônoma e integrante da 5ª dimensão de direitos fundamentais.

2. A RELAÇÃO ENTRE LIBERDADE DE CONSCIÊNCIA E LIBERDADE DE CRENÇA

Ainda que a liberdade de consciência tenha forte vínculo com a liberdade religiosa, ambas não se confundem e apresentam dimensões autônomas. A liberdade de consciência assume, de plano, uma dimensão mais ampla, considerando que as hipóteses de objeção de consciência, apenas para ilustrar com um exemplo, abarcam hipóteses que não têm relação direta com opções religiosas, de crença e de culto. (WEINGARTNER NETO, 2007. p. 79 e ss.)

Bastaria aqui citar o exemplo daqueles que se recusam a prestar serviço militar em virtude de sua convicção (não necessariamente fundada em razões religiosas) de participar de conflitos armados e eventualmente vir a matar alguém. Outro caso, aliás, relativamente frequente, diz com a recusa de médicos a praticarem a interrupção da gravidez e determinados procedimentos, igualmente nem sempre por força de motivação religiosa.

Assim, amparados na lição de Konrad Hesse, é possível afirmar que a liberdade de crença e de confissão religiosa e ideológica aparece como uma manifestação particular do direito fundamental mais geral da liberdade de consciência, que, por sua vez, não se restringe à liberdade de “formação” da consciência (o foro interno), mas abarca a liberdade de “atuação” da consciência, protegendo de tal sorte para efeitos externos a decisão fundada na consciência, inclusive quando não motivada religiosa ou ideologicamente. (HESSE, 1995, p. 168)

Individualmente, a liberdade de consciência pode ser definida, como a faculdade individual de autodeterminação no que diz com os padrões éticos e existenciais das condutas próprias e alheias e a total liberdade de autopercepção em nível racional ou mítico-simbólico, ao passo que a liberdade religiosa (ou de religião) engloba no seu núcleo essencial tanto a liberdade de ter, quanto a de não ter ou deixar de ter uma religião, desdobrando-se em diversas outras posições fundamentais, que serão, pelo menos em parte, objeto de atenção logo adiante. (SARLET, 2011. p. 481-482.)

Particularmente relevante para efeitos de proteção da liberdade religiosa, mas também para a diferenciação entre esta e a liberdade de consciência, assume relevo a própria definição do que se considera uma religião.

O que seria religião?

Impossível formular uma definição de religião que englobe a ampla gama de crenças espirituais e práticas que se fazem presentes em uma sociedade plural como é a do Brasil, pois, não há uma característica particular ou um complexo de características que todas as religiões tenham em comum, a fim de que possa ser possível defini-la(s) como religião(ões), definição ampla que se revela particularmente importante para maximizar a proteção das manifestações religiosas.

Por outro lado, até mesmo para preservar a diferença entre liberdade de consciência e liberdade religiosa e assegurar uma devida aplicação de ambas (especialmente no que diz com sua proteção), na condição de direitos fundamentais, não se poderá ampliar em demasia o conceito de religião, ainda mais quando está em causa também o reconhecimento e proteção da dimensão institucional da liberdade religiosa, ou seja, das igrejas e locais de culto.

3. O ESTADO DE DIREITO É LAICO?

A missão do Estado Democrático de Direito é promover o bem-estar social a todos os membros da sociedade para uma convivência pacífica e harmônica.

E no maior país católico do mundo é possível se afirmar que existe uma participação, ou melhor, uma relação do Estado com a Igreja?

No que diz, especificamente, a neutralidade religiosa e ideológica do Estado, esta constitui-se, especialmente, no tocante ao aspecto religioso, em elemento central das ordens constitucionais contemporâneas, mas com raízes na vertente do constitucionalismo, especialmente de matriz francesa, o que foi incorporado à tradição brasileira a contar da Constituição Federal de 1891.

Na Constituição Federal de 1988, tal opção (do Estado laico) encontra sua previsão expressa no já referido art. 19 da CF/1988, que veda aos entes da

Federação que estabeleçam, subvencionem ou embarcem o funcionamento de cultos religiosos ou igrejas.

A referência feita a Deus no Preâmbulo da Constituição Federal, além de não ter caráter normativo, não compromete o princípio da neutralidade religiosa do Estado, que, por sua vez, não implica – ainda mais consideradas as peculiaridades da ordem constitucional brasileira – um total distanciamento por parte do Estado da religião, distanciamento que – na acepção de André Ramos Tavares que aqui se partilha – sequer se revela como sendo desejável. (2010, p. 606)

Contudo, isso não quer dizer que o Estado laico assume uma postura de menosprezo e desconsideração com a comunidades religiosas em geral, mas, sim, que o Estado não professa nenhuma religião e não assume fins religiosos, mantendo uma posição equidistante e neutra, desprovida de hostilidade em relação à religião e mesmo proibitiva da religiosidade, conduta que seria incompatível ao pluralismo firmado no Preâmbulo da Constituição Federal, aos direitos fundamentais individuais, em especial, às liberdade de consciência e manifestação do pensamento.

É da tradição do povo brasileiro a religiosidade, mas para o não religioso e, dizemos mais ainda, para o ateu e o materialista, nenhuma contradição haveria se tivessem votado pela inserção do vocábulo ‘Deus’ no texto. Lembramos, para os que *não sabem* e para os que *conhecem o fato* (*indocti discant, ament meminisse periti*), que Bertrand Russel, declarando-se ateu, sustentou polêmica com pensador cristão, aceitando ambos, no início da discussão, a definição de Deus como ‘algo que criou o mundo e não se confunde com o mundo. (CRETELLA JUNIOR, 1992, p. 110-111)

De todo modo, o que se verifica é que outras manifestações podem ser extraídas da Constituição Federal, no sentido de uma postura aberta e sensível para com as religiões, sem que com isso se esteja a assumir (do ponto de vista do papel e posição do Estado) qualquer compromisso com determinada religião e igreja, o que pode ser ilustrado com os exemplos da previsão, ainda que em

caráter facultativo, de ensino religioso em escolas públicas de ensino fundamental (art. 210, § 1.º, da CF/1988) e a possibilidade de reconhecimento de efeitos civis ao casamento religioso (art. 226, §§ 1.º e 2.º, da CF/1988).

Embora sua forte conexão com a dignidade da pessoa humana, a liberdade religiosa, mas, também, a liberdade de consciência, notadamente naquilo em que se projeta para o exterior da pessoa, é um direito fundamental sujeito a limites e restrições. Modalidade que é da liberdade expressão (manifestação do pensamento) e especialmente da liberdade de consciência (que é mais ampla), a liberdade religiosa, embora como tal não submetida a expressa reserva legal (no art. 5.º, VI, da CF/1988 estabelece ser inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos), encontra limites em outros direitos fundamentais e na dignidade da pessoa humana, o que implica, em caso de conflito, cuidadosa ponderação e atenção, entre outros aspectos, aos critérios da proporcionalidade.

Já a proteção aos locais de culto (como dever estatal que é) e a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva, são, nos termos da Constituição Federal, sujeitos a regulamentação legal (ver, para a prestação de assistência religiosa, o caso das Leis 6.923/1981 e 9.982/2000), mas a legislação deverá, de qualquer modo, atender aos critérios da proporcionalidade e não poderá em hipótese alguma afetar o núcleo essencial do direito de liberdade religiosa e esvaziar a garantia da organização religiosa.

Por outro lado, a própria Constituição Federal estabelece limites para a liberdade religiosa e de consciência, quando, no art. 5.º, VIII, dispõe que: “ninguém será privado de direitos por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei”. O postulado do Estado Laico (melhor formulado como postulado da neutralidade estatal em matéria religiosa), por sua vez, também interfere no exercício da liberdade religiosa, pois o Poder Público não poderá privilegiar determinada orientação religiosa, ainda que majoritária, como, por exemplo, se verifica na discussão em torno da colocação, ou não, de crucifixo em escolas e repartições públicas, que tem dividido a doutrina e a jurisprudência no Brasil e no direito comparado e internacional. Que a resposta correta depende de muitos fatores, inclusive e especialmente do marco do direito constitucional positivo, resulta evidente,

embora nem sempre seja bem observado. A existência de uma tradição de tolerância e mesmo aceitação do uso de determinados símbolos religiosos ou mesmo de datas e feriados religiosos vinculados a uma orientação religiosa amplamente majoritária, sem que com isso se verifique uma intervenção desproporcional no exercício de liberdade negativa e positiva de religião por parte das demais correntes igualmente constitui critério relevante a ser observado.

Por sua vez, os conflitos da liberdade religiosa com outros direitos fundamentais e bens jurídico-constitucionais são múltiplos. Assim, podem, a depender do caso, ser justificadas restrições quanto ao uso da liberdade religiosa para fins de prática do curandeirismo e exploração da credulidade pública, especialmente quando com isso se estiver incorrendo em prática de crime ou afetando direitos de terceiros ou interesse coletivo.

Situação que já mereceu atenção da doutrina e jurisprudência no plano nacional e internacional diz com o conflito entre a liberdade de consciência e de crença com os direitos à vida e à saúde, como se verifica, de forma particularmente aguda, no caso dos integrantes da comunidade religiosa das “Testemunhas de Jeová”, cujo credo proíbe transfusões de sangue. Se para o caso de menores de idade revela-se legítima a intervenção estatal para, em havendo manifestação contrária dos pais ou responsáveis, determinar o procedimento médico quando tido como indispensável, no que se verifica substancial consenso, é pelo menos questionável que se queira impor a pessoas maiores e capazes algo que seja profundamente contrário às suas convicções, por mais que tais convicções sejam resultado de um processo de formação que se inicia na mais tenra idade. De qualquer sorte, quanto ao caso das pessoas maiores e capazes, não existe uma orientação definida, havendo entendimentos em ambos os sentidos. (Consulex, Ano VII, nº 74/08, p. 23 a 27)

Outro tema de relativo impacto no direito comparado, mas com importantes reflexos no Brasil, é o que trata do conflito entre liberdade religiosa e a proteção dos animais. Ainda que não se atribua aos animais a titularidade de direitos subjetivos, o fato é que existe um dever constitucional de proteção da fauna, que, pelo menos em princípio, poderá justificar restrições ao exercício de direitos fundamentais, incluindo a liberdade religiosa.

No Brasil, a hipótese seguramente mais frequente é a que envolve os rituais afrobrasileiros do Candomblé e da Umbanda, onde também são sacrificados animais. A respeito de tal prática, encontra-se decisão do TJRS, que, em sede de controle abstrato e concentrado de constitucionalidade, declarou a legitimidade constitucional de lei estadual que admite a prática do abate para fins religiosos, desde que mediante consideração dos aspectos levando em conta a saúde pública e a proibição de crueldade com os animais, decisão da qual foi interposto recurso ao STF, que ainda não julgou a matéria.

A liberdade religiosa (incluindo a liberdade de culto e de organização religiosa) também pode entrar em conflito com a própria liberdade de expressão e comunicação, inclusive a liberdade artística, como se verifica no caso de charges ofensivas a determinada orientação ou prática religiosa, ou mesmo obras literárias e outras formas de expressão. Problemas como o proselitismo no ambiente do trabalho ou mesmo o assédio religioso, a possibilidade de distribuição de panfletos e outros meios de divulgação da crença em espaços públicos, a possibilidade do uso do véu ou outros símbolos religiosos em estabelecimentos de ensino ou no local de trabalho, a legitimidade constitucional dos feriados religiosos e a discussão em torno de o quanto a objeção de consciência, especialmente por motivos religiosos, deve assegurar a realização de provas e concursos públicos em horário apartado, são apenas alguns dos conflitos e problemas de interpretação que se tem oferecido ao debate na esfera da política e do direito, resultando em decisões judiciais nem sempre simétricas.

Assim, o Estado é laico, mesmo ao assegurar e garantir direitos fundamentais associados as liberdades de crença e culto.

4. A INTOLERÂNCIA E AS MINORIAS RELIGIOSAS

O respeito dos direitos das pessoas como forma de assegurar sua liberdade de crença, credo e culto, afinal, não se trata apenas de um direito, mas sim de um complexo conjunto de direitos.

Os direitos e garantias individuais e coletivos estão preservados e garantidos pela Constituição Federal de 1988: como garantia da ordem e da paz social e cabe ao Estado atuar como um mediador, o ente que irá harmonizar as condutas e irá propiciar a solução para casos de intolerância religiosa, ou, ainda,

disseminar dúvidas sobre procedimentos éticos e morais envolvendo a tolerância religiosa.

De outro lado, a atuação do Estado em nada se mistura ao poder decisório próprio de cada religião, afinal, existe uma relação muito clara entre religião e direito que não se confunde e, tampouco, se mistura com a figura do Estado e seu poder de atuação.

A intolerância religiosa pode estar relacionada à dignidade da pessoa humana, quando considerada individualmente, bem como, ao convívio social, quanto pontuada no contexto social.

Mas o que significa tolerância? E intolerância?

Jean Delumeau explica: “A palavra ‘tolerância’, que não consta do Edito de Nantes, teve uma história atormentada. De início, ela assumiu um significado negativo. No *Dictionnaire de l’Académie de 1694*, a tolerância é definida como a ‘indulgência para com o que não se pode impedir’. Mas, em sentido contrário, a *Encyclopédie* qualifica-a de ‘virtude’. Em nossos dias, ela se tornou base essencial das democracias atuais, isto é, o respeito pelas opiniões do próximo, quando ele não procura fazê-las triunfar pela força ou pela astúcia” (DELUMEAU, Jean; MELCHIOR-BONNET, Sabine. Op. cit., p. 378).

A questão da intolerância se faz mais presente quando se trata de cultos religiosos, uma vez que os cultos e seus ritos são criados e desenvolvidos justamente para solidificar a adoração comum dos membros daquela comunidade. Quando se trata de grupos de pessoas no culto a um Deus ou uma religião se tem a possibilidade de grupos mais fechados em sua própria fé e outros menos.

São muitos os casos de conflitos religiosos que ultrapassam a barreira das idéias e se transformam em atos armados. As motivações podem ser políticas ou sociais, mas a religião está presente e atua como mola propulsora de condutas entre o conflito armado.

Usam da religião como pano de fundo ou pretexto para uma guerra, foi assim com Saddam Houssein ao usar o conflito dos xiitas contra os sunitas para se impor no poder e controlar as supostas tensões religiosas.

E esse uso indiscriminado da religião pode atingir em cheio os ideários de grupos religiosos mais extremistas que usam largamente do fundamentalismo religioso para obterem sucesso em suas cruzadas políticas.

Tem-se, desse modo, que o fundamentalismo religioso é um assunto complexo e se refere ao uso extremado da fé de seus praticantes. Esse uso pode ser positivo ou negativo. No primeiro caso temos a ratificação da própria crença e dos cultos que se fortificam e assim incrementam a fé do grupo. Contudo, no segundo caso, é possível usar da fé como instrumento de combate, o que justamente tem se contemplado nos dias atuais.

Ao se direcionar o fundamentalismo religioso para um alvo certo sob a égide de proteger o seu Deus, a sua crença e o culto, os fiéis atacam o inimigo por acreditarem na causa. Matam em nome de Deus. De seu Deus.

O fundamentalismo pode se desenvolver através de conflitos regionais, com fulcro basilar na própria religião, ou num plano externo com o uso indevido da fé através do medo e da insegurança por um movimento que o mundo conheceu como terrorismo.

O sucesso ou o fracasso do fundamentalismo religioso varia de acordo com a forma que o líder espiritual trata a informação para seu grupo, ou, em outras palavras, realiza a propaganda da informação. Se o líder demonstrar que o inimigo é, de fato, o Satã e que esse precisa ser combatido para a manutenção da unidade religiosa e a segurança das famílias, o seguidor irá aderir a tal pensamento.

A fundamentação religiosa motiva e fomenta o ódio impingido pelas células terroristas, como se o inimigo não fosse um país, uma nação, mas sim, o mal, o Satã.

Tem-se assim a justificativa dos ataques terroristas, usando a religião como meio de propagarem sua fé, matando pessoas em nome de Deus como sublimação de sua fé e imposição de ideais políticos.

CONCLUSÃO

Até quando o homem irá matar em nome da fé? Este é o contexto de intolerância religiosa travado no presente estudo.

Denota-se, a partir do contexto mundial de constantes ataques terroristas, que as pessoas ainda querem impor sua crença, sua religião e sua visão da mesma ao mundo, ainda que isso signifique ceifar vidas inocentes.

Os ordenamentos jurídicos se propõem a proteção de direitos chamados fundamentais, dentre eles a se destacar as liberdades de consciência e crença. Contudo, o próprio homem põe em cheque a tutela, violando-os em nome da fé, inclusive chegando a lesão mais extrema, a retirada do direito sem o qual os demais simplesmente perdem sua finalidade, a vida.

Os Estados democráticos não podem se calar diante de tal lesão.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. 2. ed. Suhrkamp, Frankfurt A. M., 1994.

_____. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Malheiros, 1997.

CRETELLA JUNIOR, José. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. Vol. 01. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos Humanos Fundamentais*. 11ª ed. Rev. E aum. São Paulo: Saraiva, 2009.

DELUMEAU, Jean; MELCHIOR-BONNET, Sabine. *De religiões e de homens*. Trad. Nadyr de Salles Penteadó. São Paulo: Ipiranga, 2000.

GOMES CANOTILHO, José Joaquim. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1992.

HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 20. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 1995.

<http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2015/11/relembre-os-ataques-terroristas-mais-graves-em-paises-democraticos.html>, acesso em 14 de novembro de 2015.

PRÁTICA JURÍDICA. Ano VII, nº 74, 31 de maio de 2008. Ed. Consulex.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. *Direitos fundamentais no Supremo Tribunal Federal: balanço e crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2010.

WEINGARTNER NETO, Jayme. *Liberdade religiosa na Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

NOTA:

[1] Sobre a multicitada teoria dos quatro status de Georg Jellinek, desenvolvida na obra "Sistema dos Direitos Públicos Subjetivos", no final do século XIX, v., entre outros, a apresentação e crítica de R. Alexy. *Theorie der Grundrechte*, p. 230 e ss.

A APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NOS CONTRATOS DE SERVIÇOS PÚBLICOS

MARIA TEREZA TARGINO HORA: Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Sergipe, Pós-Graduada Lato Sensu em Direito do Estado pela Faculdade Guanambi.

Resumo: O presente trabalho abordará a aplicação do Código de Defesa do Consumidor nos contratos de serviços públicos, a partir da classificação apresentada pela doutrina entre serviços *uti universi*, fornecidos pelo Poder Público a grupos indeterminado e serviços *uti singuli* com destinatários determinados ou determináveis e uso específico e mensurável.

Palavras – chave: Direito do consumidor. Contratos. Serviço público. Serviços *uti singuli*. Serviços *uti universi*.

Sumário: 1.Introdução . 2.A Aplicação do CDC aos Serviços Públicos. 3.Conclusão. 4.Referências Bibliográficas

1.Introdução

O Código de Defesa do Consumidor é uma lei principiológica, de matriz constitucional (CF, arts. 5º, inciso XXXII e 170, inciso V), regido pela Lei 8.078/90, que cuida das relações de consumo, levando-se em consideração a vulnerabilidade (técnica, fática e jurídica) do consumidor em face do fornecedor, sendo este o polícitante ostensivo.

Enquanto o Código Civil é uma lei geral, aplicável às relações jurídicas entre iguais, o CDC é uma lei de ordem pública, especial, aplicável às relações entre desiguais, quer seja em relação ao objeto – produtos e serviços (*ratione materiae*) – quer seja em relação aos sujeitos (*ratione personae*), isto é, aos consumidores e fornecedores e suas relações jurídicas.

O CDC é um microsistema jurídico que rege uma parte do Direito Privado, além do que, à luz do magistério de Gustavo Tepedino, um dos baluartes do Direito Civil Constitucional, também deve ser interpretado e aplicado à luz da Constituição Federal, tal qual do Direito Civil.

Outrossim, o Código de Defesa do Consumidor é repleto de cláusulas abertas, entendidas essas como sendo uma técnica legislativa que guardam um conteúdo normativo vário, impreciso, múltiplo, permitindo ao Estado Juiz valer-se até de valores axiológicos externos ou meta-jurídicos na solução do caso concreto, apenas com uma ressalva da necessidade de maior densidade argumentativa por parte do Juiz ao aplicar tais normas abertas, de conteúdo jurídico indeterminado, conforme preleciona Felipe Peixoto Braga Netto^[1].

Também em sede de doutrina, o insigne Sergio Cavalieri Filho^[2] sustenta que o CDC criou uma “*sobreestrutura jurídica multidisciplinar, normas de sobredireito*”, aplicável em todos os ramos do Direito onde ocorram relações de consumo, quer dizer, aplicável por todas as áreas do Direito – público e privado, civil e empresarial, contratual e extracontratual, material e processual, enfim, onde ocorram relações de consumo.

Nesse alinhamento, inquestionável é que os contratos civis ou empresariais, por exemplo, continuam regidos pelas leis e princípios que lhes são pertinentes – *mas sempre que gerarem relação de consumo ficarão também sujeitos à disciplina do CDC*, em razão dos princípios consumeristas da boa fé objetiva, informação, transparência, inversão do ônus da prova, reparação integral, etc.

O CDC é aplicável para todo contrato de consumo, isto é, todo contrato que contenha uma relação de consumo, ainda que seja um contrato civil ou empresarial.

2.A Aplicação do CDC aos Serviços Públicos

O tema dos serviços públicos está previsto no art. 22 do CDC, sendo também regido pelo Direito Público, mas que, nessa hipótese, de regra são operacionalizados pelas empresas privadas, mediante outorga da concessão, conforme art. 175 da Constituição Federal c/c Lei Federal nº 8.987/95.

Há uma forte divergência doutrinária e jurisprudencial acerca da aplicação do CDC aos serviços públicos em geral, conforme assim registra Antônio Herman V. Benjamin, Cláudia Lima Marques e Leonardo Roscoe Bessa^[3], *in verbis*: “*Não há, portanto, dúvida a respeito da possibilidade de incidência do*

CDC aos serviços públicos. As polêmicas dizem respeito à necessidade de a atividade ser remunerada diretamente (tarifa, preço público ou taxa) ou a suficiência de que a remuneração seja indireta e remota (impostos)”.

Conceitualmente, há serviços chamados de UTI UNIVERSI, fornecidos pelo Poder Público a grupos indeterminado, sem possibilidade de identificação dos destinatários e que são financiados pelos impostos, como, por exemplo, os serviços de segurança pública, saúde e outros.

Mas há também os serviços fornecidos a destinatários individuais, usuários determináveis, passíveis de aferição do *quantum* utilizado por cada consumidor, como é o caso dos serviços de telefonia, água, energia elétrica, também chamados de UTI SINGULI.

Doutrinariamente, diz-se que os primeiros são serviços públicos próprios e gerais, os chamados UTI UNIVERSI, custeados por impostos, taxas e contribuições de melhoria (tributos em geral) e decorrem do poder de império do Estado (*jus imperii*), não se aplicando, pois, o CDC. Já os segundos, os chamados UTI SINGULI, são serviços impróprios e individuais e são remunerados por tarifa ou preço público, com destinatários determinados ou determináveis e têm uso específico e mensurável, com predomínio da facultatividade na sua contratação, regida pelo Direito Privado.

De referência à execução de tais serviços, os chamados “*serviços UTI SINGULI podem ser prestados pelo próprio Estado, ou por delegação, tendo-se como traço de identificação a remuneração*”, segundo magistério de Sergio Cavalieri Filho^[4], sendo que, em caso de serviços UTI UNIVERSI, há uma relação administrativa-tributária entre o Poder Público e o contribuinte, disciplinada pelo Direito Administrativo, decorrente do próprio poder de império estatal.

Nesse contexto, informa a doutrina especializada, segundo magistério de Flávio Tartuce e Daniel Amorim Assumpção Neves^[5], de que são considerados serviços UTI SINGULI e, portanto, passíveis de aplicação do CDC, os serviços de transporte público para destinatários finais; prestação de serviços rodoviários, por meio de empresas concessionárias; serviços públicos de educação; serviços de

telefonia fixa ou móvel; serviços públicos de fornecimento de água e esgoto, luz e gás, trazendo à colação, nesse sentido, vários julgados dos tribunais superiores.

Assim, não há dúvida de que a prestação de serviço público é uma função pública primacial, regada pelo Direito Público, não sendo a concessionária/permissionária/delegatária a senhora ou dona da concessão. De igual modo, há limitações impostas ao usuário e que são justificadas pelo interesse público, fundamento maior da prestação do serviço público.

Objetivamente, o art. 22 do CDC se reporta a serviços públicos essenciais, fazendo alusão aos princípios da adequação e da continuidade, sendo que a Lei 8.987/95 prevê duas hipóteses em que pode haver a descontinuidades da prestação do serviço público (art. 6º, § 3º, incisos I e II), ou seja, em caso de emergência e após aviso prévio.

Assim, nesse contexto, a jurisprudência dominante entende lícita a interrupção do fornecimento da prestação do serviço público, quando, após prévio aviso, o usuário do serviço permanece inadimplente no pagamento da respectiva conta.

Todavia, em caso de débito pretérito, ou seja, débito antigo, confessado e consolidado, é descabido o corte do fornecimento do serviço, devendo a concessionária reivindicá-los judicialmente, via ação de cobrança.

Ressalte-se, ainda, que em caso de inadimplemento por parte de um usuário pessoa jurídica de direito público, o corte do fornecimento do serviço pode também ser feito, desde que tenha havido prévio aviso, a fim de não violar o princípio do equilíbrio contratual, ensejando enriquecimento sem causa do usuário, com a ressalva de que, todavia, o corte do fornecimento não pode atingir as unidades públicas cuja paralização é inadmissível, como, por exemplo, escolas, hospitais, penitenciárias, etc.

Por último, em reforço, digno de nota é a lição de Luiz Antonio Rizzatto Nunes^[6] acerca da relevância do art. 22 do CDC, entendendo que, *“por si só, é de fundamental importância para impedir que prestadores de serviços públicos pudessem construir “teorias” para tentar dizer que não estariam submetidas às normas do CDC. Aliás, mesmo com a expressa redação do art. 22,*

ainda assim há prestadores de serviços que lutam na Justiça ‘fundamentados’ no argumento de que não estão submetidos às regras da Lei 8.078/90”.

3. Conclusão

A meu juízo, concludo de que não há dúvida da importância do CDC em sede de serviços públicos em geral e, muito especialmente, na hipótese dos chamados serviços UTI SINGULI, haja vista que o consumidor passa a dispor de um microsistema jurídico eficaz e melhor favorável à sua condição de mero usuário vulnerável, inserido numa sociedade cada vez mais complexa, plural, consumista e desigual, frente a prestadores de serviços vorazes e de regra monopolizadores.

4. Referências Bibliográficas

BENJAMIN, Antonio Herman V; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. 3ª ed. Manual de Direito do Consumidor. São Paulo: RT, 2010.

FILHO, Sergio Cavalieri. Programa de Direito do Consumidor. São Paulo: Atlas, 2008.

NETTO, Felipe Peixoto Braga. Manual de Direito do Consumidor. 10ª ed. Bahia: Ed. JusPodivm. 2015.

TARTUCE, Flavio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito do Consumidor*. Direito Material e Processual. 6ª ed. São Paulo: Método, 2017

NOTAS:

[1] NETTO, Felipe Peixoto Braga. Manual de Direito do Consumidor. 10ª ed. Bahia: Ed. JusPodivm. 2015, p. 51.

[2] FILHO, Sergio Cavalieri. Programa de Direito do Consumidor. São Paulo: Atlas, 2008, p. 13.

[3] BENJAMIN, Antonio Herman V; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. 3ª ed. Manual de Direito do Consumidor. São Paulo: RT, 2010, p. 203.

[4] FILHO, Sergio Cavalieri. *Programa de Direito do Consumidor*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 67.

[5] TARTUCE, Flavio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito do Consumidor*. Direito Material e Processual. 6ª ed. São Paulo: Método, 2017, p. 132.

[6] RIZZATO NUNES, Luiz Antonio. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 302.

DIREITO DE PREFERÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA AQUISIÇÃO DE BENS TOMBADOS

FÁBIO ANDRÉ UEMA OLIVEIRA: Procurador do Estado de São Paulo. Mestre e Doutorando em Direitos Difusos e Coletivos pela PUC/SP. Especialista em Direito Constitucional pela PUCSP/COGEAE.

Resumo: O objetivo do presente estudo é analisar o direito de preferência do ente da Administração Pública que realizou o tombamento na aquisição de bens tombados. Abordaremos o tratamento legal do instituto, com destaque às modificações levadas a efeito pelo Novo Código Civil – Lei nº 13.105/2015. Ainda indicaremos outros instrumentos jurídicos que podem ser utilizados na aquisição dos aludidos bens pela Administração Pública.

Palavras-chave: Tombamento. Administração Pública. Direito de Preferência.

Sumário: Introdução; 1. Direito de Preferência ; 2. Aquisição direta com dispensa de licitação; 3. Direito de Preempção – Estatuto da Cidade; 4. Desapropriação de Bens Culturais pela Administração Pública; 5. Considerações Finais; Bibliografia.

Introdução

O tombamento é instrumento especial de intervenção do Estado na propriedade, que pode recair sobre bens públicos ou particulares, protegendo e conservando o patrimônio cultural lato sensu, mediante um regime especial de uso, gozo, disposição e destruição, lastreado na função socioambiental da propriedade, em prol das presentes e, especialmente, das futuras gerações^[1].

Com o tombamento exurgem diversos efeitos quanto à possibilidade de alienação, deslocamento, transformação, conservação, fiscalização e atinge, também, os imóveis vizinhos. Desta feita, cria para o proprietário obrigações de fazer, não fazer e de suportar, aos proprietários de imóveis vizinhos resulta em obrigações negativas e à Administração Pública obrigações positivas^[2].

O proprietário do bem tombado é obrigado a fazer as obras de conservação voltadas à preservação do bem tombado. Ainda, nega-se a possibilidade de

destruir, demolir, ou mutilar o bem tombado e impossibilita-se a reparação ou restauração sem a prévia autorização do órgão de defesa do patrimônio cultural competente; o proprietário não pode retirar do país os bens móveis tombados, salvo por breve período para intercâmbio cultural e com prévia autorização. Demais disso, o proprietário tem a obrigação de suportar a fiscalização da Administração Pública não podendo impedir ações de vigilância, constitucionalmente previstas. Como veremos, ele era obrigado a notificar os entes federativos que realizaram o tombamento quando for alienar o bem para assegurar-lhes o direito de preferência na aquisição, sob pena de nulidade do ato, sequestro do bem e imposição de multa (art. 22, do Decreto-lei nº 25/1937).

Os proprietários de imóveis inseridos na área envoltória do bem tombado ficam impedidos de, a critério do órgão de defesa do patrimônio cultural, edificar seus terrenos de modo a impedir ou reduzir a visibilidade do bem protegido, ou realizar atividades que comprometam a qualidade ambiental da área e do bem tutelado.

Ao Poder Público o tombamento impõe que exerça a fiscalização dos bens tutelados, determine a execução de obras de conservação ou as realize, quando o proprietário não tiver condições, e deve, ainda, averbar no Registro de Imóveis a realização do tombamento de bens imóveis particulares. Cumpre, também, realizar obras emergenciais para impedir a destruição de bem tombado em perigo, podendo ser ressarcido pelo responsável por sua preservação.

Neste ensaio, analisaremos as alterações no direito de preferência levadas a efeito pelo Novo Código Civil, bem como alguns instrumentos jurídicos que permitem a aquisição de bens tombamentos pela Administração Pública.

1. Direito de Preferência

O direito de preferência previsto no artigo 22 do Decreto-lei n 25/1937, que regulamenta o tombamento, foi expressamente revogado pelo artigo 1.072, inciso I, da Lei nº 13.105/2015 – Novo Código de Processo Civil, que restringiu a sua aplicação e trouxe nova regulamentação nos artigos 889, inciso VIII, e 892, §3º da Lei Adjetiva vigente. Vejamos as disposições legais em comento.

O artigo 22, do Decreto-lei nº 25/1937, dispunha:

Art. 22. Em face da alienação onerosa de bens tombados, pertencentes a pessoas naturais ou a pessoas jurídicas de direito privado, a União, os Estados e os municípios terão, nesta ordem, o direito de preferência. (Revogado pela Lei n.º 13.105, de 2015)

§ 1º Tal alienação não será permitida, sem que previamente sejam os bens oferecidos, pelo mesmo preço, à União, bem como ao Estado e ao município em que se encontrarem. O proprietário deverá notificar os titulares do direito de preferência a usá-lo, dentro de trinta dias, sob pena de perdê-lo. (Revogado pela Lei n.º 13.105, de 2015)

§ 2º É nula alienação realizada com violação do disposto no parágrafo anterior, ficando qualquer dos titulares do direito de preferência habilitado a sequestrar a coisa e a impôr a multa de vinte por cento do seu valor ao transmitente e ao adquirente, que serão por ela solidariamente responsáveis. A nulidade será pronunciada, na forma da lei, pelo juiz que conceder o sequestro, o qual só será levantado depois de paga a multa e se qualquer dos titulares do direito de preferência não tiver adquirido a coisa no prazo de trinta dias. (Revogado pela Lei n.º 13.105, de 2015)

§ 3º O direito de preferência não inibe o proprietário de gravar livremente a coisa tombada, de penhor, anticrese ou hipoteca. (Revogado pela Lei n.º 13.105, de 2015)

§ 4º Nenhuma venda judicial de bens tombados se poderá realizar sem que, previamente, os titulares do direito de preferência sejam disso notificados judicialmente, não podendo os editais de praça ser expedidos, sob pena de nulidade, antes de feita a notificação. (Revogado pela Lei n.º 13.105, de 2015)

§ 5º Aos titulares do direito de preferência assistirá o direito de remissão, se dela não lançarem mão, até a assinatura do auto de arrematação ou até a sentença de adjudicação, as pessoas que, na forma da lei, tiverem a faculdade de remir. (Revogado pela Lei n.º 13.105, de 2015)

§ 6º O direito de remissão por parte da União, bem como do Estado e do município em que os bens se encontrarem, poderá ser exercido, dentro de cinco dias a partir da assinatura do auto de arrematação ou da sentença de adjudicação, não se podendo extrair a carta, enquanto não se esgotar este prazo, salvo se o arrematante ou o adjudicante for qualquer dos titulares do direito de preferência. (Revogado pela Lei n.º 13.105, de 2015)

Por sua vez, o Código de Processo Civil, em seus artigos 889, inciso VIII, e 892, §3º, preveem, *in verbis*:

Art. 889. Serão cientificados da alienação judicial, com pelo menos 5 (cinco) dias de antecedência:

(...)

VIII - a União, o Estado e o Município, no caso de alienação de bem tombado.

Art. 892. Salvo pronunciamento judicial em sentido diverso, o pagamento deverá ser realizado de imediato pelo arrematante, por depósito judicial ou por meio eletrônico.

(...)

§ 3º No caso de leilão de bem tombado, a União, os Estados e os Municípios terão, nessa ordem, o direito de preferência na arrematação, em igualdade de oferta.

Eis o dispositivo revogador:

Art. 1.072. Revogam-se:

I - o art. 22 do Decreto-Lei no 25, de 30 de novembro de 1937;

Desta feita, a Lei federal nº 13.105/2015 (Novo Código de Processo Civil), em seu artigo 1072, inciso I, revogou expressamente o artigo 22 do Decreto-lei nº 25/1937, que tratava do direito de preferência quando da alienação de bens tombados pertencentes a pessoas naturais ou jurídicas de direito privado e, tacitamente, o artigo 4º, inciso XVII, da Lei nº 11.906/2009[3], que criou o Instituto Brasileiro de Museus - IBRAM. Estabelecia o artigo 22, caput, que União, os Estados e os municípios tinham, nesta ordem, preferência na aquisição. Assim, o proprietário que desejasse alienar onerosamente a coisa devia oferecê-la, pelo mesmo preço, aos titulares do direito de preferência para em 30 (trinta) dias se manifestarem se fariam uso do instituto. O §2º previa que a alienação que não respeitasse o aludido procedimento seria nula e permitiria aos titulares do direito sequestrar a coisa e impor multa aos contratantes de vinte por cento do valor da alienação, que seriam solidariamente responsáveis pelo seu pagamento. Ainda, o direito de preferência não impedia que o bem tombado fosse gravado com penhor, anticrese ou hipoteca (§3º). É importante salientar que os titulares do direito de preferência normalmente deixavam o prazo transcorrer *in albis*, porque a Administração Pública poderia – e pode – a qualquer momento desapropriar a coisa, se presentes os requisitos legais.

O direito de preferência em toda e qualquer alienação onerosa do bem tombado, foi revogado pelo Novo Código de Processo Civil. Entretanto, o Código dispõe no artigo 892, §3º, que no leilão judicial de bem tombado a União, os Estados[4] e os Municípios terão, nessa ordem, o direito de preferência na arrematação, em igualdade de oferta. Nesse passo, na alienação judicial de bem tombado penhorado, subsiste o direito de preferência. Os titulares deste direito devem ser cientificados[5] com cinco dias de antecedência ao leilão judicial[6], sob pena de invalidação da arrematação (art. 889, VIII, c.c. 903, §1º, I, do NCPC[7]).

Houve, portanto, ampla limitação da preferência, que antes podia ser exercida em todas as alienações onerosas de bens móveis ou imóveis tombados privados, restringindo-se, atualmente, aos leilões judiciais quando o bem tombado for penhorado.

Cumpra ressaltar que a lei adjetiva não prevê o referido direito nas outras formas de expropriação da coisa penhorada. Assim, na adjudicação pelo exequente (art. 876[8]) e na alienação por iniciativa particular (art. 880[9]), que precedem o leilão judicial (art. 881[10]), não existe de forma expressa o direito de preferência aos entes políticos. Entretanto, existe posicionamento favorável à extensão do direito de preferência também às hipóteses de adjudicação e alienação por iniciativa particular[11].

Ademais, se não houver o exercício do direito de preferência, havendo a imposição prévia de multa em relação ao bem tombado objeto da alienação, os titulares do aludido direito têm privilégio especial sobre o valor arrematado (v. art. 29, do Decreto-lei nº 25/1937).

Importa salientar que o Novo Código de Processo Civil não mencionou a revogação do direito de preferência estabelecido pelo artigo 63 do Estatuto dos Museus (Lei nº 11.904/2009) para aquisição de bens culturais[12], nestes termos:

Art. 63. Os museus integrados ao Sistema Brasileiro de Museus gozam do direito de preferência em caso de venda judicial ou leilão de bens culturais, respeitada a legislação em vigor.

§ 1º O prazo para o exercício do direito de preferência é de quinze dias, e, em caso de concorrência entre os museus do Sistema, cabe ao Comitê Gestor determinar qual o museu a que se dará primazia.

§ 2º A preferência só poderá ser exercida se o bem cultural objeto da preferência se integrar na política de aquisições dos museus, sob pena de nulidade do ato.

Integram obrigatoriamente o Sistema Brasileiro de Museus – SBM os do Poder Executivo federal e facultam-se o ingresso de museus vinculados aos demais Poderes da União, de âmbito estadual, distrital e municipal, privados, inclusive aqueles dos quais o Poder Público participe, comunitários e ecomuseus. O artigo 20 do Decreto nº 8.124/2013[13] regulamentou o aludido direito de preferência.

Observamos que este direito não foi revogado tacitamente pelo Novo Código de Processo Civil, pois são normas de idêntica hierarquia (leis ordinárias),

as disposições não são incompatíveis e lei geral posterior não revoga lei especial anterior (art. 2º, §§1º e 2º, da LINDB).

Uma vez indicado o panorama atual do ordenamento jurídico a respeito do direito de preferência para aquisição de bens tombados, analisemos algumas outras possibilidades de aquisição à disposição da Administração Pública.

2. Aquisição direta com dispensa de licitação

A lei federal nº 8.666/1993 em seu artigo 24, inciso XV, prevê:

Art. 24. É dispensável a licitação:

XV - para a aquisição ou restauração de obras de arte e objetos históricos, de autenticidade certificada, desde que compatíveis ou inerentes às finalidades do órgão ou entidade.

Nesse passo, a lei excepciona a regra restringível insculpida no artigo 37, XXI, da Constituição Federal, que determina que as compras, alienações, obras e serviços sejam contratados mediante licitação.

A Administração Pública deve justificar o interesse estatal na aquisição do bem e a autenticidade da obra necessita de comprovação. A lição de Hely Lopes Meirelles, atualizada por Eurico Azevedo, Délcio Aleixo e José Emmanuel Burle Filho, destaca que: “justifica-se a dispensa por se tratar de objetos certos e determinados, valiosos por sua originalidade e, por isso mesmo, não sujeitos a substituição por cópias ou similares”^[14].

Apesar da possibilidade de aquisição direta estar inserida no rol de “dispensa”, conforme aduz Marçal Justen Filho, secundado em vários autores, “a hipótese se enquadra, teoricamente, como impossibilidade de competição e seria mais apropriado reconhecer a ocorrência de inexigibilidade de licitação (...). Aliás, isso está implicitamente reconhecido no próprio art. 13, VII, que trata da restauração de obras de arte como serviço técnico profissional especializado”^[15].

Ainda, a Administração Pública pode adquirir diretamente imóveis tombados, desde que presentes as condições de dispensa ou inexigibilidade de licitação (arts. 24, X e 25, da Lei federal n

º 8.666/1993). Na dispensa o imóvel deve ser destinado ao atendimento das finalidades precípua da Administração, cujas necessidades de instalação e localização condicionem a sua escolha, devendo o preço ser compatível com o valor de mercado, conforme avaliação prévia. Por sua vez, na inexigibilidade inexistente possibilidade de competição sendo aquele o único bem capaz de satisfazer as necessidades da Administração. A diferença básica entre as duas hipóteses está no fato de que, na dispensa, há possibilidade de competição que justifique a licitação, de modo que a lei faculta a dispensa, inserida, portanto, na competência discricionária da Administração, enquanto na inexigibilidade a competição é inviável porque existe somente um objeto que atenda às necessidades da Administração[16].

3. Direito de Preempção – Estatuto da Cidade

O Estatuto da Cidade (Lei federal nº 10.257/2001) prevê, dentre seus instrumentos que objetivam preservar o patrimônio cultural, o direito de preempção. O artigo 2º do Estatuto da Cidade estabelece as diretrizes gerais da política urbana, que objetivam ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, dentre elas se encontram a proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural e construído, do patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico e arqueológico (inciso XII).

O artigo 4º da Lei nº 10.257/2001 arrola, exemplificativamente, instrumentos que devem ser empregados na consecução dos objetivos do Estatuto, incluindo o tombamento, e, o direito de preempção, também denominado de direito de preferência ou de prelação[17], que confere ao Poder Público municipal preferência para aquisição de imóvel urbano objeto de alienação onerosa entre particulares, se necessitar de áreas para a proteção de interesse histórico, cultural ou paisagístico (arts. 25 e 26, do Estatuto)[18]. Para tanto, lei municipal deve delimitar as áreas de incidência do direito de preempção com prazo de vigência não superior a cinco anos, que pode ser renovado (art. 25, §1º).

Assim, se determinado imóvel estiver inserido nas referidas áreas, o proprietário deve notificar o Município, juntando proposta de aquisição por terceiro, para que este manifeste, em no máximo trinta dias, seu interesse em comprar o bem (art. 27). Caso a alienação do bem ocorra em desconformidade com as condições da proposta anexada à notificação, v.g., por preço inferior, ela é

considerada nula de pleno direito e permite à municipalidade adquirir o bem pelo valor da base de cálculo do IPTU ou pelo valor indicado na proposta, quando inferior àquele (art. 27, §§ 1º, 5º e 6º).

Cumpra ressaltar que o Estatuto da Cidade não exige que o imóvel seja tombado para incidir o direito de preempção da municipalidade. Assim, imóveis com valor cultural inseridos na área especificada em lei municipal podem ser adquiridos mediante o direito de prelação. Ainda, sobreleva destacar que, se o bem for oferecido a título de doação ao Poder Público, existe posicionamento de que o Município não poderá recusar o recebimento do imóvel, porquanto reconhecido em lei a necessidade do imóvel para fins de conservação^[19].

4. Desapropriação de Bens Culturais pela Administração Pública

Ainda que o direito de preferência tenha sido restringido, com a revogação do artigo 22 do Decreto-lei nº 25/1937, o ordenamento jurídico permite a desapropriação do bem ou a aquisição com dispensa de licitação, em certos casos, para a proteção do patrimônio cultural.

A desapropriação está prevista como instrumento de proteção ao patrimônio cultural no art. 216 da Lei Fundamental. Maria Sylvia Zanella Di Pietro a conceitua como:

O procedimento administrativo pelo qual o Poder Público ou seus delegados, mediante prévia declaração de necessidade pública, utilidade pública ou interesse social, impõe ao proprietário a perda de um bem, substituindo-o em seu patrimônio por justa indenização^[20].

A desapropriação deve ocorrer de forma excepcional, quando for realmente indispensável, ou seja, se absolutamente inviáveis ou insuficientes outras formas legais de acatamento e preservação^[21]. Isso porque a desapropriação é a mais grave forma de intervenção estatal na propriedade – excepcionando o confisco (art. 243, da CF) –, privando o particular de um direito fundamental mediante procedimento estabelecido em lei, com pagamento de prévia, em regra, e justa indenização.

Na tutela do patrimônio cultural, a desapropriação pode objetivar a preservação e conservação dos monumentos históricos e artísticos, a adoção de

medidas voltadas a manutenção e realce dos aspectos mais valiosos ou característicos, a proteção de paisagens e locais particularmente dotados pela natureza ou a preservação e conservação de documentos, arquivos, imóveis e móveis de valor histórico ou artístico (Decreto-lei nº 3.365/1941). Sandra Cureau classifica essas hipóteses de desapropriação como tombamento indireto, pois, após a transferência do bem para a Administração Pública, a coisa desapropriada será obrigatoriamente tombada[22].

Ainda, a Lei nº 3.924/1961, que dispõe sobre a preservação do patrimônio arqueológico, prevê a possibilidade de se efetuar a desapropriação por utilidade pública (art. 15) e o Decreto-lei nº 25/1937 fixa que o Poder Público poderá desapropriar o bem tombado quando o proprietário não dispuser de recursos para realizar as obras de conservação (art. 19, §1º).

5. Considerações Finais

O Código de Processo Civil, ao revogar expressamente o artigo 22, do Decreto-lei nº 25/1937 e tacitamente o artigo 4º, inciso XVII, da Lei nº 11.906/2009, restringiu substancialmente o direito de preferência da Administração Pública na aquisição de bens tombados, que antes, em todas as alienações onerosas, o proprietário devia notificar o Poder Público para em 30 dias exercer seu direito de preferência. A lei adjetiva manteve o direito para na alienação judicial de bem tombado penhorado. Os titulares deste direito devem ser cientificados com cinco dias de antecedência ao leilão judicial, sob pena de invalidação da arrematação. Ainda, apesar de na adjudicação pelo exequente e na alienação por iniciativa particular, que precedem o leilão judicial, não existir de forma expressa no Código o direito de preferência aos entes políticos, mostra-se possível a extensão do direito de preferência também a essas hipóteses.

Além do direito de preferência, num contexto de Política Pública que pressupõe que o Estado tem melhores condições de preservar o patrimônio cultural que o particular, a Administração Pública conta com outros instrumentos para a aquisição de bens protegidos, em que se destacam o Direito de Preempção do Estatuto da Cidade, contratação direta, com dispensa ou inexigibilidade de licitação, e a desapropriação.

Em apertada síntese, esses são os principais instrumentos jurídicos à disposição do Estado para adquirir bens protegidos, que devam ser incorporados

aos bens públicos, com a finalidade de se garantir a sua preservação para as presentes e, especialmente, futuras gerações.

Bibliografia

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Comentários ao estatuto da cidade*. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CUREAU, Sandra. *O patrimônio cultural brasileiro e seus instrumentos de proteção*. In MARQUES, Cláudia Lima; MEDAUAR, Odete; SILVA, Solange Teles da. (coord.). *O novo direito administrativo, ambiental e urbanístico: estudos em homenagem à Jacqueline Morand-Deville*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. *Direito administrativo*. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

GASPARINI, Audrey. *Tombamento e transferência do direito de construir: dois institutos que se complementam*. In FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia (coord.). *Revisitando o instituto do tombamento*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 14 ed. São Paulo: Dialética, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 33 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. *Tutela do patrimônio cultural brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

NOHARA, Irene Patrícia. *Direito administrativo*. 6 ed. São Paulo: Atlas, 2016.

OLIVEIRA, Fábio André Uema. *Tombamento e instrumentos jurídicos de restauração de bens imóveis protegidos*. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, 2014.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* *Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

NOTAS:

[1] OLIVEIRA, Fábio André Uema. *Tombamento e instrumentos jurídicos de restauração de bens imóveis protegidos*. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, 2014, pp. 67-68

[2] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2012, pp.150-153.

[3] “Art. 4º Compete ao Ibram:

XVII – exercer, em nome da União, o direito de preferência na aquisição de bens culturais móveis, prevista no [art. 22 do Decreto-Lei no 25, de 30 de novembro de 1937](#), respeitada a precedência pelo órgão federal de preservação do patrimônio histórico e artístico.”

[4] Apesar da omissão, o Distrito Federal também goza do direito de preferência. O artigo 1º da Constituição Federal declara que a República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e do Distrito Federal, este contempla, ainda, as competências legislativas dos Estados e Municípios (art. 32, §1º, da CF) e tem, assim como os demais entes federados, o dever de preservar o patrimônio cultural (art. 23, III, IV, V e VI, da CF). Destarte, inexistente razão para excluir o Distrito Federal do direito de preferência.

[5] Deve ser lida como sinônimo de intimação, conforme art. 269 do NCPC, sendo efetivada sempre que possível por meio eletrônico (art. 270, do NCPC), conforme WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* *Primeiros comentários ao novo código de processo civil: artigo por artigo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 1263.

[6] Contados em dias úteis, por se tratar de prazo processual (art. 219, NCPC).

[7] “Art. 889. Serão cientificados da alienação judicial, com pelo menos 5 (cinco) dias de antecedência:

(...)

VIII - a União, o Estado e o Município, no caso de alienação de bem tombado.”

“Art. 903. Qualquer que seja a modalidade de leilão, assinado o auto pelo juiz, pelo arrematante e pelo leiloeiro, a arrematação será considerada

perfeita, acabada e irretroatável, ainda que venham a ser julgados procedentes os embargos do executado ou a ação autônoma de que trata o § 4º deste artigo, assegurada a possibilidade de reparação pelos prejuízos sofridos.

§ 1º Ressalvadas outras situações previstas neste Código, a arrematação poderá, no entanto, ser:

I - invalidada, quando realizada por preço vil ou com outro vício;”

[8] Art. 876. É lícito ao exequente, oferecendo preço não inferior ao da avaliação, requerer que lhe sejam adjudicados os bens penhorados.

[9] Art. 880. Não efetivada a adjudicação, o exequente poderá requerer a alienação por sua própria iniciativa ou por intermédio de corretor ou leiloeiro público credenciado perante o órgão judiciário.

[10] Art. 881. A alienação far-se-á em leilão judicial se não efetivada a adjudicação ou a alienação por iniciativa particular.

[11] Aduzem que “levando-se em conta que a *ratio* dessa regra é a de preservar o direito de preferência, deve ser estendida, segundo pensamos, às hipóteses de adjudicação e alienação por iniciativa particular” WAMBIER, Teresa Arruda Alvim *et al.* Ob. Cit., p. 1263.

[12] Bens culturais passíveis de musealização são os bens móveis e imóveis, de interesse público, de natureza material ou imaterial, considerados individualmente ou em conjunto, portadores de referência ao ambiente natural, à identidade, à cultura e à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira (art. 5º, §1º da Lei nº 11.904/2009 e art. 2º, inciso III, do Decreto nº 8.124/2013).

[13] “Art. 20. Os museus integrados ao SBM gozam de direito de preferência em caso de venda judicial ou leilão de bens culturais, nos termos do art. 63 da Lei no 11.904, de 2009.

1º Para possibilitar o exercício do direito de preferência previsto no caput, o responsável pelo leilão ou venda judicial de bens culturais deverá notificar o IBRAM sobre o leilão com antecedência de, no mínimo, trinta dias, e caberá à autarquia estabelecer requisitos mínimos para notificação.

§ 2º Recebida a notificação referida no § 1º, o IBRAM consultará os museus integrantes do SBM para que, no prazo de dez dias, informem interesse na aquisição dos bens objeto da venda judicial ou leilão.

§ 3º Caso um museu integrante do SBM informe interesse, o IBRAM notificará o responsável pelo leilão ou venda judicial com antecedência de, no mínimo, quinze dias à data da alienação do bem.

§ 4º Em caso de concorrência entre os museus do SBM, caberá ao Comitê Gestor, no prazo de cinco dias, determinar que museu terá a preferência, na ausência de sua manifestação, caberá ao seu Presidente a definição.

§ 5º Em se tratando de bem cultural declarado de interesse público, terá preferência museu do IBRAM, caso a autarquia informe interesse na aquisição.

§ 6º O direito de preferência será válido somente se o bem cultural se enquadrar na política de aquisições e descartes de bens culturais do museu, elaborada nos termos do art. 24.

§ 7º O representante legal do museu que pretender exercer o direito de preferência deverá se fazer presente no ato do leilão ou venda judicial, sob pena de preclusão do direito de preferência.”

[14] MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 33 ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 283.

[15] JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 14 ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 332

[16] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito...*, 2015, p. 429

[17] CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Comentários ao estatuto da cidade*. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 168.

[18] O artigo 26 do Estatuto da Cidade lista as seguintes finalidades para as áreas do direito de preempção: “Art. 26. O direito de preempção será exercido sempre que o Poder Público necessitar de áreas para: I – regularização fundiária; II – execução de programas e projetos habitacionais de interesse social; III – constituição de reserva fundiária; IV – ordenamento e direcionamento da expansão urbana; V – implantação de equipamentos urbanos e comunitários; VI – criação de espaços públicos de lazer e áreas verdes; VII – criação de unidades de conservação ou proteção de outras áreas de interesse ambiental; VIII – proteção de áreas de interesse histórico, cultural ou paisagístico;”

[19] GASPARINI, Audrey. *Tombamento e transferência do direito de construir: dois institutos que se complementam*. In FERNANDES, Edésio;

ALFONSIN, Betânia (coord.). *Revisitando o instituto do tombamento*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 151.

[20] DI PIETRO, Maria Sylvia. *Direito administrativo*. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 166.

[21] MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. *Tutela do patrimônio cultural brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p.159.

[22] CUREAU, Sandra. *O patrimônio cultural brasileiro e seus instrumentos de proteção*. In MARQUES, Cláudia Lima; MEDAUAR, Odete; SILVA, Solange Teles da. (coord.). *O novo direito administrativo, ambiental e urbanístico: estudos em homenagem à Jacqueline Morand-Deville*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 173.

A RELAÇÃO ENTRE O PROCESSO DE HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇA ESTRANGEIRA E O PROCESSO BRASILEIRO SOBRE A MESMA LIDE

ALINE ANTELO MACHADO DE OLIVEIRA:
Procuradora da Fazenda Nacional. Advogada formada em Direito pela UERJ.

Resumo: O artigo pretende analisar se a propositura do processo de homologação de sentença estrangeira perante o STJ impede a propositura de um processo perante o juiz brasileiro sobre a mesma questão.

Sumário: 1.Caso hipotético 2.Posição doutrinária. 3.Posição jurisprudencial. 4.Fenômeno da “caça à sentença”.

Com base no art.961 do CPC, a sentença estrangeira só produz efeitos no Brasil após a sua homologação. Assim, ainda que já tenha havido o seu trânsito em julgado para o sistema jurídico estrangeiro, a mesma questão pode ser submetida ao juiz brasileiro, não havendo qualquer ofensa à autoridade da coisa julgada. Sobre o ponto, leciona Barbosa Moreira:

“Sem ela (a homologação), portanto, em vão se invocará, no processo brasileiro posterior, a existência de res iudicata formada noutro país sobre a lide: a preliminar não será acolhível, nem poderá o órgão judicial pátrio, é claro, conhecer dela de ofício.” [\[1\]](#)

Imagine-se, por exemplo, que A ajuizou em 2008, na Inglaterra, ação em face de B, arguindo o dever deste de indenizá-lo por danos causados num acidente de carro. Em 2012, transita em julgado a decisão de procedência. Enquanto não houver sua homologação pelo STJ, a questão do dever de indenizar pode ser objeto de um processo brasileiro, tendo novamente como partes A e B. Emerge, portanto, a possibilidade de

coexistirem o processo de homologação da sentença estrangeira perante o STJ e o processo de conhecimento sobre a mesma lide perante o juiz brasileiro.

Evidentemente, não é possível se falar em litispendência, nessa hipótese. Tal fenômeno ocorre quando duas ações são idênticas, por terem as mesmas partes, o mesmo pedido e a mesma causa de pedir.^[2] Todavia, ainda que as partes sejam as mesmas, são o pedido e a causa de pedir diferentes.^[3] No processo de homologação, é pleiteado o reconhecimento e a produção no Brasil dos efeitos da sentença estrangeira, sendo a causa de pedir o preenchimento dos requisitos dos art. 15 e 17 da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro. Já no processo brasileiro, o pedido é a condenação do réu à obrigação de indenizar, com base na sua responsabilidade civil. Ou seja, nesse processo discutir-se-á se há o dever de indenizar, se houve o dano, a conduta do réu, se está presente o nexo causal. Já naquele, a discussão se limitará à presença dos requisitos de homologabilidade^[4] Nas palavras de Roberto Rosas e Paulo Cezar Aragão:

“A rigor não há, nem pode haver litispendência, ante a substancial e profunda diversidade entre os dois juízos, com certeza já presente no espírito do leitor que vem acompanhando esta exposição: o juízo de homologação é autônomo, e tem petitum totalmente distinto da ação nacional que verse sobre a mesma relação substancial já decidida.”^[5]

A pendência da ação brasileira não obsta, portanto, a propositura da ação de homologação. ^[6] ^[7] Esse entendimento foi adotado em decisões mais recentes pelo STF^[8], tendo sido mantido pelo STJ. Sobre o ponto, veja-se:

“SENTENÇA ESTRANGEIRA - TRAMITAÇÃO DE PROCESSO NO BRASIL - HOMOLOGAÇÃO. O fato de ter-se, no Brasil, o curso de processo concernente a conflito de interesses dirimido em sentença estrangeira transitada em julgado não é óbice à homologação desta última.” [\[9\]](#) [\[10\]](#)

“1. Segundo o sistema processual adotado em nosso País em tema de competência internacional (CPC, arts. 88 a 90), não é exclusiva, mas concorrente com a estrangeira, a competência da Justiça brasileira para, entre outras, a ação de divórcio, de alimentos ou de regime de guarda de filhos, e mesmo a partilha de bens que não sejam bens situados no Brasil. Isso significa que "a ação intentada perante tribunal estrangeiro não induz litispendência, nem obsta que a autoridade judiciária brasileira conheça da mesma causa e das que lhe são conexas" (CPC, art. 90) e vice-versa.

2. Por isso mesmo, em casos tais, o ajuizamento de demanda no Brasil não constitui, por si só, empecilho à homologação de sentença estrangeira” [\[11\]](#).

“A existência de ação ajuizada no Brasil com as mesmas partes, com o mesmo pedido e com a mesma causa de pedir não obsta a homologação de sentença estrangeira transitada em julgado.

Hipótese de competência concorrente (arts. 88 a 90 do Código de Processo Civil), inexistindo ofensa à soberania nacional”[12] [13]

De fato, essa solução acaba por permitir a ocorrência da chamada “caça à sentença”, a qual, na maioria das vezes, consiste num “*procedimento fraudulento e procrastinatório das partes*”. [14] Em alguns países, como na Colômbia, a não pendência de processo nacional com a mesma lide é um requisito para a homologação da sentença estrangeira. [15] Também no anteprojeto de Alfredo Buzaid, havia a previsão dessa causa específica de inadmissibilidade do pedido de homologação. [16] Contudo, não há, no atual CPC, qualquer vedação nesse sentido. Apenas no âmbito do MERCOSUL, há a previsão do art. 22 do Tratado de Las Leñas [17] [18].

Só haverá interferência entre os dois processos, quando a decisão proferida em um deles transitar em julgado. [19] Assim, caso a decisão do juiz brasileiro transite em julgado, fica vedada a homologação da sentença estrangeira, pois, com a homologação a sentença estrangeira passaria a ter eficácia no Brasil, revestindo-se da autoridade da coisa julgada, o que ofenderia à *res iudicata* da sentença nacional. [20] Nas palavras de Barbosa Moreira:

“Não porque a decisão superveniente acerca do pedido da homologação, em si mesma, fosse capaz de ofender a coisa julgada da sentença brasileira: não o seria, já que inexistente identidade entre as duas ações. Mas, se o Supremo Tribunal [21] acolhesse o pedido, com o trânsito em julgado do seu acórdão entraria a revestir igualmente a auctoritas rei iudicatae, no território nacional, a decisão

estrangeira homologada-e, aí, sem dúvida se configuraria a ofensa à res iudicata. A hipótese é de extinção do processo (de homologação) sem julgamento de mérito.”[22]

Esse também é o entendimento do STJ:

“3. O requerente apresentou a sentença homologanda, original e traduzida, devidamente chancelada pelo Consulado Brasileiro e certidão comprovando o trânsito em julgado. No entanto, diante da informação prestada pelo ilustre Juízo da 1ª Vara de Família, Órfão e Sucessões do Foro Regional de Jabaquara do Estado de São Paulo/SP, de que houve o trânsito em julgado referente aos processos nos 003.03.009294-1 e 003.03.012013-9, em que se discutiam, respectivamente, a guarda da menor e o divórcio das partes, não há como acolher o pedido de homologação sob pena de ofensa à ordem pública nacional.

4. Não se trata de mera litispendência, mas de matéria soberanamente julgada no Brasil sobre a mesma lide, o que obsta a homologação do pedido.

5. Homologação de sentença estrangeira indeferida.”[23]

Já se ocorrer primeiro o trânsito em julgado da decisão de procedência do pedido de homologação, deve a parte suscitar, no processo brasileiro, a preliminar da coisa julgada ou mesmo o juiz reconhecê-la de ofício, com a conseqüente extinção do processo sem julgamento de mérito, com base no art. 485, V, do CPC. Caso seja, neste processo,

proferida sentença definitiva, caberá ação rescisória, com base no art. 966, IV.^[24] Sendo, porém a decisão do STJ de improcedência, não fica o juiz brasileiro impedido de apreciar a questão, pois a decisão estrangeira fica impedida de produzir, no Brasil, seus efeitos.^[25]

BIBLIOGRAFIA

ARAUJO, Nadia, **Direito Internacional Privado – Teoria e Prática Brasileira**, Renovar, 2006.

BARBI, Celso Agrícola, **Comentários ao Código de Processo Civil**, V.I, 6ª edição, 1991, Forense.

BUZAID, Alfredo, **Do Agravo de Petição no Sistema do Código de Processo Civil**, 1956, Saraiva.

CÂMARA, Alexandre Freitas, **Lições de Direito Processual Civil**, V.I, 14 edição, 2006, Lumen Juris.

DINAMARCO, Cândido Rangel, **Instituições de Direito Processual Civil** V.I, 6ª edição, 2009, Malheiros.

DINAMARCO, Cândido Rangel, **Instituições de Direito Processual Civil**, V.II, 6ª edição, 2009, Malheiros.

DOLINGER, Jacob, **Direito Internacional Privado - Parte Geral**, 9ª edição, 2008, Renovar.

FILHO, Vicente Greco, **Homologação de sentença estrangeira**, 1978, Saraiva.

FRIEDE, Reis, **Comentários ao Código de Processo Civil**, 1998, Forense Universitária.

GRUENBAUM, Daniel, **A Falência Decretada no Exterior como Fato no Brasil**, *Revista Semestral de Direito Empresarial*, v. 9 (2012), p. 127-158.

GRUENBAUM, Daniel, **O reconhecimento e a extensão da autoridade da sentença estrangeira**, 2009, Universidade de São Paulo, São Paulo.

LOPES, Serpa, **Comentários à Lei de Introdução ao Código Civil**, V.II, Freitas Bastos, 1959.

MIRANDA, Pontes Francisco Cavalcanti de, **Comentários ao Código de Processo Civil, Tomo VI**, 1975, Forense.

MOREIRA, José Carlos Barbosa, **Comentários ao Código de Processo Civil**, Vol. V, 12ª edição, 2006, Forense.

MOREIRA, José Carlos Barbosa, **O Novo Processo Civil Brasileiro**, 28ª edição, 2010, Forense.

MOREIRA, José Carlos Barbosa, **Problemas e Soluções em Matéria de Reconhecimento e Execução de Sentenças e Laudos Arbitrais Estrangeiros**, in **Temas de Direito Processual: quarta série**, São Paulo, Saraiva, 1989.

MOREIRA, José Carlos Barbosa, **Relação entre processos instaurados, sobre a mesma lide civil, no Brasil e em país estrangeiro**, in: **Revista de Processo**, V.8, 1977.

PINHO, Humberto Dalla Bernadina de, **Teoria Geral do Processo Civil Contemporâneo**, 2ª edição, 2009, Lumen Iuris.

RODRIGUES, Silvio, **Direito Civil, Parte Geral**, 34ª edição, 2006, Saraiva.

ROSAS, Roberto e Paulo Cezar Aragão, **Comentários ao Código de Processo Civil**, Vol. V, 2ª edição, 1988, Revista dos Tribunais.

SILVA, Ovídio A. Baptista da, **Comentários ao Código de Processo Civil**, V.1, 2000, Revista dos Tribunais.

THEODORO JÚNIOR, Humberto, **Curso de Direito Processual Civil**, V.1, 43ª edição, 2005, Forense.

TIBURCIO, Carmen, **Temas de Direito Internacional**, 2006, Renovar.

VALLADÃO, Haroldo, **Estudos de Direito Internacional Privado**, Rio de Janeiro, 1942.

NOTAS:

- [1] José Carlos Barbosa Moreira, **Relação entre processos instaurados, sobre a mesma lide civil, no Brasil e em país estrangeiro**, in: **Revista de Processo**, V.8, 1977, p.3.
- [2] CPC, art. 301, §§1º, 2º.
- [3] José Carlos Barbosa Moreira, **Comentários ao Código de Processo Civil**, Vol. V, 12ª edição, 2006, Forense, p.95.
- [4] O Brasil adota o sistema de delibação, isto é, não se reexamina o mérito da decisão estrangeira, limitando-se o STJ a analisar se estão presentes na decisão requisitos mínimo para que ela possa ser reconhecida e executada no Brasil.
- [5] Roberto Rosas e Paulo Cezar Aragão, **Comentários ao Código de Processo Civil**, Vol. V, 2ª edição, 1988 Revista dos Tribunais, p.156.
- [6] Em sentido contrário, defendendo a prevalência da sentença nacional: Haroldo Valladão, **Estudos de Direito Internacional Privado**, 1947, p.727 e Celso Agrícola Barbi, **Comentários ao CPC**, Forense, V.I, tomo II, p.403.
- [7] Há no projeto do novo Código de Processo Civil uma disposição expressa nesse sentido: art. 23, parágrafo único: A pendência da causa perante a jurisdição brasileira não impede a homologação de sentença judicial ou arbitral estrangeira.
- [8] Esse entendimento foi adotado em alguns julgados pelo STF no caso de sentenças estrangeira sobre a guarda de menores. Nesse sentido, STF, SEC 4694, Rel. Min. ILMAR GALVÃO, Pleno, DJ 18.03.1994; STF, SEC 6729, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, Pleno, DJ 07.0.-2002; STF, SEC 5526, Rel. Min. ELLEN GRACIE, Pleno, DJ 28.05.2004.
- [9] STF, SEC 7209, Rel. Min. ELLEN GRACIE, Relator p/ Acórdão: Min. MARCO AURÉLIO, Pleno, DJ 29.09.2006.

[10] Essa tese também foi adotada em outros julgamentos, como: STF, SEC 5116, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Pleno, DJ 07.08; SEC 6971, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, Pleno, DJ 14.02.2003.

[11] STJ, SEC 4.127/EX, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, Relator p/ Acórdão Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, Corte Especial, DJe 27.09.2012.

[12] STJ, AgRg na SE 4.091/EX, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, Corte Especial, DJe 0./09.2012.

[13] Esse mesmo entendimento foi adotado em outros julgados, como: STJ, SEC 2.611/PL, Rel.Min. LAURITA VAZ, Corte Especial, DJe 16.02.2011; STJ, AgRg na SEC 6.948/EX, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, Corte Especial, DJe 01.02.2013; STJ, SEC 6.894/EX, Rel. Min. CASTRO MEIRA, Corte Especial, DJe 04.03.2013.

[14] Roberto Rosas e Paulo Cezar Aragão, **Comentários ao Código de Processo Civil**, Vol. V, 2ª edição, 1988 Revista dos Tribunais, p.157.

[15] Vicente Greco Filho, **Homologação de sentença estrangeira**, 1978, Saraiva, p.24.

[16] José Carlos Barbosa Moreira, **Comentários ao Código de Processo Civil**, Vol. V, 12ª edição, 2006, Forense, p.96.

[17] Art. 22: Quando se tratar de uma sentença ou de um laudo arbitral entre as mesmas partes, fundamentado nos mesmos fatos, e que tenha o mesmo objeto de outro processo judicijudicial ou arbitral no Estado requerido, seu reconhecimento e sua executoriedade dependerão de que a decisão não seja incompatível com outro pronunciamento anterior ou simultâneo proferido nesse processo no Estado requerido.

Do mesmo modo não se reconhecerá nem se procederá à execução, quando se houver iniciado um procedimento entre as mesmas partes, fundamentado nos mesmos fatos e sobre o mesmo objeto, perante

qualquer autoridade jurisdicional do Estado requerido, anteriormente à apresentação da demanda perante a autoridade jurisdicional que tiver pronunciado a decisão da qual haja solicitação de reconhecimento.

[18] O tratado de Las Leñas foi promulgado no Brasil em 02.07.02, pelo Decreto 6.891/02.

[19] José Carlos Barbosa Moreira, **Comentários ao Código de Processo Civil**, Vol. V, 12ª edição, 2006, Forense, p.96.

[20] Idem, p.97.

[21] Deve-se recordar que, antes da EC45/05, a competência para a ação de homologação de sentença estrangeira era do STF.

[22] José Carlos Barbosa Moreira, **Relação entre processos instaurados, sobre a mesma lide civil, no Brasil e em país estrangeiro**, in: **Revista de Processo**, V.8, 1977, pg.4.

[23] STJ, SEC 1.271/EX, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, Corte Especial, DJe 24.06.2011.

[24] José Carlos Barbosa Moreira, **Comentários ao Código de Processo Civil**, Vol. V, 12ª edição, 2006, Forense, p.97. No mesmo sentido, Roberto Rosas e Paulo Cezar Aragão, **Comentários ao Código de Processo Civil**, Vol. V, 2ª edição, 1988 Revista dos Tribunais, p.157.

[25] José Carlos Barbosa Moreira, **Comentários ao Código de Processo Civil**, Vol. V, 12ª edição, 2006, Forense, p.97.

A ADVOCACIA PÚBLICA E O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

CLÓVIS DOS SANTOS ANDRADE: Advogado e jornalista. Formado, em ambos os casos, pela Universidade Católica de Pernambuco. Ex-editor-assistente de Brasil/Internacional do Jornal do Commercio. Atualmente exerce a advocacia.

1. Introdução

A advocacia, compreendida como gênero, é reconhecida pela Constituição da República Federativa do Brasil como Função Essencial à Justiça. Ela integra o Capítulo IV do Título IV da Carta Política de 1988, dividindo espaço com o Ministério Público.

Em vez de colocá-la sob um mesmo toldo, contudo, o constituinte achou por bem dividi-la em três seções: a II – Da Advocacia Pública; a III – Da Advocacia; e a IV – Da Defensoria Pública. Teve o intuito de traçar, em linhas gerais, as atribuições de cada espécie de advogado. Contudo, o mais correto teria sido reuni-las em apenas uma seção, criando, dentro dela, subseções.

Explica-se. A divisão tende a fazer crer que ali se trata de três atividades distintas. Contudo, a realidade nos mostra que não é bem assim. A Advocacia, nome dado à Seção III do Capítulo IV, embora pareça, não se limita a abranger a militância desempenhada na iniciativa privada. Senão vejamos. Seu único artigo, o 133, assim prevê:

Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

Caso, de fato, fossem três atividades independentes, o enunciado não se aplicaria àquelas funções tratadas nas Seções II e IV. Contudo, aplica-se. Prova disso é que a lei prevista no dispositivo constitucional transcrito, a 8.906/94, não regula apenas a advocacia privada. Ela serve de norma geral, sendo aplicável às outras espécies, subsidiariamente às normas especiais que as regram.

Ademais, a Ordem dos Advogados do Brasil, cujo estatuto é tratado na mesma lei, é a entidade nacional que abrange todos os advogados, inclusive os públicos, que são obrigados a manter ativa sua inscrição, arcando também com o pagamento da anuidade à entidade.

A conclusão a que se chega, portanto, é a de que a advocacia privada, a advocacia pública e a Defensoria Pública são, em essência, três faces de um só ofício, servindo, igualmente, de meio de acesso de pessoas desprovidas de capacidade postulatória ao Judiciário, porém atendendo cada uma a clientes distintos.

2. A advocacia pública na Constituição

Como dito, a Advocacia Pública, embora se valha das normas gerais aplicáveis à advocacia, ocupa um lugar próprio no Capítulo IV do Título IV da CRFB, qual seja, sua Seção II, na qual estão contidos dois artigos, *in verbis*:

Art. 131. A Advocacia-Geral da União é a instituição que, diretamente ou através de órgão vinculado, representa a União, judicial e extrajudicialmente, cabendo-lhe, nos termos da lei complementar que dispuser sobre sua organização e funcionamento, as atividades de consultoria e assessoramento jurídico do Poder Executivo.

§ 1º - A Advocacia-Geral da União tem por chefe o Advogado-Geral da União, de livre nomeação pelo Presidente da República dentre cidadãos maiores de trinta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

§ 2º - O ingresso nas classes iniciais das carreiras da instituição de que trata este artigo far-se-á mediante concurso público de provas e títulos.

§ 3º - Na execução da dívida ativa de natureza tributária, a representação da União cabe à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, observado o disposto em lei.

Art. 132. Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas

as suas fases, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas.

Parágrafo único. Aos procuradores referidos neste artigo é assegurada estabilidade após três anos de efetivo exercício, mediante avaliação de desempenho perante os órgãos próprios, após relatório circunstanciado das corregedorias.

Como é sabido, já em seu art. 1º a Constituição prevê que a República Federativa do Brasil é composta por quatro entes: a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal. Contudo, os dispositivos que abordam a Advocacia Pública, acima reproduzidos, limitaram-se a informar a existência de órgãos de representação em juízo de apenas três deles.

Não significa, porém, que só os representantes da União, dos Estados e do Distrito Federal poderão ser denominados advogados públicos; mas senão que os três entes são obrigados a manter em sua estrutura administrativa órgãos com essa finalidade.

Quanto aos municípios, certamente entendeu o constituinte que, por serem entes com maior insuficiência econômica, nem todos teriam condições de manter procuradorias próprias. E, de fato – embora a existência de um corpo advocatício especializado seja mais condizente com a moralidade e com o princípio do concurso público –, a grande maioria não as têm.

Isto é, a imensa parte das prefeituras municipais segue recorrendo a escritórios privados para defender seus interesses em juízo e para executar sua dívida ativa, sem sequer promover licitação para tanto. Mas esse é um assunto cuja discussão refoge à proposta deste trabalho.

Apenas complementando, como explica Pedro Lenza^[1], “desde que observadas as regras constitucionais”, pode “a matéria ser tratada nas Constituições Estaduais, Leis Orgânicas e legislação própria”. É dizer, as Constituições Estaduais e as Leis Orgânicas Municipais podem, sim, exigir dos municípios que criem procuradorias próprias.

2.1. Da Advocacia-Geral da União

O art. 131, conforme visto, trata da Advocacia-Geral da União, órgão que tem por finalidade representar a União Federal judicial e extrajudicialmente, além de exercer a consultoria e assessoria jurídica do Poder Executivo.

É dizer, a AGU não se limita a representar a União, seja no polo ativo ou passivo, judicialmente, como tendem a pensar os mais desavisados. Também a representa extrajudicialmente, em procedimentos administrativos, além de auxiliar juridicamente o Poder Executivo na elaboração de projetos de lei, na realização de licitações públicas, entre outras atividades.

Atente-se para o fato de que, nas atividades consultivas, diferentemente daquelas próprias do contencioso, o “cliente” do órgão é só o Poder Executivo, cabendo aos consultores do Senado e da Câmara dos Deputados a orientação jurídica dos membros do Congresso Nacional.

Entretanto, a AGU está presente, por exemplo, em cada ministério e nas três Forças Armadas, através de suas consultorias jurídicas, que desempenham crucial papel de orientar os gestores públicos federais em sua atuação, sem permitir que se distanciem da legalidade em sentido amplo, dando-lhes mais segurança acerca da legitimidade de seus atos.

A instituição é chefiada pelo Advogado-Geral da União, agente com status de ministro, discricionariamente escolhido pelo Presidente da República, demissível *ad nutum*, entre cidadãos com mais de 35 anos, notório saber jurídico e reputação ilibada.

Observe-se que não se exige que o chefe da instituição seja advogado público de carreira. E, de fato, na maior parte das vezes não o é, embora, na linha do que defendem seus integrantes, de que a AGU desempenhe uma advocacia de Estado, não de governo, seria salutar que o posto fosse sempre ocupado por um de seus membros[2]. Porém, embora não precise ser advogado público, é obrigatório que o Advogado-Geral seja inscrito na OAB.

Ademais, os membros do órgão são escolhidos mediante concurso de provas e títulos. E dentre suas atribuições em juízo, uma das mais importantes é, sem dúvida, a de executar em juízo a dívida ativa tributária do ente

federado central, dever conferido, pelo § 3º do art. 131, à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, que abrange uma das duas carreiras atualmente integrantes da AGU, conforme se verá adiante.

2.1.1. Das carreiras da AGU

Observe-se que, ainda em seu *caput*, o art. 131 prevê que a representação judicial e extrajudicial da União será exercida pela AGU, ou por órgão vinculado. Também diz que sua estrutura e atuação serão reguladas por lei complementar, espaço ocupado no ordenamento jurídico pela LC 73/93.

Referido diploma prevê, em seu art. 20, a existência de três carreiras integrantes da AGU: a de Advogado da União, a de Procurador da Fazenda Nacional e a de Assistente Jurídico. Entretanto, dentre essas três, apenas as duas primeiras são próprias da advocacia pública.

Os Procuradores da Fazenda Nacional compõem um ramo específico da AGU, qual seja, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, regrada pelo Capítulo VII do Título II do diploma em questão, que lista os Órgãos de Direção Superior da instituição. A PGFN é órgão híbrido, sendo administrativamente subordinado ao Ministério da Fazenda (art. 12, *caput*, da LC 73/93), porém, ainda assim, integrante da Advocacia-Geral da União.

Compete aos PFNs, entre outras atividades discriminadas nos artigos 12 e 13 da lei, apurar a liquidez e certeza da dívida ativa da União de natureza tributária, inscrevendo-a para fins de cobrança em juízo, também exercida por eles; analisar a juridicidade dos contratos administrativos no âmbito do Ministério da Fazenda; além de prestar-lhe consultoria e assessoramento jurídicos.

Aos Advogados da União, por seu turno, toca promover a defesa da União em juízo em causas envolvendo todas as demais matérias de direito, embora, gradativamente, venha sendo criada uma cultura de proatividade dentro do órgão, importante no resguardo da moralidade e do patrimônio públicos. Ademais, também lhes compete exercer as atividades consultivas dos órgãos da Administração Direta outros que não o Ministério da Fazenda.

Além das carreiras integrantes da Advocacia-Geral da União, os artigos 17 e 18 da LC 73/93 também preveem a existência de órgãos vinculados à instituição. De acordo com os dispositivos, esses seriam os corpos jurídicos das autarquias e fundações, entes da Administração Indireta. Entretanto, desde a edição da Lei 10.480/2002, os integrantes desses corpos jurídicos passaram a compor a Procuradoria-Geral Federal, à qual, segundo seu art. 9º, “fica assegurada autonomia administrativa e financeira”, sendo ela “vinculada à AGU”.

Aos procuradores federais cabe a representação judicial e extrajudicial, bem como a consultoria e assessoria jurídica das autarquias e fundações públicas, cabendo-lhes, ainda, apurar a liquidez e certeza e inscrever em dívida ativa seus créditos de qualquer natureza. Desde a edição da lei, portanto, os entes da Administração Indireta não possuem mais carreiras jurídicas próprias. São todos procuradores federais, lotados, contudo, nos corpos jurídicos das respectivas entidades.

Há, porém, uma exceção: o Banco Central, que, pela importância e especialidade de suas atribuições, continua selecionando seus procuradores de forma independente das demais autarquias. Os procuradores do Bacen são regrados pela Lei 9.650/98.

Apesar de representarem entes da Administração Indireta, ambas as carreiras jurídicas podem passar a integrar, agora não mais de forma vinculada, a AGU, órgão da Administração Direta. Isso porque o controverso Projeto de Lei 337, em tramitação da Câmara dos Deputados, caso aprovado, alterará a LC 73/93, tornando a Procuradoria-Geral Federal e a Procuradoria-Geral do Banco Central órgãos de direção superior da Advocacia-Geral da União.

2.2. Das procuradorias dos Estados e do Distrito Federal

O art. 132 da Constituição, por sua vez, prevê que os Estados-membros e o Distrito Federal formarão suas próprias procuradorias, que desempenharão funções semelhantes à da Advocacia-Geral da União, em seus respectivos âmbitos.

O dispositivo, já acima reproduzido, prevê que os procuradores estaduais ou distritais exercerão a representação judicial e consultoria jurídica dos

entes. Perceba-se que, diferentemente do que ocorre no art. 131, não há uma restrição da atividade consultiva ao Poder Executivo, cabendo aos procuradores dos Estados, em princípio, assessorar juridicamente as respectivas Assembleias Legislativas.

Porém, não há qualquer empecilho a que as casas legislativas estaduais tenham em suas consultorias procuradores próprios, que, contudo, não podem representá-las em juízo, função privativa dos procuradores estaduais. A não ser em ocasiões especialíssimas, nas quais o Poder Legislativo necessite defender em juízo suas atribuições constitucionais, exercendo o que se convencionou chamar de personalidade judiciária, como trata o seguinte precedente do Supremo Tribunal Federal:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. EMENDA Nº 9, DE 12.12.96. LEI ORGÂNICA DO DISTRITO FEDERAL. CRIAÇÃO DE PROCURADORIA GERAL PARA CONSULTORIA, ACESSORAMENTO JURÍDICO E REPRESENTAÇÃO JUDICIAL DA CÂMARA LEGISLATIVA. PROCURADORIA GERAL DO DISTRITO FEDERAL. ALEGAÇÃO DE VÍCIO DE INICIATIVA E DE OFENSA AO ART. 132 DA CF. 1. Reconhecimento da legitimidade ativa da Associação autora devido ao tratamento constitucional específico conferido às atividades desempenhadas pelos Procuradores de Estado e do Distrito Federal. Precedentes: ADI 159, Rel. Min. Octavio Gallotti e ADI 809, Rel. Min. Marco Aurélio. 2. A estruturação da Procuradoria do Poder Legislativo didstrital está, inegavelmente, na esfera de competência privativa da Câmara Legislativa do DF. Inconsistência da alegação de vício formal por usurpação de iniciativa do Governador. **3. A Procuradoria Geral do Distrito Federal é a responsável pelo desempenho da atividade jurídica consultiva e contenciosa exercida na defesa dos interesses da pessoa jurídica de direito público Distrito Federal.** 4. Não obstante, a jurisprudência desta Corte reconhece a ocorrência de situações em que o Poder Legislativo necessite praticar em juízo, em nome próprio, uma série de atos processuais na defesa de sua autonomia e independência frente aos demais Poderes, nada impedindo que assim o faça por meio de um setor pertencente a sua estrutura administrativa, também

responsável pela consultoria e assessoramento jurídico de seus demais órgãos. Precedentes: ADI 175, DJ 08.10.93 e ADI 825, DJ 01.02.93. Ação direta de inconstitucionalidade julgada parcialmente procedente. (ADI 1557, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 31/03/2004, DJ 18-06-2004 PP-00043 EMENT VOL-02156-01 PP-00033 RTJ VOL 00192-02 PP-00473)

3. A Advocacia Pública no Código de Processo Civil de 2015

O Código de Processo Civil de 1973 tratava genericamente da advocacia, no Capítulo III do Título I de seu Livro I, sob o título “Dos Procuradores”. Ali, abordava, entre outros temas, a capacidade postulatória (aquela que permite a um indivíduo postular em juízo, sendo ela privativa, salvo raras exceções, dos advogados inscritos na OAB), a necessidade de detenção de mandato para atuar em nome do cliente, bem como seus deveres e direitos.

Não havia, então, qualquer referência às distintas espécies de advogado. Isto é, quando falava dos “procuradores”, estava o Código de Buzaid a tratar dos causídicos privados e públicos, indistintamente. Não se preocupou, então, o legislador em traçar as distinções entre ambos.

O que é justificável. Afinal, o diploma foi editado nos idos de 1973, portanto 15 anos antes da promulgação da Constituição de 1988. E não custa lembrar que, até a redação da atual Carta Magna, a representação do Estado em juízo competia ao Ministério Público.

Assim, durante todo esse tempo os Advogados da União, Procuradores da Fazenda Nacional, Federais, do Bacen, dos Estados e dos Municípios jamais tiveram sequer um pedaço da legislação nacional que os abarcasse a todos, na condição de representantes da Fazenda Pública em Juízo.

Havia, é claro, normas esparsas que, ao tratar de prerrogativas processuais do Poder Público, indiretamente reportavam-se aos seus procuradores. Contudo, não citavam expressamente os advogados públicos. Em verdade, estes eram regrados apenas por suas próprias leis orgânicas, ou por normas que abrangiam a advocacia como um todo.

Porém, a Lei 13.105, de 16 de março de 2015, que inseriu no ordenamento o Novo Código de Processo Civil, revogando o anterior, deu especial atenção à Advocacia Pública. Com isso, preencheu – longe de fazê-lo plenamente, é verdade –, a lacuna antes existente.

Continuou, como não poderia deixar de fazer, a abordar os advogados de forma ampla, no Capítulo III do Título I, Livro III, onde seguiu regulando a capacidade postulatória, a forma de concessão de mandato, os direitos do advogado, além de inserir um artigo sobre a forma de o causídico atuar em causa própria, pouco alterando, portanto nesse ponto específico, o regramento anterior.

Entretanto, no Título VI do Livro III, que compreende os artigos 182 a 184, o novel código tratou, repita-se, ainda que de forma insuficiente, dos procuradores da Fazenda Pública em juízo. Além disso, outros aspectos concernentes à Advocacia Pública foram tratados em dispositivos distribuídos ao longo do diploma processual.

3.1. DA REPRESENTAÇÃO (art. 182)

Reza o art. 182 do CPC/2015:

Art. 182. Incumbe à Advocacia Pública, na forma da lei, defender e promover os interesses públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, por meio da representação judicial, em todos os âmbitos federativos, das pessoas jurídicas de direito público que integram a administração direta e indireta.

O dispositivo delimitou bem os representados dos advogados públicos, em sua parte final, quando fala em “pessoas jurídicas de direito público que integram a administração direta e indireta”.

O art. 41 do Código Civil cita taxativamente as pessoas jurídicas de direito público interno, sendo precisamente aqueles os entes aos quais se refere o dispositivo processual acima reproduzido. Disso se depreende que não estão entre os “clientes” dos advogados públicos as empresas públicas e sociedades de economia mista, por exemplo, sabidamente pessoas jurídicas de

direito privado possuidoras de seus próprios departamentos jurídicos, embora sejam seus integrantes selecionados por meio de concurso público.

A advocacia pública, portanto, atua em nome da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de suas respectivas autarquias e fundações públicas de direito público. O código delegou, porém, à legislação de cada ente federativo a definição das carreiras com competência para atuar em nome da Administração Pública direta ou daqueles integrantes da Administração Indireta.

Ou seja, o artigo não invalida, até mesmo por se tratar de lei ordinária, as atribuições definidas pela LC 73/93, tampouco tem o dom de alterar as Leis 10.480/2002 e 9.650/98, pois é norma geral, enquanto estas se caracterizam pela especialidade.

Talvez por estar inserido no Código de Processo Civil, que regula primordialmente os litígios judiciais, o dispositivo também se limita a tratar da representação exercida pelos advogados públicos em juízo, o que não afasta, obviamente, sua atuação extrajudicial, ou de consultoria e assessoramento jurídico junto ao Poder Público, por estarem referidas atividades previstas na Constituição e nas leis orgânicas de cada procuradoria.

Ao falar em defesa e promoção dos interesses dos entes públicos ali listados, o artigo também contribui para que se altere a cultura segundo a qual, exceção feita às execuções fiscais, a Fazenda Pública historicamente se limitaria a repelir as demandas judiciais contra ela promovidas, atuando primordialmente no polo passivo. O termo “promoção” depõe nesse sentido.

De uns anos para cá, as procuradorias têm se tornado cada vez mais atuantes no sentido de ajuizar ações civis públicas de improbidade administrativa, ações possessórias em defesa do patrimônio público, além de execução de créditos de natureza não tributária. Exemplo disso é a criação, no âmbito das Procuradorias Regionais da União, de Coordenações de Proativo, o que acaba por promover a especialização de Advogados da União atuantes no polo ativo das lides.

É claro que, por tentar alterar um costume de muitos anos, a guinada proativa das procuradorias ainda se dá de forma tímida. Mas o próprio dispositivo do NCPC sinaliza a mudança nesse sentido.

Já o termo “todos os âmbitos federativos” se refere à existência dos vários ramos do Judiciário, além do fato de a defesa dos interesses da União não se dar apenas na Justiça Federal, ou dos Estados nas respectivas Justiças Estaduais, embora seja essa a regra quase absoluta. Assim, os Procuradores Federais têm o poder de manifestarem-se em nome das autarquias ou fundações públicas federais seja perante uma vara ou tribunal federal, seja, eventualmente, ante uma vara ou tribunal estadual.

Por fim, também informa o artigo supratranscrito que será ele regulamentado por outras leis, o que já ocorria antes mesmo de sua existência, por meio das leis orgânicas da Advocacia-Geral da União e de cada procuradoria, além de servir de mais um subsídio a caracterizar o mandato *ex lege* que detêm os advogados públicos.

3.2. DAS PRERROGATIVAS DOS ADVOGADOS PÚBLICOS

O art. 183 traz em seu *caput* e parágrafos algumas das prerrogativas próprias dos advogados públicos, *in verbis*:

Art. 183. A União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público gozarão de prazo em dobro para todas as suas manifestações processuais, cuja contagem terá início a partir da intimação pessoal.

§ 1º A intimação pessoal far-se-á por carga, remessa ou meio eletrônico.

§ 2º Não se aplica o benefício da contagem em dobro quando a lei estabelecer, de forma expressa, prazo próprio para o ente público.

Percebe-se que o *caput* do dispositivo em questão refere-se às próprias pessoas jurídicas representadas. Entretanto, é evidente que são os seus representantes em juízo que, no desempenho de seu ofício,

gozam da contagem em dobro dos prazos legais para se manifestarem em juízo.

O CPC/73 previa que a Fazenda Pública teria prazo em quádruplo para contestar e em dobro para recorrer. O legislador do código novo, contudo, preferiu tratar todas as manifestações processuais de maneira idêntica. Assim, se antes 16 de março de 2016 (data em que passou a vigorar o NCPC, por força do seu art. 1.045) o prazo para os procuradores apresentarem contestação era de 60 dias corridos, hoje é de 30 dias úteis, em face também do que diz o art. 219 do novel diploma processual.

O *caput* do art. 183 ainda estipula o *dies a quo* dos prazos processuais para os procuradores públicos se pronunciarem em juízo, qual seja, a intimação pessoal, que, por força do seu § 1º, se dá por carga, remessa ou por meio eletrônico.

Obviamente, a carga e a remessa só fazem sentido quando se está a tratar de processos físicos – que, apesar da tendência do Judiciário em generalizar a digitalização de todos os atos processuais, continuam sendo muito numerosos. Carga é o ato de o próprio advogado retirar os autos em secretaria; já a remessa ocorre quando o juízo envia os autos à procuradoria, recebendo-os o procurador em sua mesa.

A intimação por meio eletrônico, por seu turno, limita-se aos processos digitais, quando, por meio do próprio sistema informatizado de tramitação, o advogado público toma ciência, seja por ato próprio, seja pelo decurso do prazo para que o faça.

Não é válida a intimação do procurador por meio do Diário Oficial de Justiça Eletrônico, pois, nesse caso, deixaria ela de ser pessoal.

Importa acrescentar que, conforme informa o art. 224 do NCPC, a contagem se dá excluindo o dia da intimação. Isto é, só se inicia no dia útil seguinte.

O benefício da contagem em dobro, contudo, não vale para aqueles prazos próprios da Fazenda Pública, só a elas aplicáveis. Porque, caso

assim não fosse, não faria sentido a previsão de um prazo específico para a atuação dos advogados públicos.

Um exemplo é o prazo de 30 dias concedido pelo art. 535 do código para que ente público executado apresente impugnação a cumprimento de sentença.

3.3. DA RESPONSABILIZAÇÃO DOS ADVOGADOS PÚBLICOS

Não é nova a discussão acerca da possibilidade de se responsabilizar o advogado público por seus atos ou omissões em juízo. Raras não foram as vezes, em um passado recente, em que juízes, em claro abuso de poder, mandavam prender, ou aplicavam multa aos procuradores, por mora no cumprimento de uma decisão judicial.

Certamente ignoravam que na estrutura do Poder Público existem inúmeras instâncias administrativas, bem como procedimentos que necessitam ser cumpridos, em respeito ao princípio da legalidade, até que se concretize uma ordem judicial. Num caso hipotético em que um magistrado ordena, liminarmente, a reintegração de um servidor, apenas está ao alcance do advogado público, quando recebe os autos contendo tal comando, oficiar o órgão ou agente administrativo competente para que o cumpra.

Atento a isso, o legislador ordinário previu no art. 184 do NCPD que os membros da Advocacia Pública só pode ser responsabilizados em hipóteses específicas:

Art. 184. O membro da Advocacia Pública será civil e regressivamente responsável quando agir com dolo ou fraude no exercício de suas funções.

O dispositivo em tela, é fato, não restringe, em sua literalidade, os casos de responsabilização dos advogados públicos àqueles por ele citados. É dizer, um leitor desavisado poderia crer se tratar ali de hipóteses exemplificativas de responsabilização.

Contudo, a interpretação do artigo não pode se dar de forma dissociada do que afirma o art. 77, § 6º, do mesmo código, *in verbis*:

§ 6º Aos advogados públicos ou privados e aos membros da Defensoria Pública e do Ministério Público não se aplica o disposto nos §§ 2º a 5º, devendo eventual responsabilidade disciplinar ser apurada pelo respectivo órgão de classe ou corregedoria, ao qual o juiz oficiará.

Os §§ 2º a 5º citados no dispositivo tratam dos atos atentatórios à dignidade da Justiça, punidas por meio de aplicação de multa de até 20% do valor da causa, bem como por sanções civis, criminais e processuais.

De tudo o quanto dito, se conclui que o advogado público não pode jamais sofrer sanções diretamente impostas pelo juiz da causa em decorrência dos atos praticados ou de eventuais omissões no exercício de suas funções processuais. Isso porque ele age em juízo em representação da pessoa jurídica de direito público, esta sim, para todos os efeitos, responsável perante o juiz.

Os procuradores apenas poderão arcar com prejuízos que causarem aos seus representados, por meio de ação regressiva. E, ainda assim, tão somente em casos de dolo ou fraude, apurados pela respectiva corregedoria.

3.4. DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Como dito anteriormente, a disciplina dispensada pelo NCPC à Advocacia Pública não se restringe ao Título VI do Livro III, havendo vários outros dispositivos no corpo do diploma processual que a eles fazem referência. E um dos que mais geraram repercussão, sem sombra de dúvida, foi o que assegurou aos procuradores o direito à percepção dos honorários sucumbenciais.

Antes da vigência do novo código, a disciplina acerca do recebimento ou não das verbas honorárias era feita, ante a lacuna existente no CPC/73, pela legislação de cada ente federativo. Não eram raros os Estados e Municípios cujos representantes faziam jus à remuneração advinda da sucumbência da parte contrária. Contudo, quanto aos Advogados da União e Procuradores da Fazenda Nacional, Federais e do Banco Central tal não ocorria, até o reconhecimento desse direito por parte do art. 85, § 19, do NCPC:

§ 19. Os advogados públicos perceberão honorários de sucumbência, nos termos da lei.

A resistência, à época, principalmente por parte da própria Administração Pública, não foi pequena. Afinal, historicamente quantias pagas pela parte sucumbente nas demandas em que a Fazenda Pública se saía vencedora sempre tiveram como destino os cofres públicos, o que feria claramente a própria natureza da verba honorária.

O art. 22 da Lei 8.906/94, que criou o Estatuto da Advocacia e da OAB, já pregava que a titularidade dos honorários era do advogado. E, como a lei sempre se aplicou subsidiariamente aos advogados públicos, era um tremendo contrassenso excluí-los da percepção da verba remuneratória.

Entretanto, perceba-se que o § 19, acima transcrito, não é suficiente para garantir esse direito aos procuradores na prática. Isso porque o condiciona a regulamentação por lei, que, conforme dito, já existia na maior parte dos Estados-membros, porém não em âmbito federal, o que só se deu por meio da Lei 13.327, de 29 de julho de 2016, que assim dispõe:

Art. 27. Este Capítulo dispõe sobre o valor do subsídio, o recebimento de honorários advocatícios de sucumbência e outras questões que envolvem os ocupantes dos cargos:

I - de Advogado da União;

II - de Procurador da Fazenda Nacional;

III - de Procurador Federal;

IV - de Procurador do Banco Central do Brasil;

V - dos quadros suplementares em extinção previstos no [art. 46 da Medida Provisória nº 2.229-43, de 6 de setembro de 2001](#).

[...]

Art. 29. Os honorários advocatícios de sucumbência das causas em que forem parte a União, as autarquias e as

fundações públicas federais pertencem originariamente aos ocupantes dos cargos de que trata este Capítulo.

Parágrafo único. Os honorários não integram o subsídio e não servirão como base de cálculo para adicional, gratificação ou qualquer outra vantagem pecuniária.

Resta claro, por conseguinte, que os honorários sucumbenciais compõem a remuneração dos advogados públicos, sem, contudo, servir como base de cálculo para a apuração de adicionais ou gratificações.

Referências:

- Lenza, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 20ª Edição revisada, atualizada e ampliada – São Paulo: Saraiva, 2016.
- Neves, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil. 8ª Edição. Salvador: JusPodivm, 2016.
- Barros, Guilherme Freire de Melo. Poder Público em Juízo. 6ª Edição revista, atualizada e ampliada. Salvador: JusPodivm, 2016.

NOTAS:

[1] Lenza, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 20ª Edição revisada, atualizada e ampliada – São Paulo: Saraiva, 2016, pág. 124.

[2] Apenas a título de curiosidade, atualmente o cargo de Advogada-Geral da União é ocupado por uma advogada da União de carreira, a Dra. Grace Mendonça.

A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PAIS À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MARIA TEREZA TARGINO HORA: Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Sergipe, Pós-Graduada Lato Sensu em Direito do Estado pela Faculdade Guanambi.

Resumo: O presente trabalho abordará a responsabilidade civil dos pais pelos atos praticados pelos seus filhos no âmbito do Código Civil de 2002 trazendo o entendimento doutrinário e jurisprudencial mais recente do Superior Tribunal de Justiça acerca do tema.

Palavras – chave: Direito Civil. Responsabilidade Civil. Incapaz. Responsabilidade Objetiva. Superior Tribunal de Justiça.

Sumário: 1.Introdução. 2. A Responsabilidade dos Pais no Código Civil de 2002. 3. Abrangência dos termos “autoridade” e “companhia” à luz da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.4. Conclusão 5. Referências Bibliográficas

1. Introdução

A responsabilidade civil tem como função principal restaurar o equilíbrio jurídico-econômico anteriormente existente entre o agente e a vítima. Ou seja, restabelecer o *status quo ante*, buscando uma indenização, reparação (dano material) ou uma compensação (dano moral).

Por sua vez, a responsabilidade civil pode ser classificada em subjetiva e objetiva. A teoria da responsabilidade subjetiva trás como pressuposto subjetivo para que o agente seja responsabilizado a comprovação da sua conduta culposa, que abrange não apenas a culpa *stricto sensu* como também o dolo.

Assim, o dever de indenizar surgirá quando restar provado que o agente agiu com culpa ou dolo, que causou dano a outrem e que foi a sua conduta que gerou o resultado, ou seja, que o nexo causal está presente. Em não havendo culpa, não existirá responsabilidade.

O Código Civil adota como regra geral a responsabilidade civil subjetiva por conforme se extrai do seu artigo 927, caput, combinado com o art.

186 do mesmo diploma legal. Com efeito, só respondo pelo dano aquele que, em princípio houver lhe dado causa e desde que comprovada a conduta culposa/dolosa do agente.

Em sentido oposto, na responsabilidade objetiva a prova de culpa é totalmente irrelevante, bastando a demonstração do nexo causal entre a ação/omissão e o dano experimentado para que nasça o dever de indenizar.

Carlos Alberto Gonçalves (2014,p.48) leciona que a lei impõe, para certas pessoas, em determinadas situações, a reparação de um dano cometido sem culpa, nessas hipóteses, diz-se que a responsabilidade é legal ou objetiva, porque prescinde da culpa e se satisfaz somente com o dano e o nexo causal. Segundo o autor, esta teoria conhecida como objetiva, ou de risco, tem como postulado que todo dano é indenizável e deve ser prontamente reparado por quem a ele se liga por um simples nexo de causalidade, independentemente da comprovação da culpa.

2.A Responsabilidade dos Pais no Código Civil de 2002

O Código Civil além de disciplinar a responsabilidade decorrente de ato próprio (em regra, subjetiva) prevê também espécies de responsabilidade indireta e objetiva, tais como a responsabilidade pelo fato da coisa e do animal (arts. 936, 937 e 939)[1] e responsabilidade pelo fato de outrem (arts.932 e 933)[2].

Nas palavras do Professor Caio Mário da Silva Pereira (1990, p.93) *“para que justiça se faça, é necessário levar mais longe a indagação, a saber se é possível desbordar da pessoa causadora do prejuízo e alcançar outra pessoa, à qual o agente esteja ligado por uma relação jurídica, e em consequência, possa ela ser convocada a responder. Aí situa – se a responsabilidade por fato de outrem ou pelo fato das coisas, ou responsabilidade indireta ou responsabilidade complexa, que Trabuchi explica, quando a lei chama alguém a responder pelas consequências de fato alheio, ou fato danoso provocado por terceiro”*.

O art.932 do Código Civil[3] apresenta um rol taxativo de casos em que o sujeito será convocado a responder civilmente pelo fato de terceiro em virtude da existência de um vínculo jurídico o qual acarreta um dever de guarda, vigilância ou custódia.

Nesse sentido, destaca-se a doutrina de Cavalieri Filho (2014, p.39)

De regra, só se responde pelo fato aquele que lhe dá causa, por conduta própria. É a responsabilidade direta, por fato próprio cuja justificativa está no próprio princípio informador da teoria da informação. A lei, todavia, algumas vezes faz emergir a responsabilidade do fato de outrem ou de terceiro, a quem o responsável está ligado de algum modo, por um dever de guarda, vigilância e cuidado.

Com efeito, a responsabilidade dos pais pelos seus “*filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia*” é do tipo objetiva, decorre do dever de vigilância imposto e restará configurada mesmo que os genitores provem que não foram negligentes. Todavia, para que esses sejam responsabilizados é necessário provar a culpa dos seus filhos, vez que a responsabilidade formada entre esse (verdadeiro causador do dano) e o terceiro prejudicado é do tipo subjetiva.

Assim, existem duas responsabilidades: a do filho menor e a dos seus pais, encarregados de indenizar. É necessário que o primeiro tenham agido com culpa, pressuposto essencial para configuração da responsabilidade civil nas hipóteses de aplicação da teoria subjetivista, sendo dispensada tão somente a comprovação da culpa do responsável pelo causador do dano.

3. Abrangência dos termos “autoridade” e “companhia” à luz da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

De acordo com o art. 932, inciso I, do Código Civil, autoridade e companhia são condições necessárias para o reconhecimento da responsabilidade civil dos genitores, vez que somente assim podem esses propiciar a efetiva vigilância da prole.

O Superior Tribunal de Justiça, em recente julgado (REsp 1.232.011-SC)[4], da Relatoria do Ministro João Otávio de Noronha, noticiado no Informativo 575, decidiu o seguinte:

“DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DE TRÂNSITO ENVOLVENDO MENOR. INDENIZAÇÃO AOS PAIS DO MENOR FALECIDO. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. REVISÃO. ART. 932, I, DO CÓDIGO CIVIL.

1. A responsabilidade dos pais por filho menor - responsabilidade por ato ou fato de terceiro -, a partir do advento do Código Civil de 2002, passou a embasar-se na teoria do risco para efeitos de indenização, de forma que as pessoas elencadas no art. 932 do Código Civil respondem objetivamente, devendo-se comprovar apenas a culpa na prática do ato ilícito daquele pelo qual são os pais responsáveis legalmente.

Contudo, há uma exceção: a de que os pais respondem pelo filho incapaz que esteja sob sua autoridade e em sua companhia; assim, os pais, ou responsável, que não exercem autoridade de fato sobre o filho, embora ainda detenham o poder familiar, não respondem por ele, nos termos do inciso I do art. 932 do Código Civil.

2. Na hipótese de atropelamento seguido de morte por culpa do condutor do veículo, sendo a vítima menor e de família de baixa renda, é devida indenização por danos materiais consistente em pensionamento mensal aos genitores do menor falecido, ainda que este não exercesse atividade remunerada, visto que se presume haver ajuda mútua entre os integrantes dessas famílias.

3. Recurso especial conhecido parcialmente e, nessa parte, provido também parcialmente.

(REsp 1232011/SC, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/12/2015, DJe 04/02/2016)”(grifei)

No caso analisado, os autores pretendiam receber indenização a título de danos morais e materiais por morte decorrente de atropelamento causado por veículo conduzido por menor de idade.

Ao apreciar a matéria o Relator destacou que “autoridade” não é sinônimo do “poder familiar” e que este é um instrumento para que se desenvolva, no seio familiar, a educação dos filhos, podendo os pais, titulares desse poder, tomar decisões às quais se submetem os filhos nesse desiderato, assim como que “autoridade” é expressão mais restrita que “poder familiar” e pressupõe uma ordenação, ou seja, que o pai ou a mãe tenha poderes para organizar de forma imediata a vida do filho menor.

Acrescentou, ainda, que “*pressupondo que aquele que é titular do poder familiar tem autoridade, do inverso não se cogita, visto que autoridade também pode ser exercida por terceiros, tal como a escola. No momento em que o menor está na escola, os danos que vier a causar a outrem serão de responsabilidade dela, e não dos pais*”.

Logo, para o Ministro Relator, todo pai que tem autoridade sobre o filho, possui também o poder familiar, mas o inverso não é verdadeiro, isto é, a existência do poder familiar sobre o filho não faz nascer, de forma automática, a autoridade sobre ele.

Na hipótese objeto da controvérsia, a menor vivia apenas em companhia do pai. Assim, muito embora a genitora detivesse o poder familiar, o fato de residir em outro Estado de maneira permanente, afasta a “autoridade” sobre a sua filha e, ato contínuo, a responsabilidade pelos ilícitos por ela consumados.

Contudo, imperioso registrar que o Superior Tribunal de Justiça possui precedentes^[5] mais antigos em sentido diverso, onde restou afirmado expressamente que o fato de o menor não residir com o genitor não configura, por si só, causa excludente de responsabilidade civil. Vejamos:

“DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL INDIRETA DOS PAIS PELOS ATOS DOS FILHOS. EXCLUDENTES. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA.

1.- Os pais respondem civilmente, de forma objetiva, pelos atos dos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia (artigo 932, I, do Código Civil).

2.- O fato de o menor não residir com o(a) genitor(a) não configura, por si só, causa excludente de responsabilidade civil.

3.- Há que se investigar se persiste o poder familiar com todas os deveres/poderes de orientação e vigilância que lhe são inerentes. Precedentes.

4.- No caso dos autos o Tribunal de origem não esclareceu se, a despeito de o menor não residir com o Recorrente, estaria também configurada a ausência de relações entre eles a evidenciar um esfacelamento do poder familiar. O exame da questão, tal como enfocada pela jurisprudência da Corte, demandaria a análise de

fatos e provas, o que veda a Súmula 07/STJ. 5.- Agravo Regimental a que se nega provimento. (AgRg no AREsp 220.930/MG, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 09/10/2012, DJe 29/10/2012)”

“CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE DOS PAIS E DA AVÓ EM FACE DE ATO ILÍCITO PRATICADO POR MENOR. SEPARAÇÃO DOS PAIS. PODER FAMILIAR EXERCIDO POR AMBOS OS PAIS. DEVER DE VIGILÂNCIA DA AVÓ. REEXAME DE FATOS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL COMPROVADO.

1. O Tribunal a quo manifestou-se acerca de todas as questões relevantes para a solução da controvérsia, tal como lhe fora posta e submetida. Não cabe alegação de violação do artigo [535](#) do [CPC](#), quando a Corte de origem aprecia a questão de maneira fundamentada, apenas não adotando a tese da recorrente. Precedentes.

2. Ação de reparação civil movida em face dos pais e da avó de menor que dirigiu veículo automotor, participando de "racha", ocasionando a morte de terceiro. A preliminar de ilegitimidade passiva dos réus, sob a alegação de que o condutor do veículo atingiu a maioria quando da propositura da ação, encontra-se preclusa, pois os réus não interpuseram recurso em face da decisão que a afastou.

3. Quanto à alegada ilegitimidade passiva da mãe e da avó, verifica-se, de plano, que não existe qualquer norma que exclua expressamente a responsabilização das mesmas, motivo pelo qual, por si só, não há falar em violação aos arts. [932, I](#), e [933](#) do [CC](#).

4. A mera separação dos pais não isenta o cônjuge, com o qual os filhos não residem, da responsabilidade em relação aos atos praticados pelos menores, pois permanece o dever de criação e orientação, especialmente se o poder familiar é exercido conjuntamente. Ademais, não pode ser acolhida a tese dos recorrentes quanto à exclusão da responsabilidade da mãe, ao argumento de que houve separação e, portanto, exercício unilateral do poder familiar pelo pai, pois tal implica o revolvimento do

conjunto fático probatório, o que é defeso em sede de recurso especial. Incidência da súmula 7/STJ.

5. Em relação à avó, com quem o menor residia na época dos fatos, subsiste a obrigação de vigilância, caracterizada a delegação de guarda, ainda que de forma temporária. A insurgência quanto a exclusão da responsabilidade da avó, a quem, segundo os recorrentes, não poderia se imputar um dever de vigilância sobre o adolescente, também exigiria reapreciação do material fático-probatório dos autos. Incidência da súmula 7/STJ.

6. Considerando-se as peculiaridades do caso, bem como os padrões adotados por esta Corte na fixação do valor indenizatório a título de danos morais por morte, reduzo a indenização arbitrada pelo Tribunal de origem para o valor de R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais), acrescido de correção monetária a partir desta data (Súmula 362/STJ), e juros moratórios a partir da citação, conforme determinado na sentença (fl. 175), e confirmado pelo Tribunal de origem (fls. 245/246).

7. Recurso especial parcialmente conhecido e, na extensão, provido (REsp 1074937 MA 2008/0159400-7; Órgão Julgador T4 - QUARTA TURMA; Publicação: DJe 19/10/2009; Julgamento 1 de Outubro de 2009; Relator Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO”.

Por fim, importante registrar a existência do Enunciado 450 da V Jornada de Direito Civil que vai ao encontro do último posicionamento apresentado ao estabelecer o seguinte: “*Considerando que a responsabilidade dos pais pelos atos danosos praticados pelos filhos menores é objetiva, e não por culpa presumida, ambos os genitores, no exercício do poder familiar, são, em regra, solidariamente responsáveis por tais atos, ainda que estejam separados, ressalvado o direito de regresso em caso de culpa exclusiva de um dos genitores”.*

4. Conclusão

Verifica-se, portanto, que a responsabilidade civil pelo fato de outrem prevista no Código Civil de 2002 é do tipo objetiva. Tal responsabilidade está disciplinada no art. 932 do mencionado diploma legal e fundamenta o dever de reparação civil dos pais decorrente de atos ilícitos praticados pelos filhos menores que estiverem sob seu poder e em sua companhia.

Para que os genitores sejam responsabilizados é necessário provar a culpa do incapaz, vez que a responsabilidade formada entre esse (verdadeiro causador do dano) e o terceiro prejudicado é do tipo subjetiva.

Outrossim, de acordo com o art. 932, inciso I, do Código Civil, autoridade e companhia são condições necessárias para o reconhecimento da responsabilidade civil dos genitores, vez que somente assim podem esses propiciar a efetiva vigilância da prole.

Ocorre que, a abrangência dos termos autoridade e companhia ainda não se encontra pacificada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, existindo julgados antagônicos, de modo que a aplicação correta do art. 932, I, do Código Civil exige além do acompanhamento da jurisprudência da Corte Superior acerca da matéria, a análise atenta e minuciosa do caso concreto.

5. Referências Bibliográficas

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 11^a ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil brasileiro. vol. IV. 9^a ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

SILVA PEREIRA, Caio Mário da. Responsabilidade Civil. 2^a edição : Forense, 1990.

NOTAS

[1] Art. 936. O dono, ou detentor, do animal ressarcirá o dano por este causado, se não provar culpa da vítima ou força maior.

Art. 937. O dono de edifício ou construção responde pelos danos que resultarem de sua ruína, se esta provier de falta de reparos, cuja necessidade fosse manifesta.

Art. 939. O credor que demandar o devedor antes de vencida a dívida, fora dos casos em que a lei o permita, ficará obrigado a esperar o tempo que faltava para o vencimento, a descontar os juros correspondentes, embora estipulados, e a pagar as custas em dobro.

[2] Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil: I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia; (...)

Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, **ainda que não haja culpa de sua parte**, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos.

[3] Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil: I - os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia; II - o tutor e o curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições; III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele; IV - os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos onde se albergue por dinheiro, mesmo para fins de educação, pelos seus hóspedes, moradores e educandos; V - os que gratuitamente houverem participado nos produtos do crime, até a concorrente quantia.

[4] Acesso em: 23/05/2017.

[5] Acesso em: 23/05/2017.

A CORREÇÃO MONETÁRIA NO RESSARCIMENTO DO CRÉDITO ESCRITURAL

ERICK JOSEPH RABELO CHAGAS: Analista do MPU/Apoio Jurídico/Direito. Assistente nível III - Gabinete de Subprocuradora-Geral da República. Ensino Superior: Direito, pela Instituição IESP. Especialização: Direito Tributário, pela Instituição IESP.

RESUMO: Este trabalho tem por objetivo a análise dos aspectos doutrinários, legais e jurisprudenciais que envolvem a correção monetária no ressarcimento do crédito escritural, almejando distingui-la da hipótese em que há a repetição do crédito tributário. Por sua vez, identificou-se que apenas é devida a correção monetária de crédito escritural quando há resistência injustificada da administração tributária.

Palavras-chave: Crédito. Escritural. Correção. Monetária. Repetição. Indébito.

SUMÁRIO: Seção inicial – 2. Repetição do indébito tributário – 3. Da correção monetária na repetição do indébito tributário – 4. Do ressarcimento do crédito escritural e sua diferenciação em face da repetição do indébito tributário – 5. Conclusão – Referências.

1. SEÇÃO INICIAL (INTRODUÇÃO)

O tema escolhido resume-se à possibilidade de a correção monetária incidir sobre o ressarcimento de créditos escriturais.

Sinteticamente, o ressarcimento de créditos escriturais difere da repetição do indébito tributário, a qual surge como direito do sujeito passivo da obrigação tributária, quando ele tenha pago por tributo indevido ou maior que o devido.

Almejou-se visualizar, como problemática, os pedidos de correção monetária sobre créditos escriturais realizados por sujeitos passivos de tributos.

Desta feita, resolveu-se estudar os aspectos doutrinários, legais e jurisprudenciais que envolvem a temática, tomando uma posição geral e única acerca da incidência da correção monetária, que apenas pode existir quando houver resistência injustificada da administração fiscal.

2 REPETIÇÃO DO INDÉBITO TRIBUTÁRIO

O Código Tributário Nacional trata da repetição do indébito na seção III (pagamento indevido) do seu capítulo IV (extinção do crédito tributário), mais precisamente dos arts. 165 a 169.

A repetição do indébito deriva do princípio civilista da vedação ao enriquecimento sem causa, tendo como máxima o direito à restituição a quem pagou indevidamente, como fundamento de justiça, pois não pode auferir vantagem financeira quem não concorreu para tanto.

Com efeito, a devolução do indevido ganha ainda mais força no Direito Tributário, haja vista que nas suas relações ninguém age por liberalidade, mas em decorrência de lei. Veja-se a lição de Leandro Paulsen:

Efetuada pagamento indevido, surge o direito ao ressarcimento. Isso porque, em matéria tributária, ninguém age por liberalidade, mas estritamente por força de lei, sendo que o pagamento indevido implica enriquecimento sem causa do suposto credor em detrimento do suposto devedor. (PAULSEN, Leandro, 2012, p. 210).

Justamente pela relação tributária derivar de lei, não se faz necessário, para pleitear a repetição do indébito, que o contribuinte pague o tributo contra a sua vontade. Do mesmo modo, o sujeito passivo da obrigação tributária não precisa de prévio protesto para obter a restituição, tendo direito, independente do mesmo, à devolução total ou parcial do tributo, seja qual for o meio de pagamento.

No entanto, desde logo, o art. 165 do Código Tributário Nacional cria duas restrições às respectivas restituições. A primeira, explicitada no art. 162, § 4º, do CTN, comina na perspectiva de que, nos casos em que o pagamento restar efetuado por meio de estampilhas, não terá direito o sujeito passivo à repetição do indébito quando houver erro no pagamento, salvo nos casos expressamente previstos na legislação tributária, ou nas situações em que o erro seja imputável à autoridade administrativa.

A segunda restrição reside no fato de o art. 165 limitar, como regra geral, a cobrança do tributo indevido ao sujeito passivo da relação jurídico-tributária, ou

seja, à pessoa obrigada ao pagamento do tributo ou da penalidade pecuniária, seja sob a forma de contribuinte, seja sob o manto da responsabilidade tributária. Analise-se o art. 165 do CTN:

Art. 165. O sujeito passivo tem direito, independentemente de prévio protesto, à restituição total ou parcial do tributo, seja qual for a modalidade do seu pagamento, ressalvado o disposto no § 4º do artigo 162, nos seguintes casos:

I – cobrança ou pagamento espontâneo de tributo indevido ou maior que o devido em face da legislação tributária aplicável, ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido;

II – erro na edificação do sujeito passivo, na determinação da alíquota aplicável, no cálculo do montante do débito ou na elaboração ou conferência de qualquer documento relativo ao pagamento;

III – reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória.

Dessa forma, o art. 165 do Código Tributário Nacional elenca três fundamentos para que se proponha a ação de repetição de indébito. Primeiramente, consigna ser motivo para a restituição o pagamento (espontâneo) ou cobrança de tributo indevido, total ou parcialmente, tendo em vista a legislação tributária aplicável, a natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido.

O fundamento supracitado é bastante amplo, uma vez que aborda contrariedade a toda legislação tributária, bem como à natureza ou circunstâncias da hipótese de incidência descrita em lei e ocorrida factualmente.

Desse modo, nos filiamos à corrente que enuncia estar contido o II no inciso I do art. 165 do Código Tributário Nacional, pois o erro na identificação do sujeito passivo, na determinação da alíquota, no cálculo do montante do débito ou na elaboração ou conferência de qualquer documento relativo ao pagamento sempre esbarrará na ilegalidade, ou seja, na contrariedade à legislação tributária aplicável à espécie.

Já o inciso III do art. 165 do CTN, aborda os casos de reforma, anulação ou rescisão de decisão condenatória.

Por outro lado, o art. 166 do Código Tributário Nacional, ainda dispendo acerca dos casos de pagamento indevido, mas disciplinando, especificamente, as situações em que haja cobrança indevida de tributos indiretos, estabelece norma de aplicabilidade exclusiva. Analise-se:

Art. 166. A restituição de tributos que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro somente será feita a quem prove haver assumido o referido encargo, ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-la.

O supramencionado artigo, sem distinguir contribuinte de fato de contribuinte de jure, dá direito à repetição do indébito àquele que prove haver assumido o encargo econômico, ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, esteja expressamente autorizado por este a receber o tributo pago indevidamente.

A Súmula 546 do Supremo Tribunal Federal dispendo sobre o tema, aduz que a repetição do indébito relativa aos tributos indiretos tem como legitimado ativo o contribuinte de direito, nos casos em que seja reconhecida a não recuperação do tributo perante o contribuinte de fato. Veja-se:

Súmula 546. Cabe a restituição do tributo pago indevidamente, quando reconhecido por decisão que o contribuinte *de jure* não recuperou do contribuinte *de facto* o *quantum* respectivo.

Com efeito, o entendimento da jurisprudência pátria, especialmente do Superior Tribunal de Justiça, em regra, é no sentido de inadmitir que o contribuinte de fato pleiteie a repetição do indébito tributário, uma vez que, segundo o entendimento daquele Tribunal, ele não faz parte da relação jurídico-tributária, por não ser sujeito passivo do tributo.

Com efeito, segundo o supracitado entendimento jurisprudencial, a restituição do tributo indireto está restrito a duas únicas hipóteses, qual seja, a pedida pelo contribuinte de direito que tenha como comprovar a assunção dos ônus

tributários, ou, tendo o contribuinte de direito repercutido o ônus econômico do tributo, esteja autorizado pelo contribuinte de fato a pleitear a repetição.

Portanto, deve-se obedecer aos preceitos legais explicitados no Código Tributário Nacional e aos delineamentos constantes dos entendimentos consolidados no STF e do STJ para a repetição do indébito tributários.

3 DA CORREÇÃO MONETÁRIA NA REPETIÇÃO DO INDÉBITO TRIBUTÁRIO

Embora o Código Tributário Nacional não aborde sobre a correção monetária, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, consolidado na Súmula 162, é que a sua incidência ocorre a partir do pagamento indevido pelo sujeito passivo. Acompanhe-se:

Súmula 162. Na repetição de indébito tributário, a correção monetária incide a partir do pagamento indevido.

Com efeito, o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça quanto à correção monetária está em perfeita harmonia com o princípio da reparação integral, haja vista que recompõe a desvalorização da moeda, em virtude das perdas inflacionárias perenes.

Por sua vez, a Lei nº. 9.250, de 26 de dezembro de 1995, que alterou a legislação do imposto de renda das pessoas físicas e deu outras providências, enuncia que a correção monetária e incidência de juros sejam realizadas através de um único índice, a taxa SELIC:

Art. 39 (*omissis*)

§ 4º A partir de 1º de janeiro de 1996, a compensação ou restituição será acrescida de juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia – SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente, calculados a partir da data do pagamento indevido ou a maior até o mês anterior ao da compensação ou restituição e de 1% relativamente ao mês em que estiver sendo efetuada.

Desse modo, a taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia – SELIC para títulos federais passou a ser utilizada desde 1º de janeiro de 1996, incidindo desde o pagamento indevido do tributo, até o mês anterior ao da restituição, aplicando-se 1% de juros no mês em que estiver sendo efetuada a repetição.

De grande monta foram as discussões judiciais quanto à aplicação da SELIC, em conformidade com o art. 39, § 4º, da Lei 9.250/95, em contrapartida do que enuncia o art. 167 do Código Tributário Nacional. Ainda assim, decidiu o Superior Tribunal de Justiça pela aplicação da SELIC a partir de 1º de janeiro de 1996, no REsp nº. 1.111.175 – SP, julgado pela sistemática do art. 543-C do CPC:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL SUBMETIDO À SISTEMÁTICA PREVISTA NO ART. 543-C DO CPC. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. JUROS DE MORA PELA TAXA SELIC. ART. 39, § 4º, DA LEI 9.250/95. PRECEDENTES DESTA CORTE. 1. Não viola o art. 535 do CPC, tampouco nega a prestação jurisdicional, o acórdão que adota fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia. **2. Aplica-se a taxa SELIC, a partir de 1º.1.1996, na atualização monetária do indébito tributário, não podendo ser cumulada, porém, com qualquer outro índice, seja de juros ou atualização monetária.** 3. Se os pagamentos foram efetuados após 1º.1.1996, o termo inicial para a incidência do acréscimo será o do pagamento indevido; no entanto, havendo pagamentos indevidos anteriores à data de vigência da Lei 9.250/95, a incidência da taxa SELIC terá como termo *a quo* a data de vigência do diploma legal em tela, ou seja, janeiro de 1996. Esse entendimento prevaleceu na Primeira Seção desta Corte por ocasião do julgamento dos EREsps 291.257/SC, 399.497/SC e 425.709/SC. 4. Recurso especial parcialmente provido. Acórdão sujeito à sistemática prevista no art. 543-C do CPC, c/c a Resolução 8/2008 – Presidência/STJ. (RECURSO ESPECIAL Nº 1.111.175 –

SP (2009/0018825-6), RELATORA: MINISTRA DENISE ARRUDA, RECORRENTE: SOFT SPUMA INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA, ADVOGADO: WALDEMAR CURY MALULY JUNIOR E OUTRO(S), RECORRIDO: FAZENDA NACIONAL, ADVOGADO: PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL, Brasília (DF), 10 de junho de 2009 (Data do Julgamento), DJe: 01/07/2009). (Grifou-se).

No mesmo sentido e explicitando melhor o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, argumenta o seguinte julgado:

TRIBUTÁRIO. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. PRESCRIÇÃO. NOVA ORIENTAÇÃO FIRMADA PELA 1ª SEÇÃO DO STJ NA APRECIÇÃO DO ERESP 435.835/SC. CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS. COMPENSAÇÃO. TRIBUTOS DE DIFERENTES ESPÉCIES. SUCESSIVOS REGIMES DE COMPENSAÇÃO. APLICAÇÃO RETROATIVA OU EXAME DA CAUSA À LUZ DO DIREITO SUPERVENIENTE. INVIABILIDADE.1. A 1ª Seção do STJ, no julgamento do ERESP 435.835/SC, Rel. p/ o acórdão Min. José Delgado, sessão de 24.03.2004, consagrou o entendimento segundo o qual o prazo prescricional para pleitear a restituição de tributos sujeitos a lançamento por homologação é de cinco anos, contados da data da homologação do lançamento, que, se for tácita, ocorre após cinco anos da realização do fato gerador -sendo irrelevante, para fins de cômputo do prazo prescricional, a causa do indébito. Adota-se o entendimento firmado pela Seção, com ressalva do ponto de vista pessoal, no sentido da subordinação do termo a quo do prazo ao universal princípio da actio nata (voto-vista proferido nos autos do ERESP 423.994/SC, 1ª Seção, Min. Peçanha Martins, sessão de 08.10.2003). **2. Está assentada nesta Corte a orientação segundo a qual são os seguintes os índices a serem utilizados na repetição ou compensação de**

indébito tributário: (a) IPC, de março/1990 a janeiro/1991; (b) INPC, de fevereiro a dezembro/1991; (c) UFIR, a partir de janeiro/1992; (d) taxa SELIC, exclusivamente, a partir de janeiro/1996. 3. Está pacificado nesta Corte o entendimento de que é inaplicável o IGP-M nos meses de julho e agosto de 1994, devendo ser utilizada, no período, a UFIR. 4. Nos casos de repetição de indébito tributário, a orientação prevalente no âmbito da 1ª Seção quanto aos juros pode ser sintetizada da seguinte forma: (a) antes do advento da Lei 9.250/95, incidia a correção monetária desde o pagamento indevido até a restituição ou compensação (Súmula 162/STJ), acrescida de juros de mora a partir do trânsito em julgado (Súmula 188/STJ), nos termos do art. 167, parágrafo único, do CTN; (b) após a edição da Lei 9.250/95, aplica-se a taxa SELIC desde o recolhimento indevido, ou, se for o caso, a partir de 1º.01.1996, não podendo ser cumulada, porém, com qualquer outro índice, seja de atualização monetária, seja de juros, porque a SELIC inclui, a um só tempo, o índice de inflação do período e a taxa de juros real. 5. É legítima a utilização da taxa SELIC como índice de correção monetária e de juros de mora, na atualização dos créditos tributários. 6. A compensação, modalidade excepcional de extinção do crédito tributário, foi introduzida no ordenamento pelo art. 66 da Lei 8.383/91, limitada a tributos e contribuições da mesma espécie. 7. A Lei 9.430/96 trouxe a possibilidade de compensação entre tributos de espécies distintas, a ser autorizada e realizada pela Secretaria da Receita Federal, após a análise de cada caso, a requerimento do contribuinte ou de ofício (Decreto 2.138/97), com relação aos tributos sob administração daquele órgão. 8. Essa situação somente foi modificada com a edição da Lei 10.637/02, que deu nova redação ao art. 74 da Lei 9.430/96, autorizando, para os tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal, a

compensação de iniciativa do contribuinte, mediante entrega de declaração contendo as informações sobre os créditos e débitos utilizados, cujo efeito é o de extinguir o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação. 9. Além disso, desde 10.01.2001, com o advento da Lei Complementar 104, que introduziu no Código Tributário o art. 170-A, segundo o qual "é vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial", agregou-se novo requisito para a realização da compensação tributária: a inexistência de discussão judicial sobre os créditos a serem utilizados pelo contribuinte na compensação. 10. Atualmente, portanto, a compensação será viável apenas após o trânsito em julgado da decisão, devendo ocorrer, de acordo com o regime previsto na Lei 10.637/02, isto é, (a) por iniciativa do contribuinte, (b) entre quaisquer tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal, (c) mediante entrega de declaração contendo as informações sobre os créditos e débitos utilizados, cujo efeito é o de extinguir o crédito tributário, sob condição resolutória de sua ulterior homologação. 11. É inviável, no âmbito do recurso especial, não apenas a aplicação retroativa do direito superveniente, mas também a apreciação da causa à luz de seus preceitos, os quais, ao mesmo tempo em que ampliaram o rol das espécies tributárias compensáveis, condicionaram a realização da compensação a outros requisitos, cuja existência não constou da causa de pedir e nem foi objeto de exame nas instâncias ordinárias. 12. No caso concreto, tendo em vista o regime normativo vigente à época da postulação (2000), não poderia o pedido ser atendido. Todavia, por força do princípio da vedação da reformatio in pejus, deve prevalecer o entendimento esposado no acórdão recorrido, no sentido de possibilitar a compensação dos valores indevidamente recolhidos a título de PIS apenas com

parcelas do próprio PIS, o que, evidentemente, não compromete o eventual direito da impetrante de proceder à compensação dos créditos na conformidade com as normas supervenientes, se atender aos requisitos próprios. 13. Recurso especial a que se dá parcial provimento. (715665 SP 2005/0009031-0, Relator: Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, Data de Julgamento: 15/03/2005, T1 – PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 04/04/2005 p. 231). (Grifou-se).

Com efeito, como a taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia – SELIC alberga, num mesmo índice, correção monetária e juros de mora, não pode ser cumulada com quaisquer outros índices de correção e juros no período em que for aplicada. Veja-se:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. DISSÍDIO NOTÓRIO. ALÍNEA C. POSSIBILIDADE DE ANÁLISE. TAXA SELIC. LEGALIDADE. CUMULAÇÃO COM OUTROS ÍNDICES DE ATUALIZAÇÃO. VEDAÇÃO. ENTENDIMENTO FIRMADO EM RECURSO REPETITIVO. RESP PARADIGMA: 1.111.175/SP. APLICAÇÃO EM ÂMBITO ESTADUAL. POSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA A PARTIR DA VIGÊNCIA DA LEI LOCAL. VEDAÇÃO. ENTENDIMENTO FIRMADO EM RECURSO REPETITIVO. RESP PARADIGMA: 1.111.189/SP. UFESP. LEGALIDADE. PRECEDENTES. 1. A jurisprudência do STJ reconhece, com ressalvas, a possibilidade de mitigar as exigências de natureza formal para o conhecimento de recurso especial pela alínea c quando tratar-se de dissídio jurisprudencial notório. Precedentes. **2. O entendimento do STJ é pacífico no sentido de que a taxa SELIC não pode ser cumulada com quaisquer outros índices de correção monetária e juros de mora. REsp 1.111.175/SP, relatoria da Min.Denise Arruda, julgado em 10.6.2009, DJe 1.7.2009 (art. 543-C doCPC).** 3. A Primeira Seção, no julgamento

do REsp 1.111.189/SP, confirmou entendimento no sentido de que "a jurisprudência do STJ considera incidente a taxa SELIC na repetição de indébito de tributos estaduais a partir da data de vigência da lei estadual que prevê a incidência de tal encargo sobre o pagamento atrasado de seus tributos". REsp 111189/SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 13.5.2009, DJe 25.5.2009 (art. 543-C do CPC). REsp 1.111.189/SP4. "A Primeira Seção pacificou o entendimento de que é possível a aplicação da UFESP como índice de correção monetária dos débitos e créditos fiscais do Estado de São Paulo, assim como a respeito da sua atualização pelo IPC/FIPE" (REsp 829.598/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 24.3.2009). 5. Para evitar a cumulação da Taxa SELIC com outros índices de atualização, é devida a incidência da UFESP até a entrada em vigor da Lei Estadual n. 10.175/98, momento a partir do qual incidirá tão somente a Taxa SELIC, garantido-se, assim, a aplicação isolada das referidas taxas. Agravo regimental parcialmente provido. 10.175 (1261667 SP 2011/0079915-2, Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS, Data de Julgamento: 06/03/2012, T2 – SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 13/03/2012, undefined).

Por outro giro, gize-se que a Lei 9.250/95 tem cunho federal, ou seja, é aplicável apenas no âmbito da União, uma vez que não diz respeito a tributos estaduais e/ou municipais.

Nesse norte, apenas se autoriza a incidência da SELIC nas restituições de tributos de competência dos Municípios e dos Estados, caso lei específica desses entes autorizem. Esse é o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça:

TRIBUTÁRIO. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. QUESTÃO DE ORDEM PÚBLICA. PRESCRIÇÃO. APLICAÇÃO RETROATIVA DO ART. 3º DA LC 118/2005. INCONSTITUCIONALIDADE. MATÉRIA APRECIADA SOB O RITO DO ART. 543-C DO CPC.

SELIC. UTILIZAÇÃO COMO ÍNDICE DE CORREÇÃO PELO MUNICÍPIO. EXISTÊNCIA DE PREVISÃO NA LEGISLAÇÃO LOCAL. Admite-se o conhecimento de matéria de ordem pública, mesmo não havendo prequestionamento, desde que a instância especial tenha sido aberta por outra questão, o que veio a ocorrer in casu. Precedentes do STJ. 2. Conforme decidido pela Corte Especial, é inconstitucional a segunda parte do art. 4º da LC 118/2005, que determina a aplicação retroativa do disposto em seu art. 3º. 3. Orientação reafirmada pela Primeira Seção, no julgamento do REsp 1.002.932/SP, submetido ao rito do art. 543-C do CPC. **4. A utilização da taxa Selic, no que diz respeito à cobrança ou à restituição de tributo, no âmbito dos Estados ou Municípios, é condicionada à existência de lei própria (estadual ou municipal) que determine a sua aplicação nessas hipóteses, ou ao menos em alguma delas (aplicação do princípio da isonomia).** 5. No caso concreto, existe norma específica que disciplina a utilização da taxa Selic na esfera dos tributos relacionados à competência do Município de Belo Horizonte (Lei Municipal 7.738/1997). 6. Agravo Regimental não provido. REsp 1.002.932/SP (1228193 MG 2010/0214120-1, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 22/03/2011, T2 – SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/04/2011, undefine. (Grifou-se).

Sendo assim, continua-se aplicando o art. 167, par. único, do CTN e as Súmulas 188 e 162 do STJ aos Estados e Municípios da Federação, enquanto tais entes não instituírem lei autorizando a aplicação da SELIC. De outro modo, no âmbito da União, é plenamente aplicável a SELIC, desde 1º de janeiro de 1996, a partir do pagamento indevido, de acordo com a Lei n.º 9.250/95.

4 DO RESSARCIMENTO DO CRÉDITO ESCRITURAL E SUA DIFERENCIAÇÃO EM FACE DA REPETIÇÃO DO INDÉBITO TRIBUTÁRIO

Os créditos escriturais não se confundem com créditos tributários, uma vez que são valores consignados na escrita fiscal de uma empresa e que, devido a um benefício fiscal previsto em lei, pode ser objeto de ressarcimento em dinheiro ou por meio de compensação pela administração tributária.

Com efeito, conforme exposto acima, a repetição de indébito ocorre quando há o pagamento indevido de tributo por parte do sujeito passivo, ou seja, a lei impõe um adimplemento em dinheiro ao contribuinte ou responsável tributário, sendo este realizado de forma equivocada.

O aproveitamento de créditos escriturais não passa de benefício fiscal e, por isso, apenas ocorre quando há previsão legal para isso, na forma do art. 150, § 6º, da Constituição Federal.

Ou seja, o Poder Legislativo permite que o Fisco, por benevolência, ressarça o contribuinte mediante algumas situações específicas que, na maioria das vezes, economicamente, trazem prejuízo aos negócios das empresas.

De fato, por ser benefício fiscal, em regra, não se fala em correção monetária, haja vista que a Fazenda Pública não tem em seu poder valor de propriedade do sujeito passivo da obrigação tributária.

Por isso, a falta de obstáculo ao aproveitamento dos créditos pelo contribuinte não pode gerar ônus para o Fisco, até mesmo porque não obteve disponibilidade financeira, pois, como dito, trata-se de crédito de natureza escritural.

Ora, nesses casos, não há desembolso de valores pelo sujeito passivo, motivo por que não há ingresso de numerário nos cofres públicos, sendo os referidos créditos apenas escriturados nos livros das empresas, sob suas titularidades, sendo possível sua utilização quando houver lei nesse sentido.

Com efeito, na maioria dos casos previstos em lei, quando ocorre a impossibilidade de utilização desses créditos escriturais para abatimento do tributo, o contribuinte requer à administração tributária o seu ressarcimento.

Contudo, o pedido do sujeito passivo pode demorar a ser atendido, acarretando defasagem do valor que não existiria se fosse reconhecido tempestivamente ou se pudesse ser utilizado na escrita fiscal.

Daí porque, o aproveitamento de créditos escriturais, em regra, não enseja correção monetária, a não ser que o creditamento seja impedido por óbice ilegítimo do Fisco, conforme entendimento consolidado na Súmula nº 411/STJ, *in verbis*:

É devida a correção monetária ao creditamento do IPI quando há oposição ao seu aproveitamento decorrente de resistência ilegítima do Fisco.

O Superior Tribunal de Justiça, em recurso representativo da controvérsia, firmou o entendimento de que nos casos de pedidos de ressarcimento de créditos deve incidir a correção monetária se houver demora no atendimento pela Secretaria da Receita Federal do Brasil. Confira-se:

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. IPI. PRINCÍPIO DA NÃO CUMULATIVIDADE. EXERCÍCIO DO DIREITO DE CRÉDITO POSTERGADO PELO FISCO. NÃO CARACTERIZAÇÃO DE CRÉDITO ESCRITURAL. CORREÇÃO MONETÁRIA. INCIDÊNCIA.

1. A correção monetária não incide sobre os créditos de IPI decorrentes do princípio constitucional da não-cumulatividade (créditos escriturais), por ausência de previsão legal.

2. A oposição constante de ato estatal, administrativo ou normativo, impedindo a utilização do direito de crédito oriundo da aplicação do princípio da não-

cumulatividade, descaracteriza referido crédito como escritural, assim considerado aquele oportunamente lançado pelo contribuinte em sua escrita contábil.

3. Destarte, a vedação legal ao aproveitamento do crédito impele o contribuinte a socorrer-se do Judiciário, circunstância que acarreta demora no reconhecimento do direito pleiteado, dada a tramitação normal dos feitos judiciais.

4. Consectariamente, ocorrendo a vedação ao aproveitamento desses créditos, com o conseqüente ingresso no Judiciário, posterga-se o reconhecimento do direito pleiteado, exurgindo legítima a necessidade de atualizá-los monetariamente, sob pena de enriquecimento sem causa do Fisco (Precedentes da Primeira Seção: EREsp 490.547/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 28.09.2005, DJ 10.10.2005; EREsp 613.977/RS, Rel. Ministro José Delgado, julgado em 09.11.2005, DJ 05.12.2005; EREsp 495.953/PR, Rel. Ministra Denise Arruda, julgado em 27.09.2006, DJ 23.10.2006; EREsp 522.796/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, julgado em 08.11.2006, DJ 24.09.2007; EREsp 430.498/RS, Rel. Ministro Humberto Martins, julgado em 26.03.2008, DJe 07.04.2008; e EREsp 605.921/RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 12.11.2008, DJe 24.11.2008).

5. Recurso especial da Fazenda Nacional desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008.

(REsp 1035847/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/06/2009, DJe 03/08/2009)

Há que se salientar que o art. 24 da Lei 11.457/2007 estabeleceu que a decisão administrativa referente a pedidos administrativos efetuados à

Receita Federal deve ser emitida no prazo máximo de 360 (trezentos e sessenta dias). Confira-se:

Art. 24. É obrigatório que seja proferida decisão administrativa no prazo máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias a contar do protocolo de petições, defesas ou recursos administrativos do contribuinte.

Nesse norte, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que há resistência injustificada quando ultrapassados os 360 (trezentos e sessenta dias) sem que a administração tributária se manifeste acerca do pedido ressarcimento do contribuinte, autorizando-se a correção monetária. Veja-se:

TRIBUTÁRIO. CRÉDITOS DE PIS/COFINS. REGIME NÃO CUMULATIVO. RESSARCIMENTO. APRECIÇÃO DO PEDIDO ADMINISTRATIVO PELO FISCO. ESCOAMENTO DO PRAZO DE 360 DIAS PREVISTO NO ART. 24 DA LEI 11.457/07. RESISTÊNCIA ILEGÍTIMA CONFIGURADA. SÚMULA 411/STJ. CORREÇÃO MONETÁRIA DEVIDA. TERMO INICIAL. TAXA SELIC 1. A Primeira Seção desta Corte Superior, no julgamento do REsp 1.035.847/RS, sob o rito do art. 543-C do CPC, firmou entendimento no sentido de que o aproveitamento de créditos escriturais, em regra, não dá ensejo à correção monetária, exceto quanto obstaculizado injustamente o creditamento pelo fisco.

2. "É devida a correção monetária ao creditamento do IPI quando há oposição ao seu aproveitamento decorrente de resistência ilegítima do Fisco" (Súmula 411/STJ).

3. Em tais casos, a correção monetária, pela taxa SELIC, deve ser contada a partir do fim do prazo de que dispõe a administração para apreciar o pedido do contribuinte, que é de 360 dias (art. 24 da Lei 11.457/07). Nesse sentido: REsp 1.138.206/RS,

submetido ao rito do art. 543-C do CPC e da Resolução 8/STJ.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp 1467934/RS, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 24/02/2015, DJe 06/03/2015)

Ainda assim, a atualização monetária, nas referidas hipóteses de exceção, deve ser realizada pela SELIC, a qual será computada quando escoado o prazo para a análise do requerimento administrativo. Mais uma vez, acompanhe-se o entendimento do STJ:

TRIBUTÁRIO. CRÉDITO ESCRITURAL E CRÉDITO PRESUMIDO. PEDIDOS ADMINISTRATIVOS DE RESSARCIMENTO. CORREÇÃO MONETÁRIA. TERMO A QUO. APÓS PRAZO LEGAL DE 360 DIAS. ART. 24 DA LEI 11.457/07.

1. Consoante a jurisprudência assentada pelo STJ, o direito à correção monetária de crédito escritural é condicionado à existência de ato estatal impeditivo de seu aproveitamento no momento oportuno.

Em outros termos, é preciso que fique caracterizada a “resistência ilegítima do Fisco”, na linha do que preceitua a Súmula 411/STJ: “É devida a correção monetária ao creditamento do IPI quando há oposição ao seu aproveitamento decorrente de resistência ilegítima do Fisco”.

2. Em tais casos, a correção monetária, pela taxa Selic, deve ser contada a partir do fim do prazo de que dispõe a administração para apreciar o pedido do contribuinte, que é de 360 dias (art. 24 da Lei 11.457/07). Nesse sentido: AgRg nos EREsp 1.490.081/SC, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Seção, DJe de 1º.7.2015.

3. Agravo Interno não provido.

(AgInt no REsp 1585275/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/10/2016, DJe 14/10/2016) (Grifou-se)

Portanto, por ser benefício fiscal e distinto da repetição do indébito tributário, o ressarcimento de crédito escritural somente poderá ter incidência de atualização monetária quando houver resistência injustificada do Fisco, uma vez que perderá sua natureza contábil.

5 CONCLUSÃO

Por meio desse artigo se abordou o ressarcimento de crédito escritural, a qual está fundado em lei e tem natureza de favor fiscal.

Nessa senda, diferentemente das hipóteses de repetição de indébito tributário, a correção dos créditos escriturais somente ocorre quando há resistência injustificada da administração tributária, na forma da Súmula 411/STJ.

Por sua vez, a correção monetária deve incidir quando esgotado o prazo de 360 (trezentos e sessenta) dias previsto no art. 24 da Lei 11.057/2007 ou no momento do ato concreto da resistência injustificada.

Sendo assim, em regra, a correção monetária não incide no ressarcimento de créditos escriturais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito Tributário Esquematizado**. 2 ed. São Paulo: Método, 2008.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos**. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: . Acesso em: 10 set. 2012.

_____. Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para**

Assuntos Jurídicos. Brasília, DF, 25 out. 1966. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172.htm>. Acesso em: 30 ago. 2012.

_____. Lei nº 9.250, de 26 de dezembro de 1955. Altera a legislação do imposto de renda das pessoas físicas e dá outras providências. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos.** Brasília, DF, 27 dez. 1995. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9250.htm>. Acesso em: 17 jun. 2017.

_____. Lei nº 11.057, de 16 de março de 2007. Dispõe sobre a Administração Tributária Federal; altera as Leis nos 10.593, de 6 de dezembro de 2002, 10.683, de 28 de maio de 2003, 8.212, de 24 de julho de 1991, 10.910, de 15 de julho de 2004, o Decreto-Lei no 5.452, de 1o de maio de 1943, e o Decreto no 70.235, de 6 de março de 1972; revoga dispositivos das Leis nos 8.212, de 24 de julho de 1991, 10.593, de 6 de dezembro de 2002, 10.910, de 15 de julho de 2004, 11.098, de 13 de janeiro de 2005, e 9.317, de 5 de dezembro de 1996; e dá outras providências. **Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos.** Brasília, DF, 19 mar. 2007. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/111457.htm>. Acesso em: 17 jun. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula n.º 71. Embora pago indevidamente, não cabe restituição de tributo indireto. Brasília, 13 de dezembro 1963. Disponível em: . Acesso em: 30 ago. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula n.º 546. Cabe a restituição do tributo pago indevidamente, quando reconhecido por decisão que o contribuinte *de jure* não recuperou do contribuinte de *facto* o *quantum* respectivo. Brasília, 03 de dezembro 1969. Disponível em: . Acesso em: 30 ago. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n.º 162. Na repetição de indébito tributário, a correção monetária incide a partir do pagamento indevido. Brasília, 19 de junho de 1996. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=%40docn&&b=SUMU&p=true&t=&l=10&i=337> >. Acesso em: 30 ago. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n.º 188. Os juros moratórios, na repetição do indébito tributário, são devidos a partir do trânsito em julgado da sentença. Brasília, 23 de junho de 1997. Disponível em:

< <http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=%40docn&&b=SUMU&p=tr ue&t=&l=10&i=311>>. Acesso em: 30 ago. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n.º 411. É devida a correção monetária ao creditamento do IPI quando há oposição ao seu aproveitamento decorrente de resistência ilegítima do Fisco. Brasília, 16 de dezembro de 2009. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2014_39_capSumula411.pdf>. Acesso em: 17 jun. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Tributário. Repetição de indébito. Prescrição. Nova orientação firmada pela 1ª seção do STJ na apreciação do ERESP 435.835/SC. Correção monetária. Juros. Compensação. Tributos de diferentes espécies. Sucessivos regimes de compensação. Aplicação retroativa ou exame da causa à luz do direito superveniente. Inviabilidade. Recurso Especial 715.665 – SP (2005/0009031-0). Recorrente: Lion S/A. Recorrida: Fazenda Nacional. Relatora: Ministra Teori Albino Zavascki. Brasília, 04 de abril de 2005. Disponível em: . Acesso em 23 set. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Processo Civil. Recurso especial representativo de controvérsia. Artigo 543-C, do CPC. Tributário. IPI. Princípio da não cumulatividade. Exercício do direito de crédito postergado pelo Fisco. Não caracterização de crédito escritural. Correção Monetária. Incidência. Recorrente: Fazenda Nacional. Recorrido: Minuano Pneus e Adubos Ltda. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 3 de agosto de 2009. Disponível em: . Acesso em 17 jun. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Processual civil e tributário. Recurso especial submetido à sistemática prevista no art. 543-C do CPC. Violação do art. 535 do CPC. Não-ocorrência. Repetição de indébito. Juros de mora pela taxa SELIC. Art. 39, § 4º, da Lei 9.250/95. Precedentes desta Corte. Recurso Especial 1.111.175 – SP (2009/0018825-6). Recorrente: Soft Spuma Indústria e Comércio Ltda. Recorrida: Fazenda Nacional. Relatora: Ministra Denise Arruda. Brasília, 01 de julho de 2009. Disponível em: . Acesso em 23 set. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Processo civil. Recurso Especial Representativo de Controvérsia. Artigo 543-C, do CPC. Tributário. IPI. Restituição de indébito. Distribuidoras de bebidas. Contribuintes de fato. Ilegitimidade ativa *ad causam*. Sujeição passiva apenas dos fabricantes (contribuintes de direito).

Relevância da repercussão econômica do tributo apenas para fins de condicionamento do exercício do direito subjetivo do contribuinte *de jure* à restituição (artigo 166, do CTN). Litispendência. Prequestionamento. Ausência. Súmulas 282 e 356/STF. Reexame de matéria fático-probatória. Súmula 7/STJ. Recurso Especial nº 903.394 - AL (2006/0252076-9). Recorrente: Sindicato Interestadual das Empresas Distribuidoras vinculadas aos fabricantes de Cerveja refrigerante água mineral e Bebidas em Geral nos Estados de Pernambuco Alagoas Paraíba – SINEDBEB. Recorrida: Fazenda Nacional. Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, 26 de abril de 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/jsp/revista/abreDocumento.jsp?componente=ATC&sequencial=9485073&num_registro=200602520769&data=20100426&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em 23 set. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Processual civil. Tributário. Dissídio notório. Alínea c. Possibilidade de análise. Taxa SELIC. Legalidade. Cumulação com outros índices de atualização. Vedação. Entendimento firmado em recurso repetitivo. REsp paradigma: 1.111.175/SP. Aplicação em âmbito estadual. Possibilidade. Incidência a partir da vigência da lei local. Vedação. Entendimento firmado em recurso repetitivo. REsp paradigma: 1.111.189/SP. UFESP. Legalidade. Precedentes. Recurso Especial 1.261.667 – SP (2011/0079915-2). Agravante: Socylek Importação e Exportação Ltda. Agravada: Fazenda do Estado De São Paulo. Relator: Ministro Humberto Martins. Brasília, 13 de março de 2012. Disponível em: . Acesso em 23 set. 2012.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Processo Civil. Tributário. Créditos de PIS/COFINS. Regime não cumulativo. Ressarcimento. Apreciação do pedido administrativo pelo Fisco. Escoamento do prazo de 360 dias previsto no art. 24 da Lei 11.457/07. Resistência ilegítima configurada. Súmula 411/STJ. Correção monetária devida. Termo inicial. Taxa Selic. Recorrentes: Reichert Calçados Ltda e Fazenda Nacional. Recorridos: Os mesmos. Relator: Ministro Sérgio Kukina. Brasília, 3 de março de 2015. Disponível em: . Acesso em 17 jun. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Tributário. Crédito escritural e crédito presumido. Pedidos administrativos de ressarcimento. Correção monetária. Termo a quo. Após prazo legal de 360 dias. Art. 24 da Lei 11.457/07. Embargante: Coopavel Cooperativa Agroindustrial. Recorrida: Fazenda Nacional. Relator:

Gurgel de Faria. Brasília, 14 de outubro de 2016. Disponível em: . Acesso em 17 jun. 2017.

HARADA, Kyoshi. **Direito Financeiro e Tributário**. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 29. ed. São Paulo: Malheiro Editores, 2008.

PAULSEN, Leandro; MELO, José Eduardo Soares. **Impostos Federais, Estaduais e Municipais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

PAULSEN, Leandro. **Curso de Direito Tributário: Completo**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SABBAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributário**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA ETIVAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

ERIC COSTA CANDIDO: formado na Universidade Paranaense - UNIPAR, advogado atuante até o ano de 2008 (OAB-PR 30651), quando então passou a integrar os quadros da Polícia Civil do Paraná.

RESUMO: O presente estudo analisa o direito à saúde, enquanto direito fundamental, de cunho social, portanto prestacional, a garantir o mínimo existencial, o qual se apresenta no Texto Constitucional como norma de eficácia limitada, sujeita à dotação orçamentária, e, assim, como a tutela jurisdicional pode garantir sua efetividade.

PALAVRAS-CHAVE: direitos sociais, saúde pública, prestação jurisdicional.

ABSTRACT: The present study it analyzes the right to the health, while direct basic, of matrix social, therefore prestacional, to guarantee the existencial minimum, which if presents in the Constitutional Text as norm of limited effectiveness, it subjects to the budgetary endowment, and, thus, as the jurisdictional guardianship can guarantee its effectiveness.

KEYWORDS: social rights, public health, judgement.

INTRODUÇÃO

Seriam também os direitos sociais, dentre eles o direito à saúde, exigíveis do Poder Judiciário? Pode um particular reivindicar judicialmente a prestação estatal necessária à realização desse direito social? Estaria assim, o magistrado autorizado a manejar, ainda que indiretamente, por meio da decisão judicial, os recursos do orçamento público?

Estes e outros vários questionamentos se descortinam quando se pretende analisar um direito social, como o direito à saúde, reclamando a prestação estatal, e, encontrando seu indeferimento, o que pode significar, muitas vezes, o dano a um bem de maior tutela, a vida, face a ausência de recursos públicos.

Nesse sentido se evidencia que muitos aspectos da dignidade da pessoa humana, naquilo que tange ao direito à saúde, encontram amparo, e, conseqüentemente, a tutela do mínimo existencial, no aparato do Poder Judiciário, passando este ao papel de sua efetivação.

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E SUA CLASSIFICAÇÃO

Os chamados direitos sociais são espécies dos direitos fundamentais, expressos no artigo 6º do Texto Constitucional. As declarações de direitos norte-americanas de 1787, bem como a francesa de 1789, representaram a “emancipação histórica do indivíduo perante os grupos sociais aos quais ele sempre se submeteu: a família, o clã, o estamento, as organizações religiosas”. (COMPARATO, 2010, p. 65)

Os direitos fundamentais surgem em um cenário do avanço do capitalismo, no qual os trabalhadores viram-se compelidos a empregarem-se nas fábricas, sem garantias condignas com a dignidade da pessoa humana. Como causa desta desigualdade material aponta-se o liberalismo econômico, isto é, a livre iniciativa num mercado concorrencial, propiciado pelas instituições e sem qualquer interferência estatal (Estado abstencionista). Tal fato gerou um acréscimo de riqueza jamais visto, em contrapartida, a classe trabalhadora contava com condições precaríssimas de trabalho; trabalho que, na lógica de mercado, equivale à mercadoria, sujeita à lei da oferta e da procura. (FERREIRA FILHO, 2009, p. 42-43)

Desse modo, os direitos fundamentais sociais foram fruto do avanço das instituições liberais, na qual a classe operária, produtora da riqueza, mas excluída de seus benefícios, passou a organizar-se na fórmula marxista da luta de classes, na pretensão da estabilidade do desenvolvimento econômico. “Afirmar que todos são iguais perante a lei; é indispensável que sejam assegurados a todos, na prática, um mínimo de dignidade e igualdade de oportunidades”. (DALLARI, 2004, p. 26)

Portanto, os direitos sociais estão, nessa perspectiva, intimamente relacionados ao princípio da solidariedade, denominados de direitos humanos de segunda dimensão.

Os direitos sociais “se realizam pela execução de políticas públicas, destinadas a garantir amparo e proteção social aos mais fracos e mais pobres; ou seja, aqueles que não dispõem de recursos próprios para viver dignamente”. (COMPARATO, 2010, p. 57)

É clássica a classificação dos direitos fundamentais sociais, segundo os ensinamentos do alemão Jellinek^[1], em: direitos de defesa; prestacionais e de participação (ALEXY, 1994).

Assim, os direitos de defesa seriam os primeiros direitos, relacionados ao valor liberdade, realizáveis em razão de uma omissão por parte do Estado, um não fazer do Poder Público. São os direitos chamados individuais, aos quais o constituinte imprime eficácia jurídica para sua efetivação.

Os direitos fundamentais de defesa, dirigem-se, portanto, a uma obrigação de abstenção por parte dos poderes públicos, implicando para estes um dever de respeito a determinados bens e interesses da pessoa humana, por meio da omissão de ingerências ou pela intervenção na esfera de liberdade pessoal apenas em determinadas hipóteses e sob certas condições.

(...) os direitos fundamentais cumprem a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objetivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos. (GOMES CANOTILHO, 1992, p. 552)

Os direitos prestacionais estão ligados ao valor igualdade, porque a finalidade desses direitos é a redução das desigualdades existentes. Para sua efetivação o Estado tem que atuar por meio de prestações materiais ou prestações jurídicas. Para sua efetivação se exige um fazer por parte do Estado, ou sejam, são direitos de caráter positivo. Daí se afirmar que os direitos sociais são, basicamente, os direitos sociais.

Contudo, quanto aos direitos prestacionais, o constituinte deixa a cargo do legislador infraconstitucional sua regulamentação, de modo que se apresentam como normas constitucionais de eficácia limitada.

De outro lado, os direitos prestacionais dependem muito da disponibilidade orçamentária do Estado para sua efetivação em plano administrativo.

Justamente em virtude de sua vinculação com a concepção de um Estado social e democrático de Direito, como garante da justiça material, os direitos fundamentais sociais reclamam uma postura ativa do Estado, visto que a igualdade material e a liberdade real não se estabelecem por si só, carecendo de uma realização. Por meio dos direitos sociais se objetiva atingir uma liberdade tendencialmente igual para todos, que apenas pode ser alcançada com a superação das desigualdades e não por meio de uma igualdade sem liberdade. (MIRANDA, 1992)

Quanto aos direitos de participação, tem-se que são direitos que permitem a participação do indivíduo na vida política do Estado como pressuposto para a cidadania: nacionalidade, abrangendo os direitos políticos e de nacionalidade.

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUAS GERAÇÕES

É tradicional a classificação dos direitos fundamentais em gerações de direitos ou dimensões de direitos, como prefere a doutrina recente, pois se mostra mais adequada (BONAVIDES, 1997).

1ª Dimensão dos Direitos Fundamentais.

As revoluções liberais (Francesa e Norte-Americana) deram surgimento aos direitos de primeira dimensão, direitos relacionados ao valor liberdade (século XVIII), portanto, todos os direitos individuais e também aqueles de participação. Marcam a passagem de um Estado autoritário para um Estado de Direito.

Os direitos de primeira geração ou direitos de liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao

Estado, traduzem-se como faculdade ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado. (BONAVIDES, 1997, p. 563-564)

Portanto, preconizavam a máxima liberdade em relação ao Estado, garantindo assim a esfera privada face as ingerências do Estado, daí chamados de direitos de defesa frente ao arbítrio do poder político.

Assim, os direitos de primeira geração ficaram conhecidos como direitos civis (direitos de defesa) e políticos (direitos de participação).

Foram com as constituições escritas que tais direitos ganharam força, a destacar-se: a Magna Carta de 1215, assinada pelo rei “João Sem Terra e as Declarações Americana de 1776 e Francesa de 1789.

2ª Dimensão dos Direitos Fundamentais.

O fato histórico que inspira e impulsiona tais direitos são a Revolução Industrial na Europa, a partir do século XIX.

Considerando as péssimas condições de trabalho os trabalhos constituem movimentos na busca de reivindicarem direitos trabalhistas, bem como, normas de assistência social.

Assim, tendo em vista o valor igualdade, que marca este período, nascem os direitos sociais, tendo como destaque os seguintes documentos: Constituição do México, de 1917; Constituição de Weimar, de 1919 e a Constituição Federal de 1934.

Segundo o Prof. Paulo Bonavides:

[...] passaram primeiro por um ciclo de baixa normatividade ou tiveram eficácia duvidosa, em virtude de sua própria natureza de direitos que exigem do Estado determinadas prestações materiais nem sempre resgatáveis por exigüidade, carência ou limitação essencial de meios e recursos.

[...] de juridicidade questionada nesta fase, foram eles remetidos à chamada esfera programática, em virtude de não conterem para sua concretização aquelas garantias habitualmente ministradas pelos instrumentos processuais de proteção aos direitos de liberdade. (1997, p. 564)

Portanto, os direito de 2ª dimensão, os direitos sociais, também econômicos e culturais, apresentam-se como prestacionais, exigindo um fazer por parte do Estado. São, assim, os direitos coletivos.

3ª Dimensão dos Direitos Fundamentais.

São marcados pela alteração da sociedade por profundas mudanças da comunidade internacional, relacionados ao valor fraternidade. Surgiram de uma constatação entre os países ricos e os países pobres, o que exigiria uma solidariedade / fraternidade dos países ricos para com os países pobres.

São desta geração de direitos: o preservacionismo ambiental, direito de auto-determinação dos povos (princípio que rege o Brasil nas suas relações internacionais – art. 4º, III), direito ao progresso e ao desenvolvimento, direito de propriedade sobre patrimônio comum da humanidade, paz, entre outros.

Demais Dimensões de Direitos Fundamentais.

Para Norberto Bobbio (BOBBIO, 1992) estariam entre os direitos de 4ª dimensão aqueles relacionados aos avanços no campo da engenharia genética. Ao seu lado, o Paulo Bonavides (BONAVIDES, 1997) destaca a globalização política ou dos direitos fundamentais, destacando-se os direitos de democracia, informação e pluralismo político. Finalmente, Ingo Sarlet (SARLET, 2012) destaca a necessidade de se reconhecer novos direitos fundamentais, como a mudança de sexo, dentre outros.

Reconhecendo a paz como supremo direito da humanidade e elemento necessário à realização da democracia participativa, Paulo Bonavides a reconhece como autônoma e integrante da 5ª dimensão de direitos fundamentais.

EFICÁCIA DOS DIREITOS SOCIAIS FUNDAMENTAIS

Ligados ao valor igualdade (direitos de 2ª dimensão), os direitos sociais buscam a redução das desigualdades existentes, protegendo as classes menos desenvolvidas (hipossuficientes).

Contudo, para sua efetivação exigem uma prestação por parte do Estado, um fazer. Desse modo, a carga de eficácia é menor do que os direitos de defesa (1ª dimensão).

É certo que inexistente norma constitucional destituída de eficácia e aplicabilidade, sendo possível falar de uma graduação da carga eficaz das normas (de todas) da Constituição, (DINIZ, 1989, p. 104) o que, de outra parte, não afasta a existência de distinções entre as normas constitucionais no que diz com a forma de sua positivação no texto constitucional, assim como uma diversidade de efeitos jurídicos decorrentes deste fenômeno, razão pela qual foram formuladas diversas teorias propondo uma classificação das normas constitucionais de acordo com o critério de sua eficácia e aplicabilidade. De outro lado, os direitos sociais são normas constitucionais de eficácia limitada, a depender de regulamentação pelo legislador infraconstitucional para produção de efeitos jurídicos.

Possuem “textura aberta ou open texture”. A textura aberta dos direitos sociais é uma característica de constituições democráticas e pluralísticas e tem por finalidade permitir a sua concretização de acordo com a vontade da maioria.

O art. 5º, parágrafo primeiro da Carta Constitucional é claro em expressar: “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais tem aplicação imediata”.

Portanto, sendo os direitos sociais, espécies dos direitos fundamentais, também a este, referido parágrafo faz menção. Assim, não estariam à dependência do legislador infraconstitucional para sua produção plena de efeitos.

Saliente-se que os direitos sociais não podem ser considerados meros enunciados sem força normativa, limitados à proclamações de boas intenções, dependendo em todo, da boa vontade do legislador ou administrador público.

CONTRAPONOTOS ENTRE RESERVA DO POSSÍVEL E MÍNIMO EXISTENCIAL

O que é a “reserva do possível”? Está relacionada as limitações orçamentárias que o Estado possui. Quem invoca a reserva do possível é o Estado e não o cidadão. A reserva do possível são as limitações orçamentárias que o Estado possui e que o impedem de atender a todas as demandas sociais desejáveis. É o Estado que tem o ônus de provar que não tem dinheiro.

As políticas públicas são definidas pelo Legislativo e Executivo. O Judiciário não possui esta função. Mas isso não significa que ele não possa intervir. O Judiciário pode intervir quando os outros poderes agirem de forma arbitrária e quando violarem o princípio da razoabilidade.

De outro lado, o “mínimo existencial” se refere ao conjunto de bens e utilidades indispensáveis a uma existência humana digna. O mínimo existencial está ligado a dignidade da pessoa humana. O mínimo existencial deve servir como uma meta prioritária do orçamento a atender aos direitos indispensáveis a uma vida humana digna.

O legislador constituinte prevê no artigo 102 da Carta Constitucional a legitimação do Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição, inclusive para atuar e invalidar os atos do Poder Legislativo e Executivo.

Assim, considerando o contexto dos direitos sociais fundamentais, agindo desse modo o Poder Judiciário está mantendo vivo o Texto Constitucional e, ao mesmo tempo, realizando, em conjunto com os demais Poderes Constituídos, sem quebrar a harmonia ou invadir a esfera de atuação destes, o Estado Democrático de Direito.

Desse modo, o direito à saúde deveria estar entre os direitos fundamentais classificados como de defesa, para impedir ingerências indevidas por parte do Estado e, de outro lado, impondo mesmo a realização de políticas públicas que busquem a efetivação desse direito à população, propiciando atendimento médico, internações, acesso aos medicamentos e exames, caminhos necessários à realização concreta do direito fundamental social à saúde, com dignidade ao indivíduo, a quem o direito é destinado.

O novo paradigma introduzido pelo constitucionalismo estabelece o ser humano como centro da ordem política e fixa a dignidade humana como princípio norteador da ação do Estado, pelo qual se justifica a proteção de um núcleo central, correspondente ao mínimo existencial, que justifica o reconhecimento de direitos ainda que não expressamente previstos no texto constitucional.

Nesse sentido, incumbe ao Poder Judiciário atuar de forma adequada e célere na efetivação dos direitos relacionados ao mínimo existencial e à dignidade da pessoa humana, adequando-os aos anseios da atualidade.

O Estado dispõe apenas de limitada capacidade de dispor sobre o objeto das prestações reconhecidas pelas normas definidoras dos Direitos Fundamentais Sociais, de tal sorte que a questão da limitação dos recursos constitui certo limite fático à efetivação desses Direitos (SARLET, 2002, p. 277).

A inegável limitação de recursos para atender a todas às necessidades dos indivíduos não se deve inviabilizar a proteção de um conjunto mínimo de condições para que eles possam viver de forma digna. Mesmo com o elemento limitador das políticas públicas – recursos financeiros – não se pode aceitar que seja o único argumento para justificar o fato de não atenderem às demandas decorrentes da garantia dos Direitos Fundamentais Sociais, principalmente o Direito à Saúde.

É necessário, portanto, encontrar soluções para que tenha um equilíbrio entre a limitação dos recursos públicos e o dever do Estado de concretizar os Direitos Sociais. É importante a racionalização, a padronização e estabelecimento de critérios para que ocorra o atendimento, por parte do Estado, das demandas sociais.

SAÚDE NO BRASIL E O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

Os investimentos com a saúde pública dos brasileiros, sequer podem ser comparados com o setor privado, de acordo com a Agência Nacional de Saúde Suplementar, as operadoras desembolsaram R\$ 90,5 bilhões no ano de 2013, com pagamento de internações, consultas e exames de laboratórios para atender um total de 50 milhões de clientes, um contracenso, comparado aos atendimentos

pelo Sistema Único de Saúde, que no ano de 2014, recebeu da União R\$ 91,6 bilhões para atender a aproximadamente 200 milhões de pacientes.

Segundo dados da Organização Mundial da Saúde, o governo brasileiro gastou menos com a saúde pública de seus cidadãos do que a média mundial, mesmo tendo avançado na última década em relação aos investimentos na área, ainda é menor que a média global, não sendo suficiente para acabar com a profunda distancia em relação aos países ricos (Chade Brasil).

É preciso que se atente que o baixo investimento em saúde pública prejudica também os demais setores da economia, inclusive a saúde suplementar, que assume parte do atendimento básico que deveria ser realizado pelo Sistema Único de Saúde. Ingo Sarlet argumenta que na dimensão defensiva do direito à saúde, deve-se considerar o princípio da proibição do retrocesso. Num estado democrático de direito, embora haja certa liberdade que dispõe o legislador, o princípio impede que o mesmo venha a desconstituir as garantias constitucionais já adquiridas (Salvador, 2007).

O que decorre dessa situação é o aumento de demandas judiciais na busca da efetivação desse direito social fundamental.

SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE

Foram através das propostas de Reforma Sanitária defendidas pelos movimentos sociais e apresentadas a Assembléia Geral Constituinte de 1988, que foi criado o Sistema Único de Saúde, no âmbito da dimensão objetiva, pode-se afirmar que se constitui em autentica garantia institucional fundamental no ordenamento jurídico brasileiro, assim como protegida contra qualquer medida retrocessiva em geral (FUHRMANN, 2014, p. 96).

Através das Leis 8.080 e 8.142/90, foi regulamentado o texto constitucional, que formam, conjuntamente, a Lei Orgânica da Saúde.

No entanto, com a promulgação da Lei Complementar n. 141, de 16 de janeiro de 2012, trouxe importante avanço para o controle e fiscalização dos recursos do Sistema Único de Saúde, além das questões orçamentário-financeiras e as transferências de recursos entre os entes federativos.

Inicialmente, a lei complementar define o que são gastos com saúde, visando esclarecer quais serviços e ações podem ser custeadas com os recursos da saúde, e que serão depositados nos fundos de saúde. “Essas disposições são importantes para encerrar polêmicas existentes quanto à aplicação dos recursos da saúde em ações e serviços” (SANTOS, 2012). Ademais, traz a vinculação dos percentuais das receitas fiscais dos municípios, estados e a União, para serem aplicados exclusivamente na saúde, atribuindo, essencialmente, à movimentação dessa receita através da existência e participação da sociedade nos Conselhos de Saúde.

GARANTIAS JURISDICIONAIS E O ACESSO AO JUDICIÁRIO

No cenário mundial, o Brasil sempre esteve afinado com a evolução internacional no plano jurídico-positivo no que concerne às garantias fundamentais de proteção a dignidade humana, tendo o direito à vida e à saúde como seu foco primordial. No entanto, foi a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988 o reconhecimento expresso do direito à saúde como direito fundamental. Inicialmente como direito social fundamental, artigo 6, e expressamente a titularidade do direito e da ordem social no 196.

Viu-se na promulgação da máxima constituinte, um compromisso com a justiça, contribuindo para construção de um Estado menos injusto. Na visão de Daniel Sarmiento, dentre as inegáveis virtudes da Constituição Federal de 1988, a mais importante é o “seu compromisso visceral com a promoção dos direitos humanos” (Salvador, 2008).

O direito fundamental à saúde, visto como uma cláusula pétrea e, portanto, imbuído de força normativa para a garantia de determinados valores fundamentais (SARMENTO, 2008).

Muito se discute a respeito do acesso ao Judiciário para a salvaguarda desse direito fundamental, essencialmente quando se postula o acesso a tratamentos ou medicamentos a ser custeado pelo Poder Público. Diante do controle jurisdicional dos atos do Estado, enquanto garantidor das políticas públicas, vigoram duas correntes antagônicas, uma diz que há uma clara interferência de poderes quando o Poder Judiciário determina ao Executivo prestar determinado serviço de saúde ou o fornecimento de medicamentos aos

pacientes. E a outra, que vem prevalecendo, que ao Judiciário cabe exercer a cobrança da efetivação das políticas públicas, sempre que o bem da vida estiver em risco. Para Luis Roberto Barroso (Salvador, 2010), em artigo que trata das alterações ideológicas pela qual passou nos idos da faculdade até o ingresso na função pública, e discorrendo sobre a atuação do Poder Judiciário frente a inércia da Administração Pública, argumenta que muitas críticas são de cunho ideológico, “que vem no Judiciário uma instância tradicionalmente conservadora das distribuições de poder e de riqueza na sociedade” (BARROSO, 2010).

Na verdade, a atividade jurisdicional esta para o cumprimento de um dever político-constitucional, consagrado no artigo 196 da Carta Magna, que determina seja assegurado a todos a proteção à saúde, associado a um imperativo de solidariedade social, impondo-se ao Poder Público, qualquer que seja a dimensão institucional, em que atue no plano da organização federativa a efetivação desse dever constitucional (MELLO, 2010).^[2]

Para o Ministro Celso de Mello, entre proteger a vida, direito subjetivo inalienável, assegurado na Constituição Federal nos artigos 5º, *caput*, e 196, e um interesse financeiro e secundário do ente público, uma vez configurado este dilema, impõe ao julgador, ciente das razões ético-jurídica, uma só opção possível: a que privilegia o direito indeclinável a vida:

Essa relação dilemática, que se instaura na presente causa, conduz os Juízes deste Supremo Tribunal a proferir decisão que se projeta no contexto das denominadas “escolhas trágicas” (GUIDO CALABRESI e PHILIP BOBBIT, “Tragic choices”, 1978, w.w. Norton e Company), que nada mais exprimem senão o estado de tensão dialética entre a necessidade estatal de tornar concretas e reais as ações e prestações de saúde em favor das pessoas, de um lado, e as dificuldades governamentais de viabilizar a alocação de recursos financeiros, sempre tão dramaticamente escassos, de outro.

Diante da avalanche de pretensões individuais em busca do mínimo existencial, concernente a vários casos que envolviam a prestação da saúde, de repercussão nacional, o Supremo Tribunal Federal, na função de relevante

integração do Estado de Direito, realizou Audiência Pública nos meses de abril e maio de 2009.

Por seis dias, a Corte Suprema teve a oportunidade de ouvir juízes, advogados, promotores e procuradores de justiça, defensores públicos, professores, médicos, técnicos da área da saúde, gestores, representantes de Organismos não Governamentais e usuários do Sistema Único de Saúde, com fins a traçar novos rumos da atuação jurisdicional, além de oportunizar o diálogo entre as esferas institucionais para a construção de soluções compartilhadas, inclusive administrativamente. A partir desse importante traçado hermenêutico, referendou-se a necessidade de estabilização dos gastos com a saúde, especialmente a captação de recursos e elaboração da garantia de orçamento destinado ao Sistema Único de Saúde, além da imediata regulamentação da Emenda Constitucional n. 29.

Em razão do avanço histórico na busca da tutela coletiva da saúde, o Conselho Nacional de Justiça, através da Resolução n. 107, de 06 de abril de 2010, instituiu o Fórum Nacional do Judiciário para o monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde.^[3]

Prosseguindo nas importantes mudanças de paradigmas, após nove anos de tramitação no Congresso Nacional, em 16 de janeiro de 2012 foi editada a Lei Complementar n. 141, que regulamentou o § 3º do art. 198 da Constituição Federal para dispor sobre os valores mínimos a serem aplicados anualmente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios em ações e serviços públicos de saúde; estabelecendo, também os critérios de rateio dos recursos de transferências para a saúde e as normas de fiscalização, avaliação e controle das despesas com saúde nas três esferas de governo; (SANTOS, 2012).

Atendendo ao que foi estabelecido nas Audiências Públicas da Saúde e na Resolução 107/2010 do CNJ, foram realizadas as I e II Jornadas do Direito à Saúde no mês de maio nos anos de 2014 e 2015. No primeiro ano, foram aprovados 45 enunciados interpretativos com informações técnicas para subsidiar os magistrados nas decisões judiciais que envolvam o direito à saúde. No ano corrente, foram aprovados mais 23 enunciados, tratando não somente sobre a saúde pública, mas incluindo também diretrizes para as decisões de envolvam a saúde suplementar.

Adotando os preceitos já preconizados nas recentes reformas processuais, o Poder Judiciário pautou-se pela busca constante do diálogo para uma adequada prestação jurisdicional concernente a propiciar um país justo e democrático.

CASO PARADIGMA : NOVOS RUMOS HERMENÊUTICOS NA ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM RELAÇÃO A MEDICAMENTOS E TRATAMENTOS DE ALTO CUSTO.

Considerado um marco jurisprudencial no que concernem as decisões judiciais que impliquem tratamentos e medicamentos de alto custo, o Acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal nos Autos n. 175/2010, no Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada, traçou novos rumos hermenêuticos na atuação de juízes e Tribunais, uma vez que importantes diretrizes foram estabelecidas a partir desse julgado (FUHRMANN, 2014, p. 160), de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, proferido em 17 de março de 2010, após **diversas audiências públicas realizadas no ano anterior**, que culminaram com a seguinte decisão:

Suspensão de Segurança. Agravo Regimental. Saúde pública. Direitos fundamentais sociais. Art. 196 da Constituição. Audiência Pública. Sistema Único de Saúde – SUS. Políticas públicas. Judicialização do direito à saúde. Separação de poderes. Parâmetros para solução judicial dos casos concretos. Que envolvem direito à saúde. Responsabilidade solidária dos entes da Federação em matéria de saúde. Fornecimento de medicamento: Zavesca (miglustat) Fármaco registrado na ANVISA. Não comprovação de grave lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança públicas. Possibilidade de ocorrência de dano inverso. Agravo regimental a que se nega provimento.

A ação foi ajuizada pelo Ministério Público Federal em favor de uma jovem de 21 anos de idade, acometida de “doença neurodegenerativa rara, comprovada clinicamente e por exame laboratorial”, denominada Niemann-Pick Tipo C, cujos sintomas se manifestaram quando a jovem contava com apenas 05

anos de idade. Sendo que o fármaco pleiteado, ZAVESCA - princípio ativo Miglustat, comprovadamente capaz de deter a progressão da doença, melhorando a qualidade de vida da paciente, pois minimizava o sofrimento neuropsiquiátrico. O alto custo do medicamento, no valor de R\$ 52.000,00 ao mês, e a falta de condições financeiras da família, foram os requisitos preponderantes para a postulação do pedido judicial pelo Ministério Público, considerando que o medicamento não estava registrado na lista de medicamentos permitidos pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária, embora fosse recomendado pela Agência Europeia de Medicamentos.

O pedido de Suspensão de Tutela Antecipada interposto pela União e pelo Município de Fortaleza, contra o acórdão proferido pela 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região 408729/CE (2006.81.00.003148-1), foi indeferido e interposto pelo União o Agravo Regimental tendo como argumento preponderante a ausência de registro do medicamento Zavesca (miglustat) na Agência Nacional de Vigilância Sanitária, sendo, então, proibida sua comercialização no Brasil, além de não comprovada sua eficácia para o tratamento da patologia descrita. Não refutaram a prova trazida pelo Ministério Público Federal, quanto à prescrição por médico habilitado e a recomendação do medicamento pela Agência Europeia de Medicamentos. Nestes termos a demanda chegou à Plenária do Supremo Tribunal Federal.

Proposto o Agravo Regimental pela União, onde foram renovados os argumentos anteriores, sustentando que a decisão violava o princípio da separação dos poderes e as normas e regulamentos do SUS, além da indevida interferência na organização e administração das políticas públicas, o Ministro Presidente Gilmar Mendes avocou o processo para uma análise mais ampla das questões jurídicas decorrentes da efetiva prestação jurisdicional quanto ao fornecimento de tratamentos e medicamentos por parte do Poder Público.

Consignando no julgamento, as propostas estabelecidas após diversas Audiências Públicas sobre a saúde no Brasil, e, analisando casa um dos seis elementos constantes do art. 196 da Constituição Federal Brasileira, qual seja: direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem a redução do risco de doenças e de outros agravos, regido pelo princípio do acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação; “ficou constatada a necessidade de

redimensionar a questão da judicialização do direito à saúde no Brasil [...] tendo em vista uma necessária determinação judicial para o cumprimento de políticas”^[4] públicas já estabelecidas.

Muitas vezes busca-se a proteção do Poder Judiciário para a condenação do Estado ao fornecimento de medicamentos e tratamento não autorizados pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA. No entanto, é vedado a Administração Pública o fornecimento; isto porque a Lei 6.360/76, através do artigo 12, determina: “nenhum dos produtos de que trata esta lei, inclusive os importados, poderá ser industrializados, exposto á venda ou entregue ao consumo antes de registrado no Ministério da Saúde.” Da mesma forma, os artigos 16 e 18 tratam, respectivamente, dos requisitos para a obtenção do registro, reconhecido como seguro e eficaz para o uso a que se destina, e, em se tratando de medicação de procedência estrangeira, que seja comprovada a existência de registro válido no país de origem. Assim, o registro do medicamento é uma garantia de saúde pública, além de conformidade do fármaco aos preços praticados no mercado nacional. Evidentemente que não se trata de uma regra absoluta, pois há casos em que a importação de medicamentos não registrados pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária poderá ser dispensado, desde que adquiridos por meio de órgãos multilaterais internacionais, visando o uso de programas na saúde pública pelo Ministério da Saúde, na forma da Lei 9.782/99.

Outra situação em que se busca a proteção jurisdicional é quando o Sistema Único de Saúde decide não custear tratamento ou medicação por entender que inexistem evidencias científicas para sua inclusão, isto porque no SUS se adotou os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas, que consistem num consenso científico vigente que estabelecem critérios para determinar o diagnostico de doenças e o tratamento correspondente com os medicamentos disponíveis e dosagens definidas. Nessa hipótese, o SUS fornece tratamento alternativo, mas inadequado ao paciente, ou ainda, o SUS não disponibiliza nenhum tratamento para aquela determinada patologia.

Desta forma, na busca de estabelecer parâmetros para decisões semelhantes, o Supremo Tribunal Federal, adotando uma atitude progressista, na busca da efetividade no cumprimento das políticas públicas já estabelecidas, concluiu no julgamento que: a) deverá ser privilegiado o tratamento oferecido pelo Sistema Único de Saúde em detrimento de outra opção pretendida pelo

paciente, naquelas situações em que não for comprovada a ineficiência ou invalidade da política de saúde vigente; b) Não afasta, contudo, a possibilidade do poder Judiciário ou da Administração decidir por outro modo de prestação à saúde quando comprovado que o tratamento não é eficaz para determinado paciente, dado à peculiaridade de cada organismo; c) sendo necessário a revisão periódica dos Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas existentes e a elaboração de novos protocolos, não se podendo dizer que são inquestionáveis, permitindo-se a sua contestação judicial; d) os tratamentos experimentais, aqueles sem comprovação científica de sua eficiência, realizados por laboratórios ou centros médicos, consideram-se pesquisas clínicas, não podendo obrigar o Estado a custea-lo, no entanto o laboratório deve fornecer o medicamento, mesmo após o termino do estudo clínico; e) a inexistência de Protocolo Clínico no SUS para determinado patologia, poderá ser objeto de questionamento judicial, desde que haja ampla produção de provas, na instrução processual, ou seja, para que não ocorra o ajuizamento padronizado de determinadas prestações judiciais à saúde, devendo ser tratado as especificidades do caso concreto.

A decisão decorreu depois uma inovação institucional pelo Supremo Tribunal Federal com a implantação de Audiências Públicas, realizadas no âmbito de sua atuação como vigilante da Constituição Federal, visando à concretização do direito fundamental à saúde, “além de contribuir para a qualidade da prestação jurisdicional, garante novas possibilidades de legitimação dos julgamentos do Tribunal [...] também no exercício de sua competência de proteção do interesse público e uniformização das decisões.” (MENDES, 2009)^[5]

CONCLUSÃO

No direito à saúde deve o Poder Judiciário satisfazê-lo, diante da omissão do poder público, se a pretensão exigida pelo particular for compatível com o que, razoavelmente, se poderia esperar deste, em termos de atendimento ao direito em questão.

Não se tratam de meras normas de eficácia diferida, programática ou limitada. De outro lado, são direitos que produzem, pelo simples reconhecimento constitucional, uma eficácia mínima. Irradiam o princípio da dignidade da pessoa humana. Contudo, não há dignidade sem um mínimo necessário para a existência, por meio de prestações do poder público decorrentes do reconhecimento dos

direitos fundamentais poderão ser progressivamente incrementadas. Todavia, o mínimo existencial implica, desde logo, o respeito a uma dimensão prestacional mínima dos direitos sociais.

Assim, o número ilimitado de carências e a escassez de recursos públicos conjugados com a integração do direito de proteção à saúde à ordem objetiva de valores albergados pelo Texto Constitucional impõem a concretização prioritária de seu núcleo mínimo, que abrange o fornecimento de serviços e meios necessários à conservação da vida humana, dentro dos parâmetros de razoabilidade e solidariedade extraídos do cotejo entre as necessidades sócio-econômicas do povo e as dotações orçamentárias destinadas à sua satisfação.

Portando, o Poder Judiciário, ao proceder à análise de omissão estatal relacionada ao direito de proteção à saúde, deve, após exame sob a perspectiva constitucional e legal, avaliar se o objeto do pedido formulado insere-se na esfera do mínimo necessário à existência humana digna. Tal aferição não é alheia ao grau já alcançado para a concretização do direito de proteção à saúde pela coletividade. Para delimitar tal extensão concorre a ponderação já levada a cabo pelo legislador ao escolher as demandas a serem prioritariamente atendidas pelos recursos orçamentários, a qual somente poderá ser afastada se o Poder Judiciário identificar errôneo sopesamento dos dados então considerados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, R. *Theorie der Grundrechte*. 2. ed. Suhrkamp, Frankfurt A. M., 1994.

_____. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. *Constitucionalismo discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

BARCELLOS, A. P. DE. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, L. R. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. Limites e possibilidades da Constituição Brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 1990.

_____. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e democracia no Brasil contemporâneo. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado – RERE**. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 23, set/out/nov 2010, Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>> Acesso em: 09 set. 2015.

BOBBIO, N. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, P. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Malheiros, 1997.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STA 175 AgR /CE, Relator: Ministro Gilmar Mendes, Pleno, Brasília, DF, 17 de março de 2010, DJ 30.04.2010 p. 76. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp>>. Acesso em: 26 abril. 2015.

COMPARATO, F. K. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 7ª ed. Rev. E atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

DALLARI, D. de A. *Direitos Humanos e Cidadania*. 2ª ed. Reform. São Paulo: Moderna, 2004.

DINIZ, M. H. *Norma Constitucional e seus Efeitos*. São Paulo: Saraiva, 1989.

FERREIRA FILHO, M. G. *Direitos Humanos Fundamentais*. 11ª ed. Rev. E aum. São Paulo: Saraiva, 2009.

FUHRMANN, I. R. *“Judicialização” dos direitos sociais e o direito à saúde*. Brasília: Consulex, 2014.

GOMES CANOTILHO, J. J. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1992.

MIRANDA, J. *Os Direitos Fundamentais - Sua Dimensão Individual e Social*, in: Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política (CDCCP) n. 1 (1992).

PAULA, J. L. M. DE. *Uma visão crítica da Jurisdição Civil*. São Paulo: Editora de Direito, 1999.

_____. *A jurisdição como elemento de inclusão social*. São Paulo: Manole, 2002.

SARLET, I. W. *Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. Algumas considerações em torno da efetividade em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado – RERE**. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 11, set/out/nov 2008, Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>> Acesso em: 09 set. 2015.

SARMENTO, D. Direito adquirido, ementa constitucional, democracia e justiça social. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado – RERE**. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 12, dez/jan/fev 2008, Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>> Acesso em: 09 set. 2015.

NOTAS:

[1] Sobre a multicitada teoria dos quatro status de Georg Jellinek, desenvolvida na obra "Sistema dos Direitos Públicos Subjetivos", no final do século XIX, v., entre outros, a apresentação e crítica de R. Alexy. *Theorie der Grundrechte*, p. 230 e ss.

[2] STF, STA 175 AgR /CE, Ministro Celso de Mello no seu voto, julgado em 17.03.2010.

[3] CNJ, Res 107/2010. Art. 1º: Fica instituído no âmbito do Conselho Nacional de Justiça o fórum Nacional para o monitoramento e resolução das demandas de assistência à saúde, com a atribuição de elaborar estudos e propor medidas concretas e normativas para o aperfeiçoamento de procedimentos, o reforço à efetividade dos processos judiciais é a prevenção de novos conflitos.

[4] "Assim, também com base no que ficou estabelecido na Audiência Pública, o primeiro dado a ser considerado é a existência, ou não, de política estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte. Ao deferir uma prestação de saúde incluída entre as políticas sociais e

econômicas formuladas pelo Sistema Único de Saúde (SUS), o Judiciário não está criando política pública, mas apenas determinando o seu cumprimento. Nestes casos, a existência de um direito subjetivo público a determinada política pública de saúde parece ser evidente.

[5] Ministro Gilmar Mendes no Relatório da Audiência Pública realizada no Supremo Tribunal Federal nos 27,28 e 29 de abril e 04, 06 e 07 de maio de 2009.

DIREITO À REPACTUAÇÃO NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DEVIDO AOS INSTRUMENTOS COLETIVOS DE TRABALHO

AMANDA EXPÓSITO TENÓRIO DE ARAÚJO:
Auditora Fiscal do Trabalho. Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco. Pós-graduada em Direito Civil e Empresarial pela Universidade Federal de Pernambuco. Pós-graduada em Novas Questões de Direito Penal e Processo Penal pela Faculdade Damas.

RESUMO: O presente artigo foi inspirado pelas dificuldades apresentadas pelos Contratados pela Administração Pública ao fundamentar pedidos de repactuação em contratos administrativos de prestação de serviços de execução continuada, tendo em vista a pouca regulamentação legal específica e a escassa doutrina a respeito do tema. Ele aborda o direito à repactuação de forma genérica e introdutória, apresentando distinção inicial sobre os tipos de contratação realizadas pelo gestor público, para então alcançar o objeto central desta análise: o direito à repactuação advinda do aumento dos custos de mão de obra em virtude do pactuado em instrumentos coletivos de trabalho. Saliente-se ainda que foram considerados para as explanações a seguir as situações encontradas no dia a dia da Consultoria Jurídica da União no Acre.

SUMÁRIOS: INTRODUÇÃO. 1. CONTRATO ADMINISTRATIVO: CONCEITOS E TIPOS. 2. DIREITO À REPACTUAÇÃO. 3. INSTRUMENTOS COLETIVOS DE TRABALHO. 4. IMPACTO DOS INSTRUMENTOS COLETIVOS DE TRABALHO NO DIREITO À REPACTUAÇÃO. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

A ideia do presente artigo surgiu da constatação das dificuldades dos contratados em formular pedidos de repactuação, com base em contratos administrativos para prestação de serviço público continuado, conforme será adiante conceituado.

Saliente-se que a legislação pátria é de fato escassa a respeito da repactuação, assim como a doutrina administrativista. Contudo, não se apresenta aqui a crença de que estes fatores por si só causaram as dificuldades relatadas. Isto porque, possivelmente, por esta ausência de regulamentação, a Administração Pública achou por bem detalhar o direito à repactuação, inserindo inclusive as tratativas da matéria para as minutas utilizadas nestas avenças, de modo que não houvesse desconhecimento algum dos contratados acerca de seus direitos.

O primeiro capítulo traz o conceito e a distinção dos contratos administrativos a partir de seu objeto e de seu tempo de duração.

O segundo capítulo trata do direito à repactuação, consubstanciando-o com base no princípio da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, e analisando os requisitos específicos para sua concessão.

O terceiro capítulo trata dos instrumentos coletivos de trabalho, em especial, as convenções coletivas e os acordos coletivos, abordando sua abrangência e conseqüentemente seus efeitos.

O quarto capítulo aborda tema que tem sido recorrente em pedidos de repactuação com base em ajuste em acordo coletivo de trabalho, cuja postulante não figura como signatária, trazendo a conclusão que se entendeu cabível aos citados casos.

1. CONTRATO ADMINISTRATIVO: CONCEITOS E TIPOS.

Inicialmente, importante trazer classificação doutrinária acerca dos contratos que envolvem a Administração Pública. O gênero é denominado contratos da Administração, chamando-se de contratos administrativos a espécie que é regida pelo regime de direito público. Esta assertiva importa em reconhecer a aplicabilidade de uma série de ressalvas, por assim dizer, ao direito civilista e que reconhecem um papel diferenciado ao Estado, em função primordialmente do princípio da supremacia do interesse público e da indisponibilidade do interesse público. Na verdade, está correta a afirmativa de que o regime aplicável não é absolutamente público, mas sim regime privado com derrogações típicas do direito público em função da finalidade essencial ínsita a tais avenças.

A controvérsia sobre o contrato administrativo é tamanha que existem doutrinadores que sequer reconhecem sua natureza contratual. Seus argumentos resumem-se, primordialmente, a inobservância do princípio da igualdade entre as partes, da autonomia da vontade e da força obrigatória das convenções.

Mas, para fins do presente trabalho, há que se considerar como correta a classificação acima apontada que define como contrato administrativo aquele regido pelo direito público, em especial, com aplicabilidade das cláusulas exorbitantes.

Assim, para execução de suas atividades essenciais, o Estado pactua com particulares, seja na prestação de serviços, como limpeza e vigilância, seja para construção de obras, seja para aquisição de produtos. O objeto a ser contratado definirá, portanto, uma das subespécies do contrato administrativo. Para não fugir do escopo deste artigo, será analisado de forma detalhada apenas o contrato de prestação de serviços.

Dito isto, deve-se ainda apresentar nova classificação, a depender do tipo de serviço prestado. Isto porque os serviços podem ser classificados em contínuos ou não contínuos. Explica-se: serviços contínuos seriam aqueles imprescindíveis a adequada prestação dos serviços públicos por determinado órgão, a execução de suas atividades essenciais. Novamente podem ser citados os serviços de limpeza e de vigilância. Já os serviços não contínuos seriam aqueles excepcionalmente contratados, e que não se imiscuem na rotina ordinária do órgão contratante.

A diferença prática desta última distinção guarda relação diretamente com a possibilidade de prorrogação dos contratos administrativos. Explica-se: os contratos de prestação de serviços contínuos permitem prorrogações sucessivas até o máximo de 60 (sessenta) meses. A ideia central é a realização de um procedimento licitatório para seleção da melhor proposta para a Administração. Definido o licitante vencedor, em regra, a Administração assina contratos administrativos no prazo de 12 (doze) meses. Ao final deste período, estando atendidos os demais requisitos, é possível a prorrogação da avença, desde que a duração máxima entre contrato originário e prorrogações não ultrapasse 60 (sessenta) meses, conforme previsão do art. 57^[1] da Lei n. 8.666/93. A prestação de serviços não continuados, por outro lado, justamente por serem extraordinários, quando em análise das funções típicas do órgão, não admite estas

sucessivas prorrogações. Por conta disso, o gestor público deverá fazer uma avaliação criteriosa do tempo que será necessário para execução daquele objeto.

Saliente-se que a definição de quais serviços seriam continuados e quais seriam não continuados deve ser feita pelo próprio órgão contratante, pois ele será quem melhor compreenderá quais são suas atividades típicas, pois a depender da área de atuação, esta classificação variará de órgão para órgão.

Apresentada esta diferença, esclareça-se que o artigo em tela analisa o contrato de prestação de serviços contínuos.

2. DIREITO À REPACTUAÇÃO.

O fundamento do direito à repactuação é o princípio da manutenção das condições efetivas da proposta e consequente manutenção do equilíbrio econômico-financeiro.

A preocupação com o equilíbrio econômico-financeiro teve origem na cláusula *rebus sic stantibus*, que posteriormente evoluiu uma de suas facetas para embasar a teoria da imprevisão, a qual reconhece a possibilidade de alteração das condições contratuais em decorrência de circunstâncias imprevisíveis, que afetem de forma desproporcional as condições originárias.

A teoria da imprevisão se desenvolveu no direito administrativista para a denominada teoria do equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo. Saliente-se que, esta se apartou daquela, na medida em que não exige a imprevisibilidade do fato causador do desequilíbrio.

Pontue-se ainda a importância do princípio da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro não apenas para concessão de repactuação, mas principalmente também para limitar o poder da Administração de alterar unilateralmente as avenças. Isto porque, uma das reconhecidas cláusulas exorbitantes, define a faculdade do poder público de impor determinadas alterações de forma unilateral. Assim sendo, conjugando as assertivas, conclui-se que, apesar da Administração poder alterar unilateralmente os contratos, ela não pode atingir as cláusulas econômicas, sob pena de se garantir ao Contratado o direito ao reequilíbrio contratual. Se não fosse assim, não haveria qualquer

interesse em contratar com o poder público. O explanado é expressamente previsto no art. 58[2] a Lei n. 8.666/93. Dito isto, possível concluir que o equilíbrio econômico-financeiro protege, afinal, o próprio interesse público implícito na avença.

A Carta Magna também trata expressamente deste postulado:

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.”

Apesar de não usar a nomenclatura repactuação, a Lei n. 8.666/93 trouxe previsões que a consubstanciam, tais como os artigos transcritos abaixo:

“Art. 40. O edital conterà no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo da licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local, dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e indicará, obrigatoriamente, o seguinte: (...)

XI - critério de reajuste, que deverá retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais, desde a data prevista para apresentação da proposta, ou do orçamento a que essa

proposta se referir, até a data do adimplemento de cada parcela;”

É imprescindível esclarecer que o equilíbrio econômico-financeiro é traçado a partir da convocação para licitar e não apenas com a vigência do contrato^[3]. E assim, para manutenção efetiva das condições da proposta, é imprescindível falar na repactuação dos valores, o que significa meramente atualização, não importando em majoração propriamente dita.

Deste modo, o próprio edital já trará o índice de reajuste aplicável, de modo a se evitar a defasagem do preço contratado, pois a manutenção de preço incondizente com a realidade desestimularia a contratação com a Administração Pública e, conseqüentemente diminuiria as chances de se receber uma boa proposta. Além disso, a definição prévia de índices garante o princípio da isonomia e a transparência no procedimento licitatório.

Assim, a repactuação não é uma novidade em nosso ordenamento, devendo-se reconhecer o crédito do Decreto n. 2.271/97 pela sua regulamentação como procedimento, especialmente em seu art. 5:

“Art . 5º Os contratos de que trata este Decreto, que tenham por objeto a prestação de serviços executados de forma contínua poderão, desde que previsto no edital, admitir repactuação visando a adequação aos novos preços de mercado, observados o interregno mínimo de um ano e a demonstração analítica da variação dos componentes dos custos do contrato, devidamente justificada.

Parágrafo Único. Efetuada a repactuação, o órgão ou entidade divulgará, imediatamente, por intermédio do Sistema Integrado de Administração de Serviços Gerais - SIASG, os novos valores e a variação ocorrida.”

Assim, pode-se listar como requisitos a análise de qualquer pedido de repactuação: a) previsão no edital e no contrato; b) demonstração analítica da variação dos componentes dos custos do contrato; c) observância do interregno mínimo de 01 (um) ano; d) inexistência da preclusão do direito.

O primeiro requisito não trará qualquer dificuldade, tendo em vista que as próprias minutas, de utilização obrigatória pelos órgãos federais, já trazem tais previsões. Só haverá tal questão, caso o órgão licitante não utilize o padrão indicado.

A variação analítica dos custos inclui, além do dever do Contratado de apresentar a planilha, a obrigação correlata da Administração de analisá-la criticamente, não sendo suficiente a mera juntada do documento. Contudo, mais uma vez, não se enxerga qualquer dificuldade no seu cumprimento.

O lapso mínimo de um ano para que reste autorizado o reajuste teve sua contagem regulamentada pela Instrução Normativa nº 2, de 2008, e a Orientação Normativa nº 25, ambas da Advocacia- Geral da União. No caso específico de majoração de custo de mão de obra, dever-se-á contar o prazo de um ano da data do acordo, convenção ou dissídio coletivo de trabalho ou equivalente, vigente à época da apresentação da proposta, quando a variação dos custos for decorrente da mão-de-obra e estiver vinculada às datas-base destes instrumentos[4]-[5]. Se forem atribuídos efeitos retroativos, dever-se-á retroceder o período antecipado. Em caso de pedido de segunda repactuação, dever-se-á verificar quando foi concedido o último reajuste e então computar-se-á o lapso anual.

A preclusão que obstaculiza o direito à repactuação é a lógica, sendo aquela na qual o titular do direito pratica ato contrário a sua postulação, apresentando-se em notória contradição. Exemplificativamente, quando o Contratado assina termo aditivo, sem qualquer ressalva ou outra manifestação que afaste a preclusão, sendo já existente o instrumento coletivo de trabalho quando da assinatura, deverá se reconhecer a preclusão, com a não concessão do reajuste.

Ademais, a fim de que não reste qualquer desconhecimento sobre o direito a repactuação, o Estado adotou expressamente em quais termos a mesma seria devida. Isso porque no âmbito federal, são utilizadas minutas padrões para contratação. Deste modo, consta o texto da minuta do termo de contrato a possibilidade de reajuste, nos seguintes termos:

“CLÁUSULA SEXTA – REAJUSTE

1.1. O preço consignado no contrato será corrigido anualmente, observado o interregno mínimo de um ano, contado a partir da

data limite para a apresentação da proposta, pela variação do (adotar o índice).

1.2. Nos reajustes subsequentes ao primeiro, o interregno mínimo de um ano será contado a partir dos efeitos financeiros do último reajuste. [6]

3. INSTRUMENTOS COLETIVOS DE TRABALHO.

Os instrumentos coletivos de trabalho servem para tratar de temas na esfera coletiva dos trabalhadores. Importante reafirmar que não são usados apenas pelos empregados celetistas, podendo-se aplicar por exemplo, ao trabalhadores portuários, que laboram sob regime de lei específica e que não tem qualquer vínculo de emprego reconhecido.

De qualquer modo, é fato que eles servem a regulamentação das relações de trabalho lato sensu, podendo tratar tanto de questões econômico-financeiras, quanto de questões relativas ao ambiente de trabalho, tais como normas de segurança e saúde do trabalho, ou ainda relativas a direitos específicos dos obreiros, tais como plano de saúde, entre outros.

Sua regulamentação está expressa na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) nos art. 611 e seguintes. No próprio art. 611 deduz-se a existência de dois tipos de instrumentos coletivos, a saber, a convenção coletiva e o acordo coletivo. Pela sua clareza, transcreve-se o dispositivo.

“Art. 611. **Convenção Coletiva** de Trabalho é o acordo de caráter normativo, pelo qual **dois ou mais Sindicatos** representativos de categorias econômicas e profissionais estipulam condições de trabalho aplicáveis, no **âmbito das respectivas representações**, às relações individuais de trabalho.

§ 1º É facultado aos Sindicatos representativos de categorias profissionais celebrar **Acordos Coletivos** com uma ou mais empresas da correspondente categoria econômica, que

estipulem condições de trabalho, aplicáveis no âmbito da empresa ou das acordantes respectivas relações de trabalho.”

Assim, resta claro que a abrangência dos instrumentos é diversa. A convenção coletiva, por ser assinada pelos sindicatos, abrange toda a coletividade de empregadores e empregados, tendo em vista a presunção de legitimidade dos sindicatos na representação das categorias.

No acordo coletivo, por sua vez, só há atuação de um sindicato, a do trabalhador, sendo o outro polo ocupado por uma ou várias empresas. Por conta desta característica, as previsões nele constante só serão aplicáveis a quem for signatário.

Neste sentido, existe inclusive da Súmula 374, do TST, cujo teor transcrevemos:

“NORMA COLETIVA. CATEGORIA DIFERENCIADA. ABRANGÊNCIA (conversão da Orientação Jurisprudencial nº 55 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005

Empregado integrante de categoria profissional diferenciada não tem o direito de haver de seu empregador vantagens previstas em instrumento coletivo no qual a empresa não foi representada por órgão de classe de sua categoria. (ex-OJ nº 55 da SBDI-1 - inserida em 25.11.1996)”

Dito isto, também é necessário repisar que tais instrumentos deverão ser registrados em sistema próprio do Ministério do Trabalho, denominado Mediador, para que seja garantida a devida publicidade a tais atos.

4. CONCLUSÃO ACERCA DO IMPACTO DO ACORDO COLETIVO DE TRABALHO NO DIREITO À REPACTUAÇÃO.

Feitos os esclarecimentos acima, é de se concluir pela possibilidade de repactuação, quando da majoração dos custos de mão de obra, em decorrência de acordo coletivo ou convenção coletiva, desde que cumpridos, obviamente, os demais requisitos.

A situação que, infelizmente, tem se mostrado comum no órgão de consultoria é o pedido de repactuação com base em acordo coletivo no qual a peticionante não é signatária. Ora, como já explicado, o acordo coletivo só será aplicável aqueles que a ele tenham anuído, não sendo possível expandir seus efeitos a não signatários.

Contudo, é fato que a maioria dos Contratados argumentam que participaram das negociações entre sindicato e empresas, acreditando, portanto, serem signatários, imputando ainda erro pela sua não inclusão ao sindicato que submeteu o instrumento a registro no Ministério do Trabalho.

Ora, mesmo que reconhecido ocorrência de erro pela omissão do sindicato na inclusão de determinada empresa que teria intenção de aderir ao acordo coletivo, não será possível conceder a repactuação. Isto porque, mesmo após a submissão de instrumento coletivo ao sistema mediador, junto ao Ministério do Trabalho, a solicitação fica pendente por alguns dias, período em que pode haver sua correção por eventuais erros materiais. Além disso, constatado, mesmo que posteriormente, a omissão na inclusão de empresa signatária, poderá haver tal acerto, através de novo registro, desde que ainda vigente o acordo coletivo. Assim, possível concluir que a Contratada se omitiu, seja na fiscalização do registro do instrumento, seja posteriormente para correção de qualquer inadequação.

Ademais, não há que se embasar o reajuste com base em eventual boa-fé da Contratada, mesmo que tenha havido sua participação em momentos anteriores a assinatura do acordo coletivo apresentado, tendo em vista, primeiramente, que não há fundamento jurídico para este adimplemento.

Secundariamente, a Contratada, ao pedir a repactuação, apresenta a Administração Pública Acordo Coletivo cujos efeitos lhe são completamente alheios. Ora, a própria Contratada tem o ônus de verificar se o instrumento foi feito conforme sua negociação e ainda se os dados estão corretos (tais como sua inclusão como signatária).

De qualquer modo, despicando adentrar no mérito da boa ou má-fé da Contratada, quando da apresentação de tal documento, sendo necessário reconhecer a plena aplicabilidade do princípio da estrita legalidade (que não

embasa no presente caso o reajuste solicitado) e da supremacia do interesse público sobre o particular, tendo em vista que o mau uso dos recursos públicos repercute na sociedade como um todo, que se vê cada dia mais privada de serviços essenciais a sua própria dignidade.

REFERÊNCIAS

Alexandre, Ricardo. Deus, João de. Direito Administrativo Esquematizado. 1ª edição. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015. 896 páginas;

Barros, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. 10ª edição. São Paulo: LTR, 2016, 904 páginas;

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm;

BRASIL. Decreto nº 2.271, de 7 de julho de 1997. Dispõe sobre a contratação de serviços pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2271.htm;

BRASIL. Decreto-lei nº 5.452, DE 1º DE MAIO DE 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: HTTPS://WWW.PLANALTO.GOV.BR/CCIVIL_03/DECRETO-LEI/DEL5452.HTM;

BRASIL. Instrução Normativa nº 2, de 2008. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/orientacao>;

BRASIL. Instrução Normativa nº 2, de 2008. e a Orientação Normativa nº 25 Disponível em: <http://www.agu.gov.br/orientacao>;

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666compilado.htm;

Moreira, Jorge Alexandre. Repactuação de contratos de prestação de serviços de execução continuada. Disponível em http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/218294. Acesso em 15 de junho de 2017;

_____. Advocacia Geral da União. Termo de Contrato - Modelo para Pregão Eletrônico: Serviços Contínuos sem dedicação de mão de obra exclusiva. Disponível em: http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/244969

NOTAS:

[1] Art. 57. A duração dos contratos regidos por esta Lei ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, exceto quanto aos relativos: (...) II - à prestação de serviços a serem executados de forma

contínua, que poderão ter a sua duração prorrogada por iguais e sucessivos períodos com vistas à obtenção de preços e condições mais vantajosas para a administração, limitada a sessenta meses;

[2] Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de: I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado(...)§ 1º As cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos administrativos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado.§ 2º Na hipótese do inciso I deste artigo, as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual.

[3] Moreira, Jorge Alexandre. Repactuação de contratos de prestação de serviços de execução continuada, p. 8.

[4] Art. 38. O interregno mínimo de 1 (um) ano para a primeira repactuação será contado a partir: I - da data limite para apresentação das propostas constante do instrumento convocatório, em relação aos custos com a execução do serviço decorrentes do mercado, tais como o custo dos materiais e equipamentos necessários à execução do serviço; ou (Redação dada pela Instrução Normativa nº 3, de 16 de outubro de 2009) II - **da data do acordo, convenção ou dissídio coletivo de trabalho ou equivalente, vigente à época da apresentação da proposta, quando a variação dos custos for decorrente da mão-de-obra e estiver vinculada às datas-base destes instrumentos.** (Redação dada pela Instrução Normativa nº 3, de 16 de outubro de 2009)

[5] ORIENTAÇÃO NORMATIVA Nº 25 "NO CONTRATO DE SERVIÇO CONTINUADO COM DEDICAÇÃO EXCLUSIVA DE MÃO DE OBRA, O INTERREGNO DE UM ANO PARA QUE SE AUTORIZA A REPACTUAÇÃO DEVERÁ SER CONTADO DA DATA DO ORÇAMENTO A QUE A PROPOSTA SE REFERIR, ASSIM ENTENDIDO O ACORDO, CONVENÇÃO OU DISSÍDIO COLETIVO DE TRABALHO, PARA OS CUSTOS DECORRENTES DE MÃO DE OBRA, E DA DATA LIMITE PARA A APRESENTAÇÃO DA PROPOSTA EM RELAÇÃO AOS DEMAIS INSUMOS."

[6] Termo de Contrato - Modelo para Pregão Eletrônico: Serviços Contínuos sem dedicação de mão de obra exclusiva in http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/244969

CONSIDERAÇÕES SOBRE A APOSENTADORIA ESPECIAL DO SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL

RAPHAEL RODRIGUES VALENÇA DE OLIVEIRA:
Graduado e Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Advogado. Autor de obras jurídicas.

RESUMO: O presente trabalho propõe analisar o surgimento, o desenvolvimento e a atual posição jurisprudencial e administrativa do instituto da aposentadoria especial do servidor público federal, responsável por garantir ao agente público a possibilidade de adquirir o benefício previdenciário com a contagem diferenciada do tempo de serviço, consoante previsto no art. 40 art. 40, § 4º, III, da Constituição Federal de 1988. Apesar de ter adquirido sua última roupagem a quase duas décadas, com o advento da Emenda Constitucional n. 20, de 1998, muita polêmica ainda paira sobre o tema, de maneira que um estudo mais aprofundado do instituto se mostra imprescindível, justamente para evitar que, sob o pretexto de se instrumentalizar uma reparação ao servidor submetido a condições insalubres e nocivas no exercício do seu labor, seja ele aplicado sem qualquer parâmetro, porquanto, como será demonstrado, tanto a jurisprudência quanto a própria Administração Pública Federal modificaram a forma de visualização e efetivação da aludida espécie previdenciária por diversas vezes, gerando insegurança jurídica e incertezas. Estabelecidas as condições necessárias para a aplicação do direito à aposentadoria especial, este poderá ser ponderado à luz das interpretações judiciais, administrativas e autênticas nas mais diversas situações, com o intuito sempre de que a Administração Pública busque ser justa e transparente, especialmente, para com seus agentes.

PALAVRAS-CHAVE: administração pública, servidor estatutário, aposentadoria especial.

SUMÁRIO: 1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA. 2. DA APOSENTADORIA ESPECIAL DO SERVIDOR PÚBLICO CIVIL FEDERAL. 2.1. DO SISTEMA DE PESSOAL CIVIL DA ADMINISTRAÇÃO FEDERAL (SIPEC). 2.2. DO CONCEITO DE APOSENTADORIA ESPECIAL DO SERVIDOR PÚBLICO CIVIL FEDERAL. 2.3. DA ORIENTAÇÃO NORMATIVA Nº 16, DE 23 DE DEZEMBRO DE 2013. 2.4. EFICÁCIA DA NORMA NO TEMPO. 2.5. DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS PARA CONCESSÃO DA APOSENTADORIA ESPECIAL. 3. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

O ordenamento jurídico pátrio nem sempre previu a figura da aposentadoria especial destinada ao servidor público.

Hodiernamente, o direito à contagem diferenciada do tempo de serviço conferido aos servidores públicos titulares de cargos efetivos (CF, art. 37, II) que laboram em condições prejudiciais à saúde ou à integridade física, conforme estabelece o art. 40, § 4º, III, da Constituição Federal, foi acrescido pela Emenda Constitucional nº 47 de 2005.

Antes disso, o embrião da espécie previdenciária em comento remonta ao ano de 1960, época da publicação da Lei 3.807/60, Lei Orgânica da Previdência Social, a qual exigia como requisitos para sua concessão, temporalmente, o mínimo de 50 (cinquenta) anos de idade e 15 (quinze) anos de contribuições, desde que o contribuinte tivesse exercido durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, atividade profissional que fossem consideradas penosas, insalubres ou perigosas, discriminadas mediante Decreto do Poder Executivo.

Com o advento da Lei 5.440-A, o requisito idade, que era de 50 (cinquenta) anos para a aposentadoria especial, foi suprimido, bem como por meio da Lei 5.890/73.

Em 1988, a Constituição Federal tratou do benefício, regulando-o no seu art. 202, II, sendo concedida a aposentadoria ao homem após 35 (trinta e cinco) anos de trabalho e 30 (trinta) anos para a mulher, ou em tempo inferior, se sujeitos a trabalho sob condições especiais, que prejudiquem a saúde ou a integridade física, definidas em lei.

A Carta Maior trouxe ainda em seu seio o artigo 40, regulamentando a aposentadoria do servidor público, versando no seu §1º que lei complementar estabelecerá exceções aos casos de aposentadoria do servidor por tempo de serviço ou por idade caso este exercesse atividades consideradas penosas, insalubres ou perigosas.

Ocorre que, no ano de 1998 foi publicada a Emenda Constitucional nº 20, que modificou a redação dos dispositivos citados. Assim, o art. 40 da CF, passou a prever adoção de requisitos e critérios diferenciados para concessão de aposentadoria do servidor público, “ressalvados os casos de atividades exercidas exclusivamente sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, definidos em lei complementar.” (vide § 4º, art. 40 CF).

Com tal alteração, a definição de quais seriam as condições especiais prejudiciais à saúde ou à integridade física, suficientes para promover a aposentadoria diferenciada, seriam objeto de lei complementar, até hoje não editada.

Nesse diapasão, eis que foi promulgada a Emenda nº 47/2005, que deu a atual redação do art. 40, §4º, prevendo, no inciso III, a hipótese de concessão de aposentadoria especial aos servidores que exerçam suas atividades em condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física.

A despeito de tal emenda ter ratificado o direito do servidor público à aposentadoria especial, deu continuidade ao já previsto, ou seja, o texto maior continuou tendo norma de eficácia limitada no que tange a regulamentação do benefício em estudo, haja vista que não trouxe no seu bojo quais seriam tais “condições especiais”, deixando-as a encargo de lei complementar ainda não editada.

Ante esse cenário, foram impetrados diversos Mandados de Injunção, perante o STF, com o escopo de obter provimento judicial que ateste a lacuna legislativa impeditiva do exercício ao direito da aposentadoria especial.

Adentra-se, ao estudo das posições adotadas tanto pela jurisprudência, doutrina, quanto Administração Pública Federal, essa última, representada pelo Sistema de Pessoal Civil da Administração Federal (SIPEC), órgão unificador dos posicionamentos da União em matéria de servidor público.

2. DA APOSENTADORIA ESPECIAL DO SERVIDOR PÚBLICO CIVIL FEDERAL

2.1. DO SISTEMA DE PESSOAL CIVIL DA ADMINISTRAÇÃO FEDERAL (SIPEC)

A celeuma debatida envolve fora objeto de inúmeros posicionamentos da Administração Pública Federal, porquanto inúmeros servidores pleitearam administrativamente o direito à aposentadoria especial.

Nesse sentido, a solução jurídica apresentada pela União detinha como parâmetro os entendimentos cristalizados pelo órgão central do Sistema de Pessoal Civil da Administração Federal (SIPEC), em razão da deferência dos órgãos da administração pública federal aos comandos definidos por este, tais como as definições constantes em Orientações Normativas, Instruções Normativas e atos correlatos.

Por se tratar de matéria relativa à servidor público, cumpre ressaltar que a Secretaria de Gestão Pública do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão MPDG - SEGEP/MPDG, como órgão central do SIPEC, é a responsável por exercer a competência normativa em matéria de pessoal civil no âmbito da administração federal direta e indireta, competência esta que foi centralizada em um único órgão com o objetivo de conferir uniformidade no trato de assuntos diversos no âmbito da Administração Pública Federal, com o fito de evitar a produção de opiniões isoladas e até mesmo conflitantes sobre um mesmo tema.

No presente caso, a questão pode ser subdividida em: (i) do direito ao abono de permanência para aqueles que tiverem direito à aposentadoria especial com fundamento no art. 57 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, aplicável por força da Súmula Vinculante nº 33 ou por ordem concedida em mandado de injunção; (ii) da contagem diferenciada do tempo de serviço em que os servidores foram submetidos à trabalhar em condições insalubres para que sejam convertidas em tempo especial para fins de aposentadoria; (iii) requisitos para concessão da aposentadoria especial.

Para melhor clarificar o tema, traçaremos um histórico sobre a questão da aposentadoria especial do servidor público, objeto da edição da Súmula Vinculante nº 33 do STF.

2.2. DO CONCEITO DE APOSENTADORIA ESPECIAL DO SERVIDOR PÚBLICO CIVIL FEDERAL.

Como já salientado, a aposentadoria especial surgiu no nosso ordenamento jurídico na década de 60, por intermédio da Lei 3.807/60 (LOPS), entretanto, tal norma não trouxe o conceito expresso do benefício, elencando apenas os requisitos para sua concessão, sobretudo no que tange as atividades enquadradas para outorga da aposentadoria, constantes somente em 1964, através do Decreto 53.831, que criou um quadro anexo prevendo tais atividades.

Ainda com a promulgação da Carta de 1988, o conceito de aposentadoria especial não fora legalmente expresso, sendo posteriormente tratado na Lei 8.213/91, artigos 57 e 58, precisamente.

Em razão da carência conceitual da lei, a doutrina tratou de abordá-lo, como Martins (2012, p. 358) o fizera:

“Aposentadoria especial é o benefício previdenciário decorrente do trabalho realizado em condições prejudiciais à saúde ou à integridade física do segurado, de acordo com a previsão da lei. Trata-se de um benefício de natureza extraordinária, tendo por objetivo compensar o trabalho do segurado que presta serviços em condições adversas à sua saúde ou que desempenha atividades com riscos superiores aos normais.”

Observados os requisitos legais e a posição doutrinária em relação ao tema, denota-se a preocupação do legislador em garantir àquele contribuinte que preste atividade laboral em condições especiais, durante determinado tempo, que possam prejudicar, fragilizar ou até mesmo comprometer permanentemente sua saúde ou integridade física, uma redução especial de tempo de serviço para assegurar o seu direito a aposentar-se, tratando-se de medida protetiva e assecuratória dos direitos fundamentais.

No âmbito da legislação federal, a Lei 8.112/90 instituiu o Regime Jurídico Único - RJU para os Servidores Públicos Cíveis Federais da administração federal direta, autárquica e fundacional, tendo o art. 243 determinado que os "*empregados públicos*", até então submetidos ao regime CLT, fossem transpostos

para serem regidos também por este novo regime próprio de previdência, enquadrando-se como "*servidores públicos federais*".

Sempre foram intensas as discussões acerca da previsão constitucional da aposentadoria especial, inculpada no art. 40, § 4º, III da Constituição Federal, prevalecendo, durante anos, o entendimento jurisprudencial que de se tratava de norma **constitucional de eficácia limitada**, carente, por tanto, de regulamentação legal.

No entanto, ocorreram diversos precedentes jurisprudenciais desfavoráveis à Administração Pública Federal, fundamentados no entendimento de que "*todo aquele que foi compulsoriamente transmutado de regime jurídico-funcional, como ocorreu com os servidores públicos federais, não poderia ter alijado de seu patrimônio jurídico o tempo exercido em condições especiais, já reconhecido pela legislação vigente à época em que o trabalho foi realizado*".

Ante a ampliação da discussão pertinente sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal, no Mandado de Injunção nº 880/2008, decidiu suprir a falta da norma regulamentadora, disposta no § 4º do art. 40 da Constituição Federal, reconhecendo a inércia legislativa para a regulamentação do referido dispositivo constitucional e, determinando, para fins de superação da omissão, a aplicação à hipótese do disposto no art. 57 da Lei nº 8.213/91, a fim de tornar viável o exercício do direito dos impetrantes à aposentadoria especial, *in verbis*:

"Julgo parcialmente procedente o pedido deste mandado de injunção, para, reconhecendo a falta de norma regulamentadora do direito à aposentadoria especial dos servidores públicos, remover o obstáculo criado por essa omissão e, supletivamente, tornar viável o exercício, pelos substituídos neste mandado de injunção, do direito consagrado no artigo 40, § 4º, da Constituição do Brasil, nos termos do artigo 57 da Lei n. 8.213/91."(MI nº 880/DF, Relator Ministro Eros Grau)

Com o propósito de conferir maior segurança e explicitar o conteúdo do entendimento adotado pelo STF, foi publicada em 24 de abril de 2014, Súmula

Vinculante nº 33, aprovada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) na sessão plenária de 09 de abril de 2014, que contém a seguinte redação:

"Súmula Vinculante 33. Aplicam-se ao servidor público, no que couber, as regras do regime geral da previdência social sobre aposentadoria especial de que trata o artigo 40, § 4º, inciso III da constituição federal, até a edição de lei complementar específica."

Cumpra observar que as súmulas vinculantes devem ser obrigatoriamente observadas pelos órgãos do Poder Judiciário e pela **administração pública direta e indireta**, nas esferas federal, estadual e municipal, nos termos do art. 103-A da Constituição Federal.

A citada Súmula foi aprovada pelo STF após reiteradas decisões em sede de mandado de injunção, as quais determinavam que, enquanto não editada a lei complementar de que trata o § 4º, inciso III, do art. 40, da Constituição, a Administração deveria analisar o pleito de aposentadoria especial do servidor público de acordo com as normas do Regime Geral de Previdência Social (RGPS), aplicando-as, no que for pertinente.

Com efeito, a concessão do Mandado de Injunção nº 880/2008 objetivou suprir lacuna legislativa, a fim de viabilizar a concessão de aposentadoria especial para quem não se aposentou por falta de norma regulamentadora e não, para proporcionar outras melhorias nas aposentadorias dos servidores, não previstas constitucionalmente.

Quando da publicação da Súmula Vinculante 33, destaca-se que, nenhum dos precedentes que fundamentaram a sua edição, debateram a questão do recebimento do abono de permanência por parte do servidor.

A propósito, a Súmula Vinculante nº 33/STF tratou apenas da aposentadoria especial, nos termos do art. 57 da Lei nº 8.213, de 1991. Veja-se o contido no Ag.Reg. no Mandado de Injunção 1.596/ Distrito Federal:

"O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI
(RELATOR):

1. Ao julgar os Mandados de Injunção 721 e 758 (Min. Marco Aurélio, DJe de 30/11/2007 e DJe de 26/09/2008), o Plenário do STF reconheceu a existência de omissão legislativa no tocante à regulamentação do disposto no art. 40, § 4º, da Constituição. Ficou decidido que, inexistindo disciplina específica na legislação infraconstitucional sobre a aposentadoria especial do servidor público sujeito a condições especiais de trabalho, a omissão deverá ser suprida mediante a aplicação do art. 57, § 1º, da Lei 8.213/91, que trata do plano de benefício dos trabalhadores vinculados ao Regime Geral de Previdência Social – RGPS.

1. Ainda segundo a jurisprudência firmada no STF, **não se admite a conversão de períodos especiais em comuns, mas apenas a concessão da aposentadoria especial mediante a prova do exercício de atividades exercidas em condições nocivas.** Apesar de ser permitida no RGPS, no serviço público é expressamente vedada a contagem de tempo ficto, com fundamento no art. 40, § 10, da Constituição (“A lei não poderá estabelecer qualquer forma de contagem de tempo de contribuição fictício”). Nesse sentido: MI 3875 AgR/RS, Pleno, rel. Min. Cármen Lúcia, j. 09/06/2011, DJe 03/08/2011. A decisão proferida no MI 1967 transitou em julgado no dia 19/09/2012, e reconheceu o direito à aposentadoria especial dos servidores públicos portadores de deficiência: (...)” (grifo nosso)

Contudo, no dia 15 de abril de 2016, no julgamento do ARE 954.408 RG/RS, o Supremo Tribunal Federal (STF), em sede de repercussão geral (tema 888), decidiu que é legítimo o pagamento do abono de permanência previsto no art. 40, § 19, da Constituição Federal ao servidor público que opte por permanecer em atividade após o preenchimento dos requisitos para a concessão da aposentadoria voluntária especial (art. 40, § 4º, da Carta Magna):

Ementa: ADMINISTRATIVO E PREVIDENCIÁRIO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. SERVIDOR PÚBLICO EM ATIVIDADE APÓS O PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DE APOSENTADORIA VOLUNTÁRIA ESPECIAL. CONCESSÃO DO ABONO DE PERMANÊNCIA. LEGITIMIDADE. 1. É legítimo o pagamento do abono de permanência previsto no art. 40, § 19, da Constituição Federal ao servidor público que opte por permanecer em atividade após o preenchimento dos requisitos para a concessão da aposentadoria voluntária especial (art. 40, § 4º, da Carta Magna). 2. Agravo conhecido para negar provimento ao recurso extraordinário, com o reconhecimento da repercussão geral do tema e a reafirmação da jurisprudência sobre a matéria. (ARE 954408 RG, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, julgado em 14/04/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-077 DIVULG 20-04-2016 PUBLIC 22-04-2016)

Assim, a discussão sobre a permissão para o pagamento de abono de permanência, em razão da interpretação judicial, foi, enfim, pacificada, fato ensejador, inclusive, de adequações normativas por parte da Administração, conforme será enfrentado adiante, quando da análise da Orientação Normativa nº 16 de 2013.

2.3. DA ORIENTAÇÃO NORMATIVA Nº 16, DE 23 DE DEZEMBRO DE 2013.

Convém, no presente momento, apresentar breve contexto histórico relativo à tratativa da aposentadoria especial por parte da Administração Pública Federal. A extinta Secretaria de Recursos Humanos-SRH, do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, na condição de órgão central do SIPEC, editou a Orientação Normativa nº 3, de 18.05.2007, acolhendo o entendimento dado pela Corte de Contas para reconhecer o direito à contagem especial de tempo de serviço para efeito de aposentadoria, orientando fosse observada as tabelas de conversão utilizadas no RGPS.

Posteriormente, foi editada a Orientação Normativa SRH/MP nº 7, de 20 de novembro de 2007, uniformizando os procedimentos a serem adotados para comprovação do tempo de serviço celetista. Trataram também do mesmo tema a Orientação Normativa SRH nº 6, de 21 de junho de 2010 e Orientação Normativa nº 10, de 5 de novembro de 2010.

Por imperativo legal, o órgão central do SIPEC deve convergir os seus entendimentos previdenciários aos estabelecidos pelo Ministério da Previdência Social, o qual é responsável pela orientação, supervisão e o acompanhamento dos regimes próprios dos servidores públicos, conforme estabelece art. 9º, I, da Lei nº 9.717, de 1998.

Coube então, ante a ausência de norma específica para a Aposentadoria Especial do Servidor Público, mormente em relação à instrução e análise dos processos que visam ao reconhecimento do direito à aposentadoria especial com fundamento no art. 57 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, aplicável por força da Súmula Vinculante nº 33 ou por ordem concedida em mandado de injunção, à atual Secretaria de Gestão de Pessoas-SEGEP, atuar como órgão central do SIPEC, editando a Orientação Normativa SEGEP/MP nº 16, de 23 de dezembro de 2013, a qual estabelece orientações quanto "*aos procedimentos administrativos necessários à instrução e à análise dos processos que visam ao reconhecimento do direito à aposentadoria especial com fundamento no art. 57 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, aplicável por força da Súmula Vinculante nº 33 ou por ordem concedida em mandado de injunção.*"

2.4. EFICÁCIA DA NORMA NO TEMPO.

Em relação à aplicação das orientações normativas, verifica-se que, caso o requerimento do servidor postulante date de período posterior à vigência da Orientação Normativa SEGEP/MPOG nº 16, de 23/12/2013, publicada em 24/12/2013 no Diário Oficial da União, resta indiscutível a incidência da mesma ao pedido instrumentalizado ser observada no processamento do requerimento do servidor, considerando a observância obrigatória das normas produzidas nesse rito, em respeito ao art. 17 da Lei nº 7.923/89:

"Lei nº 7.923/89

Art. 17. Os assuntos relativos ao pessoal civil do poder Executivo, na Administração Direta, nas autarquias, incluídas as em regime especial, e nas fundações públicas, são da competência privativa dos Órgãos integrantes do Sistema de Pessoal Civil da Administração Federal - Sipec, observada a orientação normativa do Órgão Central do Sistema, revogadas quaisquer disposições em contrário, inclusive as de leis especiais.

Parágrafo único. A orientação geral firmada pelo Órgão Central do SIPEC tem caráter normativo, respeitada a competência da Consultoria-Geral da República e da Consultoria Jurídica da Seplan." (g.n.)

Desta forma, os procedimentos administrativos necessários à instrução e à análise dos processos que visam ao reconhecimento do direito à aposentadoria especial com fundamento no art. 57 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, aplicável por força da Súmula Vinculante nº 33 ou por ordem concedida em mandado de injunção, uma vez estabelecidos por órgão do SIPEC, devem ser observados por todos os órgãos integrantes da Administração Pública Federal.

2.5. DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS PARA CONCESSÃO DA APOSENTADORIA ESPECIAL.

É cediço que para o servidor ter direito ao reconhecimento à aposentadoria especial, no âmbito administrativo federal, faz-se imprescindível obedecer aos requisitos constantes da ON nº 16/2013. Colaciona-se o preconizado no artigo 10 da norma mencionada:

Art. 10. A caracterização e a comprovação do tempo de serviço público prestado sob condições especiais obedecerão ao disposto na legislação em vigor à época do exercício das atribuições do cargo ou emprego público.

§1º O reconhecimento de tempo de serviço público prestado sob condições especiais,

prejudiciais à saúde ou à integridade física, dependerá de comprovação do exercício das atribuições do cargo ou emprego público nessas condições, de modo permanente, não ocasional ou intermitente.

§2º Não será admitida prova exclusivamente testemunhal ou apenas a comprovação da percepção de adicional de insalubridade ou periculosidade ou gratificação por trabalhos com Raios-X ou substâncias radioativas para fins de comprovação do tempo de serviço público prestado sob condições especiais.

Dessa forma, quanto ao pedido concernente à aposentadoria especial, não basta o preenchimento parcial dos requisitos, a exemplo de servidor que apega-se ao recebimento de adicional de insalubridade ou periculosidade que, por esse único motivo, acredita estar comprovando o direito à aposentadoria especial, fato que, isoladamente, caracteriza tão somente mero indício de preenchimento de um dos requisitos.

Nessa senda, exige-se, por exemplo, do servidor que apresente Laudo Técnico de Condições Ambientais do Trabalho (LTCAT), conforme Anexo VII da ON nº 16/2013, ou mesmo parecer da perícia médica, em relação ao enquadramento por exposição a agentes nocivos, na forma do art. 17 da mesma orientação normativa.

VIII - DA IMPOSSIBILIDADE DE CONTAGEM DIFERENCIADA DO TEMPO DE SERVIÇO. APLICAÇÃO DA ON Nº 16/2003 E NOTAS TÉCNICAS Nº 195/2015/CGEXT/DENOP/SEGEP/MP E Nº 318/2013/CGNOR/DENOP/SEGEP/MP.

Outro importante aspecto de grande debate reside na contagem diferenciada do tempo de serviço em que o servidor foi submetido à condições nocivas à sua saúde, porquanto, se assim fosse deferida, poderia modificar o intervalo de labor com a utilização do fator de multiplicação 1,4, para fins de aposentadoria comum.

Embora de veras polêmico na doutrina e jurisprudência de outrora, atualmente, o posicionamento que tem prevalecido é o de que tal pretensão encontra óbice, inicialmente, de pronto, na própria na Constituição Federal, especificamente arts. 40, § 4º e §10, conforme reproduz-se:

Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo:

(...)

§ 4º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata este artigo, ressalvados, nos termos definidos em leis complementares, os casos de servidores:

III - cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física.

(...)

§ 10 - A lei não poderá estabelecer qualquer forma de contagem de tempo de contribuição fictício.

Ademais, em segundo lugar, ofende ao materializado nas Leis Federais nº 8.112 (art. 186), de 11 de dezembro de 1990, e nº 6.226 (art. 4º), de 14 de julho de 1975:

LEI nº 8.112

Art. 186. O servidor será aposentado:

(...)

§ 2º Nos casos de exercício de atividades consideradas insalubres ou perigosas, bem como nas hipóteses previstas no art. 71, a aposentadoria de que trata o inciso III, "a" e "c", **observará o disposto em lei específica.** (g.n.)

LEI nº 6.226

Art. 4º Para efeitos desta Lei, o tempo de serviço ou de atividades, conforme o caso, será computado de acordo com a legislação pertinente, observadas as seguintes normas:

I - Não será admitida a contagem de tempo de serviço em dobro ou em outras condições especiais;

Ato contínuo, o Tribunal de Contas da União (TCU) também possui entendimento sumulado em sentido contrário ao pedido da contagem diferenciada:

SÚMULA Nº 245 - TCU

Não pode ser aplicada, para efeito de aposentadoria estatutária, na Administração Pública Federal, a contagem ficta do tempo de atividades consideradas insalubres, penosas ou perigosas, com o acréscimo previsto para as aposentadorias previdenciárias segundo legislação própria, nem a contagem ponderada, para efeito de aposentadoria ordinária, do tempo relativo a atividades que permitiriam aposentadoria especial com tempo reduzido.

Por fim, tanto a ON nº 16/2003 como as NOTAS TÉCNICAS Nº 195/2015/CGEXT/DENOP/SEGEP/MP e Nº 318/2013/CGNOR/DENOP/SEGEP/MP também vedam a contagem de tempo diferenciada:

ON nº 16/2003

Capítulo IV

DA CONVERSÃO DE TEMPO ESPECIAL EM
TEMPO COMUM

Art. 24. **É vedada a conversão do tempo de serviço exercido em condições especiais em tempo comum para obtenção de aposentadoria e abono de permanência.** (Redação dada pela Orientação Normativa nº 5, de 2014) Capítulo V

DAS DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 25. **É vedada a contagem e a averbação de tempo de serviço com base no art. 57 da Lei nº 8.213, de 1991, para futuro pedido de aposentadoria especial.**

NOTA TÉCNICA Nº
195/2015/CGEXT/DENOP/SEGEP/MP

5. Assim, os arts. 24 e 25 da Orientação Normativa nº 16, de 2014, **vedam**, respectivamente, a conversão do tempo de serviço exercido em condições especiais em tempo comum para obtenção de aposentadoria e abono de permanência e, a contagem e a averbação de tempo de serviço com base no art. 57 da Lei nº 8.213, de 1991, para futuro pedido de aposentadoria especial

NOTA TÉCNICA Nº
318/2013/CGNOR/DENOP/SEGEP/MP

CAPITULO IV - DA CONVERSÃO DE TEMPO
ESPECIAL EM TEMPO COMUM

36. Neste capítulo se estabelece de forma expressa a **vedação da conversão do tempo de serviço exercido em condições especiais em tempo**

comum para obtenção de aposentadoria especial e de abono de permanência, salvo expressa disposição em contrário da decisão judicial no caso concreto e no respectivo parecer de força executória.

37. Essa determinação alinha-se ao entendimento jurisprudencial dominante na Suprema Corte. Transcrevam-se excertos esclarecedores da manifestação da CONJUR/MP quando da análise desta ON:

15. É imperioso consignar que o entendimento no sentido de que o art. 40, §4º, III, da Carta Magna não garante a contagem de tempo de serviço diferenciada ao servidor público, mas, tão somente, o efetivo gozo da própria aposentadoria, foi reafirmado pelo Plenário da Suprema Corte com o encerramento, na sessão de 6/3/2013, do julgamento conjunto de agravos regimentais e embargos declaratórios interpostos nos seguintes Mandos de Injunção: 2.123/DF, 2.370/DF, 2.394/DF, 2.508/DF, 2.591/DF, 2.801/DF, 2.809/DF, 2.847/DF, 2.914/DF, 2.965/DF E 2.967/DF. Transcreva-se notícia veiculada no informativo STF 697:

“Não se extrai da norma contida no art. 40, §4º, III, da CF (‘Art. 40 § 4º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata este artigo, ressalvados, nos termos definidos em leis complementares, aos casos de servidores: ... III – cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física) a existência de dever constitucional de legislar acerca do reconhecimento à contagem diferenciada e da averbação de tempo de serviço prestado por servidores públicos em condições

prejudiciais à saúde e à integridade física. Ao reafirmar esse orientação, o Plenário, por maioria, deu provimento a agravo regimento interposto, pela União, de decisão do Min. Marco Aurélio, em mandado de injunção do qual relator. Na ocasião, este assentara o direito do impetrante à contagem diferenciada do tempo de serviço prestado em condições insalubres, com observância diferenciada do tempo de serviço prestado em condições insalubres, com observância do sistema do regime geral de previdência social (Lei 8.213/91, art. 57), para fins de aposentadoria de que cogitaria o § 4] do art. 40 da CF, cabendo ao órgão a que integrado o exame do atendimento ao requisito “tempos de serviço” v. Informativo 633. Destacouse que a jurisprudência da Corte limitar-se-ia à pronuncia do direito à aposentadoria especial dos servidores públicos. (...) Com base nas razões acima expedidas, o Plenário, por maioria, deu provimento a agravos regimentais julgados em conjunto, nos quais se discutia a possibilidade, ou não, de contagem diferenciada de tempo de serviço prestado em decorrência de atividade exercidas em trabalho especial (grifo nosso).

16. Acerca do referido tema, o MM. Ministro Teori Zavaski, em recente decisão, Mandado de injunção 5967 DF, asseverou que [...] segundo a jurisprudência firmada no STF, não se admite a conversão de períodos especiais em comum, mas apenas a concessão da aposentadoria especial mediante a prova do exercício de atividade exercida em condições nocivas. **Apesar de ser permitida no RGPS, no serviço público é expressamente vedada a contagem de tempo ficto, com fundamento no art. 40, § 10, da Constituição** (A lei não poderá

estabelecer qualquer forma de contagem de tempo de contribuição fictício).

No mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal possui os seguintes precedentes: MI 1.208 ED/DF, Pleno, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, j. 06/03/2013; RE 949.984/SC, Rel. Min. GILMAR MENDES, j. 14/03/2016 e MI 6.563/DF, Rel. Min. EDSON FACHIN, j. 08/03/2016.

Cumprido destacar que o tema também será objeto de exame no RE 612.358/ES, com autos conclusos à relatora, Min. Rosa Weber.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto e da inegável importância do instituto da aposentadoria especial, ainda que benefícios previdenciários sejam objeto de constantes tentativas de flexibilizações pelos legisladores ordinários, não resta dúvidas de que as tendências esposadas pelas experiências concretas emanadas dos julgados apresentados ou das normativas destacadas da Administração Pública Federal de que, a despeito de ainda iniciais, confluem para a harmonização das visões entre o Poder Executivo, Judiciário e Legislativo.

Há poucos anos, o servidor para ter direito à análise do seu pedido atinente ao direito à aposentadoria especial tinha que, obrigatoriamente, materializar sua pretensão judicialmente.

Hoje, como pontuado, existem inúmeras diretrizes normativas para que o autor possa subsidiar e pleitear seu benefício no âmbito da Administração Pública Federal.

Urge ressaltar ainda, o papel de ativismo da Corte Suprema ao prezar pela aplicabilidade e efetividade das normas constitucionais de eficácia limitada, vez que, em obediência ao primado da igualdade, a CF não poderia excluir tal direito dos servidores públicos, ainda que tenha omitido-se quanto à especificidade das atividades consideradas especiais, destinando à lei complementar o trato da matéria.

Resta demonstrado, novamente, que a omissão formal legislativa não pode sobrepor-se à efetividade e concretude de direitos fundamentais.

4 REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BRASIL. Constituição (1967). Emenda Constitucional n. 18, de 30 de junho de 1981. Dispensou tratamento diferenciado à atividade de magistério. Disponível em: . Acesso em: 20 maio 2017.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil, 1988. Disponível em: . Acesso em 20 maio 2017.

_____. Emenda Constitucional n. 20, de 15 de dezembro de 1998. Estende prazo de vigência dos arts. 57-58 da Lei n. 8.213/1991. Disponível em: . Acesso em 20 maio 2017.

BRASIL. Decreto Federal n. 3.048, de 6 de maio de 1999. Disponível em: . Acesso em: 20 maio 2017.

_____. Decreto Federal n. 53.831, de 1964. Disponível em: . Acesso em: 20 maio 2017

_____. Lei Federal n. 7.783, de 28 de junho de 1989. Disponível em: . Acesso em: 20 maio 2017.

_____. Lei Federal n. 8.213, de 24 de julho de 1991. Disponível em: . Acesso em: 20 maio 2017.

_____. Lei Federal n. 9.394, de 1996. Disponível em: . Acesso em: 20 maio 2017.

BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Secretaria de Recursos Humanos. Orientação Normativa MPOG/SRH n. 10, de 5 de novembro de 2010. DOU, 8 nov. 2010. Disponível em: . Acesso em: 20 maio 2017.

BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Secretaria de Recursos Humanos. Orientação Normativa MPOG/SRH n. 16, de 23 de dezembro de 2013. DOU, 24 dez. 2013. Disponível em: . Acesso em: 20 maio 2017

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. Recurso Especial n. 983.202/CE. Relatora: Min. Laurita Vaz. DJe, de 20 set. 2010. Disponível em: . Acesso em: 20 maio. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. Agravo Regimental em Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 24.208/ES. Relatora: Min. Maria Thereza de Assis Moura. DJe, de 9 mar. 2011. Disponível em: . Acesso em: 20 maio 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Mandado de Injunção n. 1.169/DF, Relatora: Min. Cármen Lúcia. DJe, de 22 ago. 2011. Disponível em: . Acesso em: 20 maio 2017.

_____. Agravo Regimental no Mandado de Injunção n. 2.518/DF. Relatora: Min. Cármen Lúcia. DJe, de 13 maio 2011. Disponível em: . Acesso em: 20 maio 2017.

_____. Agravo Regimental no Mandado de Injunção n. 3.712/DF. Relatora: Min. Cármen Lúcia. DJe, de 3 ago. 2011. Disponível em: . Acesso em: 20 maio 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Embargos de Declaração no Mandado de Injunção n. 1.194/DF. Relator: Min. Celso de Mello. DJe, de 25 maio 2011. Disponível em: . Acesso em: 20 maio 2017.

_____. Embargos de Declaração no Mandado de Injunção n. 1.286/DF. Relatora: Min. Cármen Lúcia. DJe, de 19 fev. 2010. Disponível em: . Acesso em: 20 maio 2017.

_____. Embargos de Declaração no Mandado de Injunção n. 758/DF. DJe, de 14 maio 2010. Disponível em: . Acesso em: 20 maio 2017.

_____. Mandado de Injunção n. 1.083/DF. Relator: Min. Marco Aurélio. DJe, de 3 set. 2010. Disponível em: . Acesso em: 20 maio 2017.

_____. Mandado de Injunção n. 721/DF. Relator: Min. Marco Aurélio. DJe, de 30 nov. 2007. Disponível em: . Acesso em: 20 maio 2017.

_____. Mandado de Injunção n. 758/DF. Relator: Min. Marco Aurélio. DJe, de 26 set. 2008. Disponível em: . Acesso em: 20 maio 2017.

_____. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.667/DF. Relator: Min. Celso de Mello. DJU, 12 mar. 2004, p. 36. Disponível em: . Acesso em: 20 maio 2017.

_____. Reclamação n. 10.766/DF. Relator: Min. Celso de Mello. DJe, de 24 fev. 2011. Disponível em: . Acesso em: 20 maio 2017.

_____. Reclamação n. 11.599/PE. Relatora: Min. Ellen Gracie. DJe, de 12 ago. 2011. Disponível em: . Acesso em: 20 maio 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 205.194. Relator: Min. Sidney Sanches. DJU, de 11 out. 2001, p. 9.

_____. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 395.666/MG. Relator: Min. Eros Grau. DJU, de 2 dez. 2005, p. 8. Disponível em: . Acesso em: 20 maio 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 495.684/PA. Relatora: Min. Ellen Gracie. DJe, de 4 abr. 2011.

_____. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 528.343/DF. Relator: Min. Gilmar Mendes. DJe, de 30 nov. 2010. Disponível em: . Acesso em: 20 maio 2017.

_____. Recurso Extraordinário n. 207.282/RS. Relator: Min. Cezar Peluzo. DJe, de 19 mar. 2010. Disponível em: . Acesso em: 20 maio 2017.

_____. Recurso Extraordinário n. 392.559/RS. Relator: Min. Gilmar Mendes. DJ, de 3 mar. 2006, p. 91. Disponível em: . Acesso em: 20 maio 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.024. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. DJe, de 22 jun. 2007. Disponível em: . Acesso em: 20 maio 2017.

_____. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.106/MG. DJe, de 24 set. 2010. Disponível em: . Acesso em: 20 maio 2017.

_____. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.817/DF. Relatora: Min. Cármen Lúcia. DJe, de 3 abr. 2009. Disponível em: . Acesso em: 20 maio 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Reclamação n. 5.684/PE. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. DJe, de 15 ago. 2008. Disponível em: . Acesso em: 20 maio 2017.

_____. Agravo Regimental na Reclamação n. 5.926/SC. Relator: Min. Celso de Mello. DJe, de 13 nov. 2009. Disponível em: . Acesso em: 20 maio 2017.

_____. Agravo Regimental no Agravo Regimental no Mandado de Injunção n. 1.620. Relatora: Min. Cármen Lúcia. DJe, de 30 maio 2011. Disponível em: . Acesso em: 20 maio 2017.

_____. Agravo Regimental no Mandado de Injunção n. 1.967/DF, Relator: Min. Celso de Mello. DJe, de 28 out. 2011. Disponível em: . Acesso em: 20 maio 2017.

_____. Agravo Regimental no Mandado de Injunção n. 2.195/DF. Relatora: Min. Carmen Lúcia. DJe, de 18 mar. 2011. Disponível em: . Acesso em: 20 maio 2017.

_____. Embargos de Declaração em Mandado de Injunção n. 1.194/DF. Relator: Min. Celso de Mello. DJe, de 25 maio 2011. Disponível em: . Acesso em: 20 maio 2017

_____. Mandado de Injunção 1.083/DF. Relator: Min. Marco Aurélio. DJe, de 3 set. 2010. Disponível em: . Acesso em: 20 maio 2017.

_____. Mandado de Injunção n. 670/ES. Relator: Min. Gilmar Mendes. DJe, de 31 out. 2008. Disponível em: . Acesso em 20 maio 2017.

_____. Mandado de Injunção n. 708/DF. DJe, de 31 out. 2008. Disponível em: . Acesso em: 20 maio 2017.

_____. Mandado de Injunção n. 712/PA. DJe, de 31 out. 2008. Disponível em: . Acesso em: 20 maio 2017.

_____. Recurso Extraordinário n. 565.714/SP. Relatora: Min. Cármen Lúcia. DJe, 8 ago. 2008. Disponível em: . Acesso em: 20 maio 2017.

_____. Recurso Extraordinário n. 567.110/AC. Relatora: Min. Cármen Lúcia. DJe, de 11 abr. 2010. Disponível em: . Acesso em: 20 maio 2017

CAMPOS, Marcelo Barroso Lima Brito. **Regime próprio de previdência social dos servidores públicos**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2009.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 23.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Tratado de direito administrativo: princípios do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1972. 10 v.

DALLARI, Adilson Abreu. **Regime Constitucional dos Servidores Públicos**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992.

DINIZ, Paulo de Matos Ferreira. **Tudo Sobre a Reforma Administrativa e as Mudanças Constitucionais**. *Coletânea Administrativa Pública*. Brasília: Brasília Jurídica, v.4, 1998.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Servidores públicos na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 2011.

DIAS, Eduardo Rocha; MACEDO, José Leandro Monteiro de. **Nova previdência social do servidor público (de acordo com as Emendas Constitucionais 41/2003 e 47/2005)**. 3. ed. São Paulo: Método, 2010.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de direito previdenciário**. 16. ed. Niterói: Impetus, 2011.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Aposentadoria especial do servidor público**. São Paulo: LTr, 2011.

_____. **Comentários à lei básica da previdência social**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2006.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da seguridade social**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 29.ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MELLO, Sérgio Renato de. **Benefícios previdenciários**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

ROCHA, Daniel Machado da; BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. **Comentários à lei de benefícios da previdência social**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

A DENUNCIÇÃO DA LIDE NA VISÃO AMPLIATIVA E RESTRITIVA

RAUL CESAR JUNGES CARVALHO: formado na Universidade Federal de Santa Maria - UFSM, advogado, pós-graduado em Direito Previdenciário pela Universidade Anhanguera-UNIDERP, ex-servidor público do Instituto Nacional de Serviço Social - INSS.

Resumo: A denúncia da lide é um instituto legal previsto no artigo 125 do Código de Processo Civil. Há divergência doutrinária e jurisprudencial quanto à aplicação desta modalidade interventiva desde a vigência do Código de Processo Civil de 1973, que persiste com o advento do Novo Código de Processo Civil. De um lado posicionam-se os restritistas, que defendem que a denúncia da lide apenas pode ser admitida quando se estiver exercendo pretensão regressiva prevista em lei ou contratualmente, não podendo ser ingressado fundamento jurídico novo na ação incidental. De outro lado, figuram os ampliativos, entendendo que o citado artigo deve ser interpretado de forma a permitir a denúncia da lide em qualquer hipótese de ação regressiva.

Palavras-chaves: denúncia da lide; ampliativo; restritivo; divergência.

Sumário: 1 Introdução. 2 Implicações doutrinárias quanto ao instituto da denúncia da lide. 3 Princípios constitucionais (e) processuais aplicados à denúncia da lide. 3 Concepção doutrinária restritiva. 4 Concepção doutrinária ampliativa. 5 Conclusão. 6 Referências Bibliográficas.

1. Introdução

O processo civil, em seu bojo, objetiva a efetivação de direitos aos que a ele recorrem. A intervenção de terceiros é instrumento para esta efetivação, já que possibilita a extensão da relação jurídica a um terceiro – direta ou indiretamente – interessado.

Nesse contexto, a denúncia da lide é forma de intervenção de terceiros, em que o denunciante objetiva a inclusão de terceiro para compor o processo, com o intuito de liquidar na mesma lide a relação que porventura haja entre denunciante e denunciado. Requer, o denunciante, a reparação por parte do

denunciado dos possíveis prejuízos que o processo ocasionar, caracterizando-se como a efetivação de uma eventual ação regressiva em um único processo.

A partir de então, denota-se que a discussão doutrinária referente à admissibilidade ou não da denúncia da lide e sua extensão possui forte aplicação prática, sendo incontáveis os números de ações que trazem em seu interior esta problemática.

Nesse contexto, muitas obras de direito processual civil dedicam-se ao estudo do tema. Apesar disso, as obras, em maioria, limitam-se a adotar um ou outro posicionamento – ampliativo ou restritivo – de forma estanque.

Por tais motivos, este trabalho será dedicado a analisar de forma mais aprofundada a divergência, utilizando-se, para tanto, do método dedutivo de pesquisa bibliográfica. Partindo-se da análise da norma, princípios constitucionais e processuais, discussões doutrinárias e jurisprudenciais pretende-se obter uma conclusão ou orientação para o melhor posicionamento a ser adotado para solucionar a problemática.

2. Implicações doutrinárias quanto ao Instituto da denúncia da lide

Para adentrarmos na análise do instituto da denúncia da lide, faz-se necessário aferir premissas básicas, sendo que o processo é a fonte inicial do estudo deste tema.

Seja qual for o conflito existente no campo social ou a questão duvidosa a ser sanada, a forma judicial para que tais situações sejam resolvidas apresenta-se através do processo. Ou seja, define-se este como sendo o meio de solucionar os conflitos que nos são apresentados, é instrumento basilar e umbilical para o funcionamento da jurisdição.

Conforme bem leciona Ada Pellegrini Grinover e outros:

O processo é indispensável à função jurisdicional exercida com vistas ao objetivo de eliminar conflitos e fazer justiça mediante a atuação da vontade concreta da lei. É, por definição, o instrumento através do qual a

jurisdição opera (instrumento para a positivação do poder).[\[1\]](#)

De forma extremamente simplificada, o processo pode ser definido como a relação jurídico-processual entre as partes, a ser solucionada pelo Magistrado. Em uma esfera a parte que clama a solução e na outra àquela que é chamada para o confronto. Como ponta, compondo um triângulo, situa-se o Magistrado, sujeito imparcial, com a função precípua de mediar/solucionar a questão, aplicando a vontade do legislador ao caso concreto.

Em alguns casos, apesar de já composta a relação mínima entre demandante, demandado e Magistrado, a legislação autoriza a ampliação desta esfera subjetiva a um terceiro interessado – direta ou indiretamente. Tal extensão, permitindo o ingresso de outrem à relação, denomina-se como *intervenção de terceiros*.

Como o próprio nome do instituto já esclarece, a intervenção de terceiros permite que estranho à relação processual possa intervi-la; tornando-se, assim, uma nova parte no processo que já havia sido instaurado. O terceiro, como já dito, deve ser autorizado legalmente, legitimado para intervir no processo que se encontra pendente.

Historicamente, conforme o direito romano, em se tratando da figura do terceiro no processo civil, havia a primazia do princípio da singularidade. Assim, nos dois períodos iniciais do processo romano não se concebia com facilidade que terceiro pudesse participar de processo instaurado por outros. Já no direito germânico, de forma oposta, utilizavam-se do princípio da universalidade. Assim, baseado primordialmente pelo direito romano, mas temperado pelo princípio da universalidade, originou-se o instituto da intervenção de terceiros, em que a sentença é elaborada para vigor entre as partes do processo, mas que, por vezes, é cabível que haja ampliação desta relação.[\[2\]](#)

No processo civil, o instituto da intervenção de terceiros se concretiza por meio da *assistência, denúncia da lide, o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, amicus curiae e o chamamento ao processo*.

Atendo-se ao objetivo deste estudo, partimos diretamente para um estudo aprofundado da denunciação da lide. Esta é uma forma de intervenção de terceiros incitada por outrem – ou seja, o terceiro é chamado a integrar o processo através do denunciante.

Por meio da denunciação da lide é incluída ao processo uma demanda nova, sendo, assim, um incidente do processo[3]. Tendo a natureza jurídica de ação incidental, faz com que a sentença futuramente proferida no bojo do processo principal trate, além da relação entre demandante e demandado, da relação entre demandado (no caso, denunciante) e denunciado. Nas palavras de Cassio Scarpinella Bueno:

Não fosse pela denunciação da lide e o autor e/ou réu precisariam provocar novamente o Estado-juiz com vistas à prestação de tutela jurisdicional em seu favor, exercendo, neste caso, uma *nova* ação, dando ensejo a um *novo* processo. O instituto, destarte, é técnica de otimizar a prestação jurisdicional (...), viabilizando que, pela iniciativa das partes, seja formulado mais de um pedido em um *mesmo* processo para o proferimento de uma só sentença que os aprecie conjuntamente (...). Tanto assim que a competência para seu julgamento é, por definição, do mesmo juízo (art. 109). A denunciação da lide representa, assim, uma forma de o autor e/ou o réu ampliar legitimamente os elementos de uma mesma ação.[4]

Coloquialmente, trata-se de uma antecipação de ação regressiva. Isto porque o denunciante, de plano, objetiva ser reparado pelo denunciado por condenação que possa vir a sofrer no processo principal.

Deste modo, a relação formada entre denunciante e denunciado apenas será consolidada se o denunciante for vencido na relação processual. Até mesmo porque não haveria qualquer lógica analisar a relação incidental proposta pela denunciação da lide se o denunciante não for condenado. Perde-se o objeto da relação.

Importante notar que a denunciação da lide é hipótese de intervenção de terceiros que pode ser promovida tanto pelo réu como pelo autor da demanda. Dificilmente concretiza-se a denunciação por parte do autor, mas admite-se esta situação, que ocorreria, no caso, conjuntamente com a propositura da petição inicial. Mais comum é a ocorrência da denunciação da lide por parte do réu que, neste caso, se dará no bojo da contestação.

Faz-se necessário mencionar os institutos da *chiamatta in garanzia* e do *intervento coatto*, previstos no direito italiano e que também tratam a respeito da inserção de terceiro ao processo. Destaca-se que a utilização da *chiamatta in garanzia* somente é possível quando houver uma garantia própria obrigando o terceiro. Trata-se, assim, de interpretação que, se utilizada, restringiria a denunciação da lide, o que será posteriormente estudado de forma mais detalhada.

Legalmente, a denunciação da lide é regulada pelo artigo 125 do Código de Processo Civil:

Art. 125. É admissível a denunciação da lide, promovida por qualquer das partes:

I - ao alienante imediato, no processo relativo à coisa cujo domínio foi transferido ao denunciante, a fim de que possa exercer os direitos que da evicção lhe resultam;

II - àquele que estiver obrigado, por lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo de quem for vencido no processo.

§ 1º O direito regressivo será exercido por ação autônoma quando a denunciação da lide for indeferida, deixar de ser promovida ou não for permitida.

§ 2º Admite-se uma única denunciação sucessiva, promovida pelo denunciado, contra seu antecessor imediato na cadeia dominial ou quem seja responsável por indenizá-lo, não podendo o denunciado sucessivo

promover nova denunciação, hipótese em que eventual direito de regresso será exercido por ação autônoma.

Conforme o § 1º do artigo supramencionado, a denunciação da lide não é medida obrigatória para a satisfação regressiva. É sim, medida facultativa, que não implicará na perda do direito de ingressar futuramente com ação regressiva por parte daquele que não denunciou à lide quando havia oportunidade.

Registra-se que no Código de Processo Civil de 1973 a denunciação da lide era prevista no artigo 70:

Art. 70. A denunciação da lide é obrigatória:

I - ao alienante, na ação em que terceiro reivindica a coisa, cujo domínio foi transferido à parte, a fim de que esta possa exercer o direito que da evicção lhe resulta;

II - ao proprietário ou ao possuidor indireto quando, por força de obrigação ou direito, em casos como o do usufrutuário, do credor pignoratício, do locatário, o réu, citado em nome próprio, exerça a posse direta da coisa demandada;

III - àquele que estiver obrigado, pela lei ou pelo contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do que perder a demanda.

Apesar do *caput* do artigo fazer menção à obrigatoriedade, a doutrina e jurisprudência consolidada já previam a aplicação facultativa do instituto, o que foi consolidado com o advento do Novo Código de Processo Civil, no §1º do artigo 125.

Constata-se, ainda, que o inciso II do artigo 70 do Código anterior foi suprimido, visto que a hipótese já está abarcada pelo inciso III, que trata de forma ampla a aplicação da denunciação da lide.

Além do acréscimo do §1º e da supressão do inciso II, foi acrescentado também o §2º que limita uma única denunciação sucessiva promovida pelo denunciado.

Contudo, a fim de limitar a análise ao objeto do presente estudo, salientamos que a divergência doutrinária e jurisprudencial entre a aplicação ampliativa ou restritiva do instituto foi mantida, visto que o inciso III do artigo 70 do Código de Processo Civil de 1973, que originou esta celeuma, foi mantido, consoante verifica-se no teor do inciso II do artigo 125 do Novo Código de Processo Civil.

3 Princípios constitucionais (e) processuais aplicados à denunciação da lide

Como toda e qualquer matéria regida pelo direito, as bases teóricas encontram-se umbilicalmente ligadas aos princípios constitucionais. No caso em tela, como se trata a denunciação da lide de instituto processual, além dos princípios constitucionais, são também basilares os princípios processuais, capazes de trazer a lume a compreensão correta a respeito do tema.

Dentre todos estes princípios que fundamentam a denunciação da lide, nos concentraremos em explanar aqueles que se aplicam de forma mais predominante ao instituto, e que são capazes de trazer uma melhor interpretação deste, em virtude das divergências doutrinárias que serão posteriormente suscitadas.

Inicialmente, é necessário destacar o *princípio da economia processual*, já que este é a própria finalidade para a existência da denunciação da lide, pois com a utilização desta se encerrará, em um mesmo processo, duas demandas – a ação principal e a ação incidental – e, conseqüentemente a sentença já conterà duas decisões.^[5]

O denunciante traz logo ao processo o denunciado, para que não haja necessidade de outra demanda – assim, se o demandado (ora denunciante) for vencido, de plano já será determinado que o denunciado realize o ressarcimento do prejuízo.

Ou seja, o princípio da economia processual objetiva o máximo de resultado com a atuação processual mínima possível. Almeja-se que, com o menor número de atividades no bojo do processo, seja possível obter da forma mais plena a satisfação processual.

No mesmo contexto, como vertente do princípio da economia processual, destaca-se o *princípio da celeridade processual*, em que se objetiva que o andamento do processo seja o mais breve possível[6]. É um princípio delicado, pois não se trata simplesmente de rapidez na solução do litígio e sim que, de forma qualificada e satisfatória, a questão seja resolvida no menor tempo possível.

Indispensável também para um processo compatível com a Constituição Federal de 1988 é o respeito ao *devido processo legal*, conforme previsão expressa do artigo 5º, inciso LIV[7]. Assegura-se, assim, o acesso a todos os cidadãos ao Poder Judiciário e que estes possam ter seus conflitos solucionados de acordo com as formas legalmente previstas[8].

Através do citado princípio desdobram-se outros, dos quais se destacam os *princípios do contraditório e da ampla defesa*, previstos também constitucionalmente, conforme o artigo 5º, LV[9]. São estes essenciais para que se concretize o Estado Democrático de Direito, permitindo que as partes tenham conhecimento da existência da ação e dos atos do processo, possam exercer a defesa e responder de forma plena e eficaz. Incabível, assim, o julgamento de outrem sem permitir-lhe que se manifeste em juízo em defesa de seus interesses.

Também ligado ao princípio do devido processo legal situa-se o *princípio da proporcionalidade*, que propõe uma harmonização. Quando, por exemplo, houver conflito entre normas de mesma hierarquia, o Magistrado irá primar por aquela que atenda melhor aos interesses no caso concreto e que seja capaz de solucionar de forma mais justa a situação.

Ainda como desdobramento do princípio do devido processo legal, situa-se o *princípio da duração razoável do processo*, prescrito pelo Pacto de San José da Costa Rica[10] – ratificado pelo Brasil. Este princípio prevê que o processo, para que satisfaça seus fundamentos constitucionais, percorra um decurso temporal ponderado, distante da morosidade e adequado com o sistema processual vigente.

Relacionado aos princípios supramencionados encontra-se o *princípio da efetividade*, que visa o cumprimento das normas jurídicas, que sejam sanados os

conflitos existentes e que haja satisfação do que foi proposto através do processo judicial.

Os princípios constitucionais e processuais são os pilares através dos quais são construídos institutos menores que se utilizam no processo, dentre estes, por exemplo, a denunciação da lide.

Assim, para um estudo mais detalhado da denunciação da lide – trazendo à baila os conflitos doutrinários quanto à sua aplicabilidade – faz-se necessário que os princípios acima analisados sejam levados em consideração, e que seja construída a interpretação através destes princípios constitucionais e processuais.

3 Conceção doutrinária restritiva

A partir da leitura dos artigos que tratam do instituto da denunciação da lide, é inegável que estes, em sua literalidade, são tendenciosos para a adoção de um posicionamento amplo, através do qual se poderia, pela denunciação da lide, chamar ao processo principal todos aqueles em que a parte possua direito de regresso.

Contudo, há uma gama de doutrinadores que, a partir da leitura dos artigos concernentes à denunciação da lide, em especial o inciso II do artigo 125 do Código de Processo Civil, conjuntamente com os princípios que fundamentam tal instituto, adotaram um posicionamento interpretativo restritivo.

A explicação basilar para a restrição da utilização da denunciação da lide é a economia e a celeridade processual. Para estes doutrinadores, é contrário aos princípios básicos do instituto ampliar demasiadamente sua aplicação. Isto porque, ao invés de facilitar, traria uma demora desnecessária citar diversos responsáveis e trazê-los ao processo de forma indiscriminada, já que o processo principal restaria suspenso até que fosse comprovada a responsabilidade desses possíveis denunciados e resolvido este incidente processual.

Aos que adotam o posicionamento restritivo, mesmo que a situação se enquadre em hipótese que haja direito de regresso, nada impede que a denunciação seja considerada incabível.

Isto porque, há situações em que a comprovação da relação entre denunciante e denunciado acarreta dilação probatória complexa e específica. Situação pela qual o autor da ação não precisaria ser submetido e que acabaria por acarretar um retardamento desnecessário para a conclusão da ação primitiva.

É de conhecimento notório o interesse, os estudos e as medidas criadas em nosso país para que haja um processo mais célere e efetivo. Nesse contexto, a reforma do processo civil brasileiro buscou trazer para o bojo do processo instrumentos que pudessem concretizar esta maior rapidez na prestação jurisdicional, situando-se a denunciação da lide como exemplo de tais instrumentos.

A corrente doutrinária restritiva, no caso, entende que o cabimento da denunciação da lide em qualquer situação, deixando um leque amplo de possibilidades, em que poderia ser alegado qualquer fundamento ao denunciado, iria de encontro à natureza da denunciação da lide. Isto porque, ao invés de concretizar uma economia e prestação, a introdução de fundamento novo específico da relação entre denunciante e denunciado retardaria demasiada e desnecessariamente a solução do litígio.

Há diversos precedentes jurisprudenciais no Superior Tribunal de Justiça que indicam a interpretação do instituto da denunciação da lide de forma restritiva. A título de exemplificação, complementamos com os seguintes: REsp 584.701/RJ, AgRg no AG 471590/PR, AgRg no REsp 313.886/RN julgados pela 1ª Turma; REsp 1124068/SC, REsp 681.881/SP, REsp 975.799/DF julgados pela 2ª Turma, REsp 464.014/SP, REsp 167.416/SP julgados pela 3ª Turma e REsp 28.937/SP, REsp 155.014/ES julgados pela 4ª Turma.

Denota-se que o critério encontrado pelos restritivistas para limitar a denunciação da lide é a admissibilidade desta apenas quando a responsabilidade do denunciado decorrer de lei ou contrato, em uma análise estrita.

No caso, não se admitiria introduzir através da denunciação da lide um fundamento jurídico novo, pois fatos ausentes na demanda originária devem ser analisados em um processo autônomo. O 'espírito' da denunciação da lide é de que a litigância entre denunciante e denunciado verse a respeito do mesmo fundamento jurídico[11].

A bandeira da adoção do posicionamento restritivo foi levantada e veementemente defendida por Vicente Greco Filho, a partir do qual diversos outros doutrinadores filiaram-se, tal como Arruda Alvim, Nelson Nery Jr., Sidney Sanches, Cassio Scarpinella Bueno, Marcelo Abelha Rodrigues, entre outros.

O idealizador do posicionamento restritivo, Vicente Greco Filho, em sua obra *Da Intervenção de Terceiros*, alicerça a interpretação restritiva no sistema italiano da *chiamata in garanzia*.[\[12\]](#)

Segundo o citado doutrinador, a denunciação da lide trata-se de instituto oriundo do direito italiano e este adotou a figura da demanda implícita na denunciação. A demanda primitiva não se modifica, sendo apenas comunicada ao denunciado, ao qual cabe apenas aduzir que não possui, ou possui, a qualidade ao qual lhe está sendo imputada. Ou seja, pode apenas dizer que se trata ou não de garante.

De modo diverso, se fosse introduzido um novo fundamento jurídico, uma nova relação, seria necessário defender-se também destes argumentos implicitamente levantados e não apenas coadunar ou não com a qualidade de garante.

O referido sistema italiano distingue a garantia própria da garantia imprópria, de modo que o instituto da *chiamata in garanzia* aplica-se apenas aos casos de “garantia própria”. Como dito, sendo a denunciação da lide inspirada em tal instituto, admitir-se-ia esta apenas nos casos de transmissão de direito – garantia própria.

Dando continuidade ao estudo da corrente doutrinária restritiva, importante notar que apenas será admitida a intervenção de terceiro através da denunciação da lide quando esta for capaz de concretizar o princípio da economia e da eficiência processuais.[\[13\]](#)

Nos casos em que não for possível realizar uma mesma instrução processual, ou seja, em que o pedido da demanda principal e o pedido existente na demanda incidental exigir o conhecimento de fatos e provas distintas, não haverá a concretização dos princípios acima citados. Assim, conseqüentemente, a

denúnciação da lide nestes casos deverá ser indeferida, já que está de encontro aos princípios que fundamentam sua própria existência.

Importante notar que administrativistas, da monta de Hely Lopes Meirelles, ao analisarem temas específicos como o direito de regresso da Fazenda Pública ao funcionário público, acabam por demonstrar o posicionamento restritivista. Isto porque, ao explanarem o tema, afirmam ser possível exercer tal ação regressiva apenas após a Fazenda já ter sido condenada a indenizar a vítima do suposto dano sofrido.^[14]

O fundamento para a adoção deste posicionamento também se baseia na introdução de fundamento jurídico novo. Isto porque a responsabilidade da Fazenda Pública em face da vítima é objetiva, independe assim de dolo ou culpa; já a responsabilidade do funcionário público é subjetiva, dependendo da análise de dolo ou culpa, o que introduziria provas novas a serem analisadas, fazendo-se necessário, portanto, primeiramente finalizar a ação principal.

Por todo exposto, constata-se que os principais pontos a serem analisados quando se adota o posicionamento restritivo é o estudo da garantia própria e da garantia imprópria, a inadmissibilidade da introdução de fundamento jurídico novo e o estudo dos princípios da economia e celeridade processual (os quais baseiam a denúnciação da lide e poderiam ser ‘minados’ com a introdução do referido fundamento jurídico novo).

Importante tecer algumas considerações apresentadas por doutrinadores que se enquadram ao posicionamento restritivo, mas trazem ressalvas à adoção de tal posicionamento.

Max Guerra Kopper, em sua obra *Da Denúnciação da Lide*, enumera como uma das críticas a adoção da expressão “fundamento jurídico novo”. Conforme explana o autor, sempre haverá um fundamento jurídico novo para fundamentar o chamamento do denunciado pelo denunciante ao processo.

Isto quer dizer que, ao trazer o denunciado ao processo, serão utilizados diplomas legais, argumentos, que não haviam na demanda principal e que são, por si só, fundamentos jurídicos novos, mas não capazes de minar a denúnciação da lide defendida pelos restritivos.

Nas palavras de Max Guerra Kopper:

Não é todo e qualquer fundamento jurídico novo que é considerado pelos restritivistas como inviabilizador da denunciação. Aqueles que encerrem ‘responsabilidade direta decorrente da lei e do contrato’ (...) são, por óbvio, admitidos como ensejadores da denunciação, que, consoante referido, tem como pressuposto exatamente a existência dessa responsabilidade regressiva do denunciado. Em outras palavras, o que os restritivistas exigem como condição para o cabimento da denunciação é que o direito de regresso do denunciante derive diretamente da lei ou do contrato.^[15]

Deste modo, o ideal não seria justificar a impossibilidade de denunciação da lide pela introdução de ‘fundamento jurídico novo’ e sim, a doutrina restritivistista deveria argumentar a inviabilidade da utilização do instituto referido quando o direito de regresso do denunciante não derivar de forma direta, legal ou contratual.

Outra importante crítica apresentada aos argumentos utilizados pelos restritivististas se encontra na admissibilidade da denunciação apenas quando derivar de lei ou de contrato, diretamente.

Os argumentos para esta restrição consistem na economia e celeridade processual, ou seja, não há uma aplicação ampla do instituto para não acarretar morosidade àquele que aguarda a demanda principal. Defende o doutrinador ser possível que haja uma pequena ampliação também para os casos em que se demonstra de plano o direito, através de provas documentais, por exemplo. Ou com provas que deverão, independente da denunciação da lide, necessariamente ser produzidas no bojo do processo. Como expõe o doutrinador Kopper:

Assim, para que seja possível a denunciação, o direito de regresso postulado deve encerrar, *mutatis mutandis*, atributos análogos aos do direito líquido e certo de que se cogita em tema de mandado de segurança.^[16]

Estas críticas demonstradas, se introduzidas ao posicionamento restritivista, poderiam ensejar uma maior maleabilidade, capaz de inviabilizar a denunciação da lide apenas quando extremamente prejudicial ao andamento do processo. Assim, não será o preenchimento de um ou outro requisito que inviabilizará e sim um conjunto de empecilhos e inquietudes que, se introduzidas ao processo principal, levariam a uma demora desproporcional para a solução do litígio.

4 Concepção doutrinária ampliativa

O artigo 125, inciso II, do Código de Processo Civil, foi interpretado por muitos doutrinadores de forma restritiva, como foi anteriormente visualizado. Todavia, de um lado diametralmente oposto situaram-se aqueles que interpretam a norma legal de forma ampla, permitindo a denunciação da lide em qualquer situação onde se enquadra o direito de regresso.

A corrente doutrinária que se posicionou de forma ampliativa ganhou força com os argumentos de Cândido Rangel Dinamarco, que se dedicou em contrapor a teoria restritiva e defender os benefícios da tese ampliativa. Ao lado deste doutrinador posicionaram-se Ada Pellegrini Grinover, Aroldo Plínio Gonçalves, Humberto Theodoro Jr., Celso Agrícola Barbi, Athos Gusmão Carneiro, entre muitos outros.

Salienta-se que a corrente ampliativa conta também com a própria literalidade da norma legal, que indica a possibilidade da denunciação da lide em qualquer caso de ação regressiva, não demonstrando restrições.

Tecidas estas considerações iniciais, faz-se necessário trazer a baila as principais críticas aos fundamentos que norteiam o posicionamento restritivo, para que, refutando-os, seja possível analisar com maior clareza os fundamentos defensivos da tese ampliativa.

Primeiramente, importante notar que não há qualquer norma no direito brasileiro que preveja e indique pela interpretação restritiva do artigo 125, inciso II do Código de Processo Civil. Ora, a interpretação da literalidade do artigo é extremamente benéfica, amplia a efetividade do processo e sua utilidade, não se pode, assim, simplesmente ir de encontro à própria literalidade do artigo e aos benefícios trazidos por este.

Salienta-se, também, a inviabilidade de aplicar as distinções entre garantia própria e garantia imprópria, oriundas do sistema italiano. A garantia própria seria aquela decorrente de uma responsabilidade direta, por meio contratual ou legal, ligada ao instituto da *chiamata in garanzia*. Já a garantia imprópria é simples, genérica, decorrente de qualquer situação em que haja responsabilização por meio de direito de regresso, possuindo amparo por outro instituto no sistema italiano.

Segundo Cândido Rangel Dinamarco, não há no nosso sistema estas distinções entre garantia própria e imprópria e não há também em nosso sistema outro instituto que seria capaz de amparar os casos de “garantia imprópria”, caso a denúncia da lide se dedicasse exclusivamente aos casos de “garantia própria”, como preveem os restritivistas. Consta-se a total inviabilidade em fazer uso do sistema italiano para defender a tese restritiva, isto porque não são sistemas iguais e, em cada um terá uma consequência distinta. A título de complementação:

E o Código não apresenta distinção alguma entre os casos de *garantia própria* ou de *garantia imprópria* – assim como também não a autoriza o Código Civil ou qualquer outro texto legislativo brasileiro. Não é como na Itália, onde fora dos casos de evicção ou de condenação a pagar dívida alheia (garantia própria), a parte dispõe de outro caminho (o *intervento coatto*). Aqui no Brasil, em que inexistente a dualidade de institutos associados a espécies de garantias, ou o sujeito denuncia a lide ao terceiro, ou nada poderá fazer. Aqui a denúncia da lide é posta, na lei e por toda a doutrina (rigorosamente, toda), como caso de *intervenção coata*, inexistindo uma *intervenção coata* diferente dela, à disposição da parte em caso de garantia simples. Eis a primeira razão por que se mostra inaplicável ao direito brasileiro aquela distinção vista do direito positivo italiano. Lá, o sujeito beneficiado pela garantia imprópria tem uma via disponível, que não é a *chiamata em garanzia* mas existe. Aqui, ficaria desamparado.^[17]

Assim, sendo “própria” ou “imprópria”, apenas haverá distinção nas consequências processuais, visto que, nos casos de garantia própria, sendo a demanda principal procedente, será de plano conhecida a procedência da ação regressiva. Diferentemente, nos casos de garantia imprópria (como exemplo os casos de responsabilidade civil), quando a ação principal for procedente não indica que a ação regressiva será também. Contudo, para ambos os casos de ‘garantias’, a improcedência da demanda principal acarretará, como consequência lógica, a improcedência da demanda incidental (ação regressiva).

Dando continuidade ao estudo das incongruências trazidas pelo posicionamento restritivo, outro importante ponto a ser relevado é a intenção do legislador na criação do inciso II do artigo 125 do Código de Processo Civil. Objetivou-se na elaboração deste, uma maximização das possibilidades de denunciar à lide.

Não só pelos prejuízos da adoção de um posicionamento restritivo, a interpretação do instituto de forma ampliativa traz importantes benefícios processuais.

Permitir trazer para o processo os demais responsáveis que estariam obrigados a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do denunciante caso este porventura perdesse a demanda, traz uma grande vantagem econômica. Isto porque, desobriga o demandado, caso perdesse a demanda, de instaurar um novo processo para solucionar a questão. No caso, de plano, já teria um título executivo para impugnar em face do responsável, não sendo necessário ingressar com a ação regressiva.

A economia processual é visível pela ampliação do resultado do processo, ou seja, em um único processo resolveria uma problemática que teria que ser resolvida por, no mínimo, dois processos.

Importante também para a decisão judicial, já que, o mesmo juiz resolveria as questões pendentes e analisaria de forma mais profunda toda a situação, inviabilizando que sejam cometidas quaisquer injustiças ou decisões contraditórias.

Inviabilizar a denunciação da lide e o julgamento no âmbito do mesmo processo poderia ser prejudicial ao demandado (no caso denunciante) e ao possível denunciado. Isto porque, apesar de haver coisa julgada da decisão do processo inicial, os fundamentos não estão adstritos à coisa julgada, motivo pelo qual poderia ocorrer uma interpretação diversa do caso. Assim, adotar um posicionamento ampliativo do instituto da denunciação da lide é primar pela *harmonia dos julgados*^[18].

É inegável que a ampliação, por vezes, pode tornar o processo mais demorado, já que haverá uma dilação da instrução processual, novos fundamentos jurídicos a serem discutidos e o julgamento de uma nova relação, entre denunciante e denunciado. Todavia, esta diminuição da celeridade torna-se pequena em comparação com os benefícios de economia processual, já que se reduz a um processo uma situação que poderia, como dito, se estender por dois ou até mesmo mais processos.

Para entendermos de uma forma melhor os argumentos trazidos pela corrente ampliativa, faz-se necessário ter uma visão voltada para o interesse da ordem pública, analisar os benefícios em um nível social amplo e não puramente voltado ao direito do autor.

Ao permitir que se introduza uma ação incidental no bojo da ação principal, talvez traga insatisfação ao autor da demanda, que arcará com o processo suspenso até que a lide secundária seja satisfatoriamente resolvida. Todavia, com um pouco de exercício de paciência por parte do autor, poupar-se-á o denunciante, o denunciado e evitará o surgimento de um ou mais novos processos, que demandarão esforços de muitos outros servidores públicos, o que irá atravancar ainda mais a máquina processual.

De nada adianta querer resolver o processo principal o mais rápido possível, inviabilizando a denunciação da lide, pois se trata de solução imediatista, que trará um trabalho extremamente maior posteriormente, com o surgimento de um novo processo para resolver questão que já poderia ter sido sanada.

Os doutrinadores que se posicionam de forma ampliativa também não coadunam com a admissibilidade da denunciação da lide em toda e qualquer situação, que não guarde qualquer conexão com o processo principal. Ora, é

necessário que haja previsão como sendo causa de ação regressiva e, no caso, se guardar essa qualidade, necessário se faz viabilizar a cumulação das ações através da denúncia da lide[19].

É possível visualizar que as decisões que são favoráveis à interpretação restritiva utilizam-se para defender tal posicionamento argumentos baseados no princípio da economia processual, receosos de que a ampliação da denúncia coloque em risco o bom andamento do processo.

Ora, minar a possibilidade de fazer uso do instituto da denúncia da lide, restringindo-a, é que vai de encontro ao princípio da economia processual, sendo este argumento utilizado para defender a concepção ampliativa.

Como se denota claramente, o princípio da economia processual é analisado por restritivistas e ampliativos por um viés diferente. A doutrina restritiva leva em consideração o tempo para a conclusão de um único processo e a satisfação do autor. Já a doutrina ampliativa considera o benefício da economia na diminuição do número de processos, decisões judiciais, ou seja, o benefício como um todo para sociedade.

Ao que parece, os ampliativos entendem ser justificável retardar a solução do autor, para que a máquina processual como um todo seja mais célere. Isto porque, conforme supramencionado, deixaria de ser proposta uma nova ação, nova instrução processual, novas audiências, enfim, deixaria de ser formado um novo processo e todas suas implicações/consequências.

Neste contexto, Luiz Fux:

Destarte, a fórmula genérica amplia sobremodo os casos de denúncia, o que é salutar, à luz do princípio da economia processual, sacrificando, tão-somente, em pequena escala, em face da suspensão do processo. Os nossos tribunais vêm emprestando à expressão 'ação regressiva' a mais ampla concepção, tornando o instituto como o mais utilizado dentre os que compõe o sistema de intervenção de terceiros.[20]

Pode-se assim entender que, admitir a denunciação da lide de forma ampla é um posicionamento *pro societate*, de modo que, visualizando seus benefícios, o Superior Tribunal de Justiça atualmente também defende a admissibilidade da denunciação da lide nas mais diversas situações.

Ressalta-se que toda esta discussão perde o sentido após o desenvolver de toda a ação processual e a exposição da sentença judicial. Isto porque, ao recorrer de uma sentença já proferida, mesmo que tenha havido ou não a denunciação da lide, anular o processo para que esta seja concedida ou para que não haja a sua concessão, seria um extremo retrocesso. Independentemente da situação em que se encontre – admitida ou não a denunciação no processo – e independentemente do posicionamento adotado – seja ampliativo ou restritivo – anular o processo vai de encontro aos fundamentos que justificam a admissibilidade (ou não) da denunciação da lide no processo.

Requerendo ou não a denunciação da lide, admitindo-se ou não a denunciação da lide, não irá influenciar no direito a que cabe o demandado de requerer futuramente seu direito.

5. Conclusão

O presente estudo dedicou-se a analisar a divergência doutrinária e jurisprudencial quanto à aplicação do instituto da denunciação da lide. Parte da doutrina e jurisprudência adota o posicionamento restritivo, que entende incabível a aplicação do instituto quando a denunciação introduzir fundamento novo no processo. Já outra parte defende a aplicação ampliativa do instituto, objetivando sanar em um único processo todas as celeumas.

A fim de tecer as bases deste estudo, foi explanada a importância do instituto da denunciação da lide, assim como foram estudados os princípios constitucionais e processuais que fundamentam a aplicação de um ou outro posicionamento doutrinário.

Esta divergência persiste desde o Código de Processo Civil de 1973 e permanece presente em nosso ordenamento, visto que o Novo Código de Processo Civil manteve a norma. Através do estudo realizado não é possível estancar a adoção de um ou outro posicionamento como correto, sendo

necessário aplicar o instituto através do caso concreto, em que será possível aferir qual a melhor maneira de respeitar os princípios da economia, celeridade e o devido processo legal.

6. Referências Bibliográficas

_____. **BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.** Disponível no site: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=denuncia%E7%E3o+e+lide+e+artigo+e+70+e+III&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=13#>>. Acesso em: 16/05/2017.

_____. **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.** Disponível no site: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=denuncia%E7%E3o+e+lide+e+artigo+e+70+e+III&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=15#>>. Acesso em: 30/04/2017.

_____. **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.** Disponível no site: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=denuncia%E7%E3o+e+lide+e+responsabilidade+e+civil&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=30#>>. Acesso em: 15/04/2017.

_____. **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.** Disponível no site: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp#DOC1>. Acesso em: 15/04/2017.

=>. Acesso em: 20/10/2011.

BUENO, Cassio Scarpinella, **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: procedimento comum: ordinário e sumário, 2: tomo I.** São Paulo: Saraiva, 2009, 2ª ed. rev., atual. e ampl.

DIDIER JR., Fredie, **Curso de Direito Processual Civil.** Bahia: Ed. JusPODIVM, 2008, 9ª edição.

DINAMARCO, Cândido Rangel, **Intervenção de terceiros**. São Paulo: Ed. Malheiros, 2006, 4ª edição.

DOWER, Nélon Godoy Brasil, **Curso Básico de Direito Processual Civil, 1º volume**. São Paulo: Nelpa Edições, 1993, 1ª edição.

FUX, Luiz, **Curso de Direito Processual Civil**. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2004, 3ª edição.

GRECO FILHO, Vicente, **Direito Processual Civil Brasileiro**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2003, 17ª edição.

GRECO FILHO, Vicente, **Da Intervenção de terceiros**. São Paulo: Saraiva, 1991. 3. ed., atual.

GRINOVER, Ada Pellegrini, **O processo: estudos e pareceres**. São Paulo: Perfil, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini e outros, **Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2007, 23ª edição, rev. e atual., 2007

KOPPER, Max Guerra, **Da denunciação da lide**. Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora Ltda., 1996.

MEIRELLES, Hely Lopes, **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Ed. Malheiros, 2010, 36ª edição.

PORTANOVA, Rui, **Princípios do Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, 7ª edição.

THEODORO JÚNIOR, Humberto, **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2010, 51ª edição.

NOTAS:

[1] GRINOVER, Ada Pellegrini e outros. *Teoria Geral do Processo* – 23. ed – São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2007. p. 295

[2] *Op.cit*, p.71

[3] DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil. Teoria Geral do processo e processo de conhecimento* – 9. ed. – Salvador: Editora JusPodivm, 2008, p. 341

[4] BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de Direito Processual Civil: procedimento comum: ordinário e sumário, 2: tomo I* – 2 ed. – São Paulo: Saraiva, 2009. p. 499-500, passim

[5] GRECO FILHO, Vicente, *op. cit.*, p.90

[6] PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil* – 7 ed. – Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2008, p. 171.

[7] “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”

[8] PORTANOVA, Rui. *op.cit.*, p.145.

[9] “o contraditório e a ampla defesa”

[10] Pacto de San José da Costa Rica. Artigo 8º. §1º. “Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.” **(grifo nosso)**

[11] DOWER, Néelson Godoy Brasil, *Curso Básico de Direito Processual Civil, 1º volume* – 1. ed. - São Paulo: Nelpa Edições, 1993, p. 288.

[12] GRECO FILHO, Vicente, *op. cit.*, p.92

[13] BUENO, Cassio Scarpinella, *op. cit.*, p. 504

[14] MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito Administrativo Brasileiro* – 36. ed. – São Paulo: Malheiros Editores. 2010, p. 693.

[15] KOPPER, Max Guerra, *Da denúncia da lide* - Belo Horizonte: Livraria Del Rey Editora Ltda., 1996, p. 44.

[16] *Op. cit.*, p.45.

[17] DINAMARCO, Cândido Rangel, *op. cit.*, p.179.

[18] DINAMARCO, Cândido Rangel, *op. cit.*, p.182.

[19] THEODORO JUNIOR, Humberto, *Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento* – 51 ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 135

[20] FUX, Luiz, *Curso de Direito Processual Civil* – 3. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 299-300 passim.

DO DANO MORAL INDENIZÁVEL

LUIZA ZACOUTEGUY BUENO:
Advogada da União lotada na Procuradoria da União no Estado do Acre; Formada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS).

RESUMO: O presente artigo tem por finalidade a análise do dano moral indenizável e seus contornos doutrinários e jurisprudenciais. Objetiva, ainda que de forma breve, analisar o instituto da responsabilidade civil e a constitucionalização do Direito Civil.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade Civil. Dano moral. Reparabilidade. Direitos da personalidade. Dignidade da pessoa humana.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. BREVES NOTAS SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL E O DANO MORAL. 2 O RECONHECIMENTO DO DANO MORAL INDENIZÁVEL NO ÂMBITO JURISPRUDENCIAL. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objeto a análise doutrinária e jurisprudencial acerca da ocorrência de dano moral indenizável. Serão apontadas breves notas acerca dos institutos da responsabilidade civil e do dano moral. Posteriormente, analisar-se-á jurisprudência aplicada ao tema, bem como pontuais entendimentos doutrinários.

Não se pode admitir que haja a banalização do instituto do dano moral. São inúmeras as demandas em que se pleiteia indenização por danos morais e que, no mais das vezes, versam sobre acontecimentos corriqueiros do dia-a-dia.

Dessa forma, faz-se necessária a análise dos requisitos que autorizam a ocorrência de dano moral indenizável. Deve-se evitar que o Poder Judiciário seja instrumento de banalização de instituto tão relevante.

1 BREVES NOTAS SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL E O DANO MORAL

O dano moral, geralmente, está relacionado à violação dos direitos de personalidade, que, por sua vez, podem ser conceituados como direitos atinentes à tutela da dignidade da pessoa humana, considerados essenciais à sua integridade^[1]. O dano moral ou extrapatrimonial, por seu turno, pode ser definido como:

Tudo aquilo que molesta gravemente a alma humana, ferindo-lhe gravemente os valores fundamentais inerentes à sua personalidade ou reconhecidos pela sociedade em que está integrado, qualifica-se, em linha de princípio, como dano moral; não há como enumerá-los exaustivamente, evidenciando-se na dor, na angústia, no sofrimento, na tristeza pela ausência de um ente querido falecido; no desprestígio, na desconsideração social, no descrédito à reputação, na humilhação pública, no devassamento da privacidade; no desequilíbrio da normalidade psíquica, nos traumatismos emocionais, na depressão ou no desgaste psicológico, nas situações de constrangimento moral.^[2]

Para Arnaldo Rizzardo^[3], o dano moral pode ser dividido em quatro espécies. A primeira delas compreende o dano causado em decorrência de uma privação ou diminuição de um valor precípuo da vida, revelando-se ofensa à paz, à tranquilidade de espírito, à liberdade individual. O segundo grupo alcança a parte social do patrimônio moral, qual seja a personalidade, ou a posição íntima da pessoa consigo mesma, como a honra, a consideração, a reputação. O dano moral da terceira espécie atinge o lado afetivo, consubstanciado na dor, na tristeza e no sentimento. Por derradeiro, o quarto grupo se refere aos gravames de ordem estética que envolvem a conceituação íntima relacionada ao aspecto ou à postura física externa.

No âmbito da responsabilidade civil, há uma interação constante entre o direito público e privado. Essa integração decorre do fenômeno da “constitucionalização” do direito civil. O Direito Constitucional passa a ter ação também no campo privado, resguardando, principalmente, os direitos de personalidade dos indivíduos. O dano moral está intimamente relacionado, portanto, à violação à dignidade da pessoa humana, por exemplo.

Sobre o tema, cumpre citar o entendimento de TARTUCE:

Pelo Direito Civil Constitucional, há, assim, não uma invasão do direito constitucional sobre o civil, mas sim uma interação simbiótica entre eles, funcionando ambos para melhor servir o todo Estado/Sociedade, dando as garantias para o desenvolvimento econômico, social e político, mas respeitadas determinadas premissas que nos identificam como seres coletivos. Existe, portanto, uma superação parcial, da velha dicotomia público x privado.^[4]

Dessa forma, princípios e regras constitucionalmente previstos ou implícitos passam a ter aplicação no âmbito do Direito Privado, especificamente no campo da responsabilidade extracontratual e do dano moral.

Com a promulgação da Constituição de 1988, surge, então, a possibilidade de reparação de danos imateriais. Entende TARTUCE que “antes disso, era tido como impossível aceitar a reparação do dano moral, eis que doutrina e jurisprudência tinham dificuldades na visualização da sua determinação e quantificação”^[5].

Posicionado de forma privilegiada ao início da Carta Política, demonstrando a importância que quis dar o Constituinte ao dispositivo, o artigo 5º traz as seguintes disposições acerca da reparabilidade do dano moral:

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

[...]

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

[...]

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

Cumpre esclarecer que a indenização por dano moral não pode dar azo a acréscimo patrimonial desarrazoado e desproporcional. A reparação material dos danos extrapatrimoniais deve ser baseada na compensação pelos males suportados pela vítima[6].

2 O RECONHECIMENTO DO DANO MORAL INDENIZÁVEL NO ÂMBITO JURISPRUDENCIAL

Os conceitos que circundam a responsabilidade civil são claros, porém surge a dúvida doutrinária e jurisprudencial acerca de quais situações ensejam o reconhecimento de indenização por dano moral. Cabe ao magistrado, na análise do caso concreto, verificar se a reparação pelo dano imaterial é cabível na hipótese.

Sobre o tema, vale trazer à baila o seguinte entendimento doutrinário:

Inicialmente, tanto doutrina como jurisprudência sinalizam para o fato de que os danos morais suportados por alguém não se confundem com os meros transtornos ou aborrecimentos que a pessoa sofre no dia a dia. Isso sob pena de colocar em descrédito a própria concepção da responsabilidade civil e do dano moral.[7]

Doutrina e a jurisprudência têm reiteradamente afirmado que a indenização por danos morais somente é possível em casos de constrangimentos, sofrimentos e humilhações que ultrapassem as angústias e dissabores do cotidiano e demonstrem violação à dignidade da pessoa humana.

Assim, não é todo e qualquer desgosto ou aflição que pode ensejar o pagamento de indenização por danos morais, mas apenas aquele que ultrapasse os limites dos acontecimentos rotineiros da vida humana.

É possível observar o entendimento acima, no seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. APLICAÇÃO DE VACINA VENCIDA. DEFICIÊNCIA NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO, NO CASO, DO DANO MORAL INDENIZÁVEL. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Conforme o entendimento desta Corte, ainda que a responsabilidade seja objetiva, é imprescindível a comprovação do dano e do nexo de causalidade pelo consumidor para que haja a condenação a danos morais.

2. No caso em espécie, conforme consta do acórdão recorrido, apesar de terem sido aplicadas vacinas vencidas e ineficientes aos autores, o que configura defeito na prestação do serviço, os danos foram apenas presumidos. De outro lado, eles foram revacinados, assim que constatada a irregularidade, inclusive, sem nenhum custo adicional. Além disso, não foi retratado nenhum efeito colateral proveniente daquelas vacinas.

3. In casu, a aplicação de vacina vencida, por si só, não é capaz de ensejar a reparação por danos morais, uma vez que não foi constatada nenhuma intercorrência que pudesse abalar a honra dos autores ou causar-lhes situação de dor, sofrimento ou humilhação. Embora seja inquestionável o aborrecimento e dissabor por que passaram os ora recorrentes, estes não foram suficientes para atingir os direitos de personalidade, enquanto consumidores, a ponto de justificar o dever indenizatório.

4. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no AgInt no AREsp 869.188/RS, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 09/03/2017, DJe 21/03/2017)[8]

Ainda no âmbito da jurisprudência da Corte Cidadã, colaciona-se as seguintes ementas:

PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS E COMPENSAÇÃO DE DANOS MORAIS. ATRASO NA ENTREGA DE IMÓVEL. CURTO PERÍODO. MERO INADIMPLEMENTO CONTRATUAL. DANO MORAL AFASTADO. ENTREGA DE IMÓVEL EM CONFORMAÇÃO DISTINTA ÀQUELA ADQUIRIDA. DANO MORAL MANTIDO. LUCROS CESSANTES. PRESUNÇÃO. CABIMENTO.

1. Ação ajuizada em 14/02/2014. Recurso especial concluso ao gabinete em 19/09/2016. Julgamento: CPC/73.

2. Cinge-se a controvérsia em determinar se o atraso das recorrentes na entrega de unidade imobiliária, objeto de contrato de compra e venda firmado entre as partes, bem como de entrega em conformação distinta àquela adquirida gera danos morais e materiais (lucros cessantes) aos recorridos.

3. Muito embora o entendimento de que o simples descumprimento contratual não provoca danos morais indenizáveis, tem-se que, na hipótese de atraso na entrega de unidade imobiliária, o STJ tem entendido que as circunstâncias do caso concreto podem configurar lesão extrapatrimonial.

4. Na hipótese dos autos, contudo, em razão de lapso temporal não considerável a ponto de se considerar afetado o âmago da personalidade do recorrido não há que se falar em abalo moral indenizável.

5. Quanto à entrega da unidade imobiliária em conformação distinta da contratada - já que as chaves entregues referiam-se à unidade sem vista para o mar e sem uma suíte - impossível não se reconhecer a existência

de abalo moral compensável, pois ultrapassa o simples descumprimento contratual.

6. A ausência de entrega do imóvel na data acordada em contrato gera a presunção relativa da existência de danos materiais na modalidade lucros cessantes. Precedentes.

7. Recurso especial conhecido e não provido.

(REsp 1634751/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/02/2017, DJe 16/02/2017)[9]

CONSUMIDOR E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. CANCELAMENTO DE VOO ADQUIRIDO EM PACOTE TURÍSTICO. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO E OBSCURIDADE. AUSENTES. DANOS MORAIS. SIMPLES INADIMPLEMENTO CONTRATUAL. AUSÊNCIA.

- Cinge-se a controvérsia a definir se o cancelamento inesperado de voo componente de pacote turístico gerou danos materiais e morais aos recorrentes.

- Na ausência de contradição, omissão ou obscuridade, não existe violação ao art. 535, II, do CPC/73.

- Dano moral: agressão à dignidade da pessoa humana. Necessidade de reavaliação da sensibilidade ético-social comum na configuração do dano moral. Inadimplemento contratual não causa, por si, danos morais. Precedentes.

- A jurisprudência do STJ vem evoluindo para permitir que se observe o fato concreto e suas circunstâncias, afastando o caráter absoluto da presunção de existência de danos morais indenizáveis.

- Na hipótese dos autos, o mero inadimplemento contratual - resultado no cancelamento inesperado do voo - não causa, por si só, danos morais ao consumidor.

- Recurso especial conhecido e provido.

(REsp 1595145/RO, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/12/2016, DJe 06/02/2017)[[10](#)]

Dessa forma, percebe-se que a jurisprudência pátria caminha no sentido da não banalização do instituto da responsabilidade civil e do dano moral. Apenas danos imateriais que ultrapassem os limites dos dissabores cotidianos ensejam reparação, como bem entende a jurisprudência majoritária.

CONCLUSÃO

Pelo exposto, conclui-se que o caso concreto deve ser analisado de forma aprofundada, sob pena de ocorrer a banalização do dano moral e de sua reparação.

Desponta entendimento doutrinário e jurisprudencial no sentido de que apenas humilhações e sofrimentos capazes de abalar a honra da vítima são hábeis a ensejar indenização por danos morais.

O dano moral indenizável, portanto, apenas emerge em situações que ultrapassem os meros dissabores do dia-a-dia, sob pena de ocorrer a trivialização de tal instituto.

A jurisprudência pátria caminha no sentido de reconhecer a procedência dos pedidos da indenização por dano moral apenas nos casos em que a dor, o sofrimento e a humilhação ultrapassem as situações corriqueiras da vida humana.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 12.junho.2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª. Turma). **Recurso Especial nº 1595145/RO**. Relatora: Min. NANCY ANDRIGHI. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 12.junho.2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª. Turma). **Recurso Especial nº 1634751/SP**. Relatora: Min. NANCY ANDRIGHI. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 12.junho.2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª. Turma). **AgInt no AgInt no AREsp 869.188/RS**. Relator: Min. MARCO AURÉLIO BELLIZZE. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 12.junho.2017.

CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

DELGADO, Mário Luiz. **Direitos de Personalidade nas Relações de Família**. In: MADALENO, Rolf; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro. **Atualidades do Direito de Família e Sucessões**. Sapucaia do Sul: Notadez, 2008.

RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil, v. 2: direito das obrigações e responsabilidade civil**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2014.

NOTAS:

[1] DELGADO, Mário Luiz. **Direitos de Personalidade nas Relações de Família**. In: MADALENO, Rolf; MILHORANZA, Mariângela Guerreiro. **Atualidades do Direito de Família e Sucessões**. Sapucaia do Sul: Notadez, 2008, p. 297.

[2] CAHALI, Yussef Said. **Dano moral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 22.

[3] RIZZARDO, Arnaldo. **Responsabilidade Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 250.

[4] TARTUCE, Flávio. **Direito Civil, vol. 2, Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil**. 2014, P. 272.

[5] TARTUCE, Flávio. **Direito Civil, vol. 2, Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil**. 2014, P. 355.

[6] TARTUCE, Flávio. Direito Civil, vol. 2, Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil. 2014, P. 355.

[7] TARTUCE, Flávio. Direito Civil, vol. 2, Direito das Obrigações e Responsabilidade Civil. 2014, P. 259.

[8] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª. Turma). AgInt no AgInt no AREsp 869.188/RS. Relator: Min. MARCO AURÉLIO BELLIZZE. Disponível em: . Acesso em: 12.junho.2017.

[9] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª. Turma). Recurso Especial nº 1634751/SP. Relatora: Min. NANCY ANDRIGHI. Disponível em: . Acesso em: 12.junho.2017.

[10] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3ª. Turma). Recurso Especial nº 1595145/RO. Relatora: Min. NANCY ANDRIGHI. Disponível em: . Acesso em: 12.junho.2017.

O PEDIDO DE FINAL DE FILA EM CONCURSOS PÚBLICOS E A JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS PÁTRIOS

ELIZIANE CHAGAS SILVA: Advogada. Pós-graduada em Direito Penal e Processo Penal pelo Complexo Educacional Damásio de Jesus.

Resumo: o presente artigo tem por objetivo analisar o pedido de final de fila e seu regramento jurídico, notadamente na doutrina e nos precedentes dos tribunais pátrios.

Palavras-chave: final de fila, regramento, jurisprudência.

SUMÁRIO: 1- Introdução. 2- Desenvolvimento. 2.1 O pedido de final de fila: 2.2 requisitos; 2.3 jurisprudência. 3. Conclusão. 4. Referências.

INTRODUÇÃO

Sabe-se que o estudo para concursos público constitui realidade de muitos brasileiros, que anseiam pelo tão sonhado cargo público nos órgãos da Administração Pública Federal, Estadual e Municipal.

Nesse contexto, é de registrar que não raro muitos candidatos logram aprovações em diferentes concursos, fazendo com que muitos fiquem em dúvida em qual cargo assumir.

Nessa baila, entra o pedido de final de fila, que de início, parece ser uma boa solução para aquele candidato, que está na dúvida em assumir determinado cargo, e para Administração que não perde um potencial servidor público, aprovado em certame, no qual demonstrou capacidade e habilidades para assumir o cargo público.

Em que pese parecer uma boa solução tanto para o candidato quanto para Administração Pública, alguns entraves têm feito com que o pedido de final de fila não esteja sendo colocado em prática.

Assim, é de suma importância analisar a aplicabilidade do instituto e seu regramento nos variados concursos públicos do Brasil.

2) DESENVOLVIMENTO

2.1 O pedido de final de fila

Antes de falar propriamente do pedido de final de fila é de suma importância abordar os apontamentos jurídicos sobre o direito subjetivo à nomeação.

Com efeito, Carvalho (2014) cita que o ordenamento jurídico brasileiro reconhece a nomeação como única forma de provimento originário dependendo de prévia habilitação em concurso público de provas e títulos, obedecidos a ordem de classificação e o prazo de validade.

No mesmo sentido, Paulo e Alexandrino (2012) definem nomeação como ato administrativo unilateral que não gera, por si só, qualquer obrigação para o nomeado, mas sim o direito subjetivo de formalizar o vínculo funcional com a Administração Pública, por meio da posse, tornando-se, então servidor público.

Nesse passo, o direito subjetivo à nomeação passa existir, de acordo com o Supremo Tribunal Federal, reconhecido em sede de repercussão geral, quando: 1) quando a aprovação ocorrer dentro do número de vagas dentro do edital; 2) quando houver preterição na nomeação por não observância da ordem de classificação; e 3) quando surgirem novas vagas, ou for aberto novo concurso durante a validade do certame anterior, e ocorrer a preterição de candidatos de forma arbitrária e imotivada por parte da administração.^[1]

Assim, havendo direito subjetivo à nomeação, seria possível que o candidato renunciasse a classificação originária, para ocupar o último lugar na listagem geral de aprovado, perdendo, dessa forma, o direito subjetivo à nomeação.

2.2 Requisitos

Sabe-se que, embora não haja previsão na maioria dos editais, o procedimento de reposicionamento para o final da classificação do concurso constitui realidade nos certames públicos ocorridos no país.

Pouco são os atos normativos que tratam do assunto, dentre eles destacam-se: 1) a Lei Complementar nº 840 do Distrito Federal, que dispõe sobre o regime

jurídicos dos servidores públicos civis do Distrito Federal, das autarquias e das fundações públicas distritais, art. 13^[2]; 2) resolução do concurso público da magistratura trabalhista – art. 99-A; e 3) Resolução do concurso público de procurador da república.

Não obstante a referência aos poucos atos normativos que abordam o tema, os Tribunais Pátrios têm entendido que, nos casos em que o candidato nomeado/aprovado prefere aguardar outro momento para tomar posse no cargo, é admissível que se faça pedido administrativo solicitando a sua reclassificação para final da lista dos candidatos aprovados no concurso, caso este contemple a existência de cadastro de reserva.

Com efeito, para que o reposicionamento de classificação do candidato seja viável, faz-se necessário o preenchimento de alguns requisitos, a saber: 1) ausência de prejuízo à Administração Pública; e 2) não afetação da classificação dos candidatos. Isso porque os conflitos que envolvem concursos públicos devem ser solucionados com base nos princípios da razoabilidade, proporcionalidade, eficiência e economicidade do ato administrativo. Assim, deve-se considerar se o reposicionamento da fila gerará algum impacto tanto para Administração Pública ou para os demais candidatos aprovados no concurso público.

2.3 Jurisprudência

Nesse sentido, colacionam-se os seguintes precedentes dos tribunais pátrios, *in verbis*:

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. CLASSIFICAÇÃO. REPOSICIONAMENTO. FIM DE FILA. POSSIBILIDADE. 1. Os princípios da vinculação ao instrumento convocatório e da legalidade devem ser interpretados em harmonia com o princípio da proporcionalidade/razoabilidade, aplicável à conduta da Administração Pública. 2. Candidato aprovado em 33º lugar no concurso, mas que, no momento de sua convocação, não cumpria um dos requisitos dispostos no edital, pois faltavam 3 (três) meses para o término de sua residência médica. 3. Mesmo sem previsão editalícia, não

seria razoável impedir a mera recolocação do candidato para o final da fila dos aprovados, em especial porque esta providência não viola os princípios da isonomia ou impessoalidade, já que não gera prejuízo à Administração ou a qualquer outro candidato classificado. Precedentes desta Corte. 4. A consequência proporcional à impossibilidade apenas temporária de demonstrar o preenchimento de todas as exigências do edital seria oportunizar, ao apelante, abrir mão de sua boa colocação e reposicionar-se ao final da lista de aprovados, sem qualquer garantia de convocação, sendo necessário o aguardo do momento oportuno pela Administração. 5. Apelação provida.

(TRF-5 - APELREEX: 08034878820154058100 CE, Relator: Desembargador Federal Paulo Machado Cordeiro, Data de Julgamento: 12/03/2016, 3ª Turma)

APELAÇÃO CÍVEL. OBRIGAÇÃO DE FAZER. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO PARA ADMISSÃO NO CURSO DE FORMAÇÃO DE SOLDADO DO QUADRO DE PRAÇAS POLICIAIS MILITARES COMBATENTES DA POLÍCIA MILITAR DO DISTRITO FEDERAL. PRELIMINAR. CONHECIMENTO PARCIAL DO RECURSO. ACOLHIMENTO. REPOSICIONAMENTO NO FINAL DA LISTA DE CLASSIFICAÇÃO. LC 840/2011. POSSIBILIDADE. 1. O interesse processual está presente quando a parte necessita recorrer ao Poder Judiciário para obter o resultado útil pretendido, o que configura o binômio da necessidade/utilidade. 2. Falece interesse recursal à parte ré acerca de pedido que lhe foi favorável pelo r. decisum guerreado. 3. ALC 840/2011 confere ao candidato aprovado em concurso público o direito de pleitear o seu reposicionamento para o final da lista de classificação. 4. Conquanto seja a referida lei direcionada aos servidores públicos civis do Distrito Federal, das autarquias e das fundações públicas distritais, conforme o artigo 1º, não se mostra incompatível com as regras

impostas aos servidores militares no tocante à possibilidade de reposicionamento para o final da lista de classificação, tendo em vista que o reposicionamento do candidato não prejudica a posição dos demais aprovados, tampouco causa prejuízo à Administração Pública. 5. Recurso voluntário parcialmente conhecido e desprovido. Remessa de ofício desprovida.

(TJ-DF - APO: 20140110446383 DF 0010057-66.2014.8.07.0018, Relator: SANDOVAL OLIVEIRA, Data de Julgamento: 04/03/2015, 5ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE : 16/03/2015 . Pág.: 368)

Ademais, ressalta-se que aquele candidato que detinha direito subjetivo à nomeação, no momento que tem seu reposicionamento deferido pela Administração Pública, perde tal direito, podendo vir ou não ser convocado pela Administração.

Nesse contexto, confira-se o seguinte precedente do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, *in verbis*:

ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. TERMO DE RENÚNCIA À NOMEAÇÃO. CANDIDATA RELOCADA PARA O FINAL DA FILA DE APROVADOS. 1. Por não ter interesse em assumir o cargo de Analista Técnico Administrativo do Ministério da Integração Nacional, a autora, ora apelante, mediante requerimento, abdicou de sua colocação inicial (39ª posição), tendo a Administração reposicionado a candidata em último lugar na lista das posições de aprovados e homologados (139ª posição), atendendo aos exatos termos do que lhe fora solicitado. 2. Tendo a autora renunciado à nomeação para o cargo no qual fora aprovada e a Administração acatado o seu pedido de reposicionamento para figurar em último lugar na lista das posições aprovadas e homologadas, não lhe assiste o direito de ser novamente reposicionada, muito menos de ser nomeada à frente de candidatos que, com a sua renúncia, passaram a

ter melhor classificação. 3. *Apelação da parte autora desprovida.*

(AC 0029865-97.2014.4.01.3400 / DF, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NÉVITON GUEDES, QUINTA TURMA, e-DJF1 p.1480 de 30/04/2015)

Por fim, válido salientar que o candidato que foi nomeado e deixou transcorrer o prazo de 30 dias para tomar posse, não poderá, após este prazo, requerer o final de fila, haja vista que sua nomeação deverá ser tornada sem efeito como preceitua o art.13, § 6º, da Lei 8.112/90.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como abordado acima, verifica-se o que o pedido de final de fila, em que pese ser realidade em diversos concursos públicos do Brasil, ainda constitui ato não regulado por Lei Nacional, sendo que há poucos atos normativos que tratam do tema.

Não obstante, a jurisprudência vem se incumbido de dar regramento ao tema, ao passo que os precedentes apontam que é totalmente viável a formulação do reposicionamento de fila, haja vista não haver prejuízo para classificação do concurso público e para Administração Pública.

REFERÊNCIAS

CARVALHO, Mateus. Manual de Direito Administrativo. Ed. Salvador: juspodium, 2014.

ALEXANDRINO, Marcelo. PAULO, Vicente. Direito Administrativo Descompilado. Ed. 20. Ver e atual. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo:Método, 2012.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. *APELREEX: 08034878820154058100 CE, Relator: Desembargador Federal Paulo Machado Cordeiro, Data de Julgamento: 12/03/2016, 3ª Turma.*

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. *APO: 20140110446383 DF 0010057-66.2014.8.07.0018, Relator: SANDOVAL*

*OLIVEIRA, Data de Julgamento: 04/03/2015, 5ª Turma Cível, Data de Publicação:
Publicado no DJE : 16/03/2015 . Pág.: 368*

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. AC 0029865-97.2014.4.01.3400 / DF, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL NÉVITON GUEDES, QUINTA TURMA, e-DJF1 p.1480 de 30/04/2015.

NOTAS:

[1] Plenário STF. RE 837311/PI, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 09/12/2015 (repercussão geral).

[2] Art. 13. O concurso público tem validade de até dois anos, a qual pode ser prorrogada uma única vez, por igual período, na forma do edital.

§ 1º No período de validade do concurso público, o candidato aprovado deve ser nomeado com prioridade sobre novos concursados para assumir cargo na carreira.

§ 2º O candidato aprovado em concurso público, no prazo de cinco dias contados da publicação do ato de nomeação, pode solicitar seu reposicionamento para o final da lista de classificação.

O PRINCÍPIO DA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS E O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

RAPHAEL RODRIGUES VALENÇA DE OLIVEIRA:
Graduado e Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Advogado. Autor de obras jurídicas.

RESUMO: O presente trabalho busca propor a reflexão sobre a expressa previsão do princípio da fundamentação das decisões judiciais no Código de Processo Civil de 2015. Para tanto, investigar-se-á desde o contexto histórico-social enfrentado em sua gênese até sua consubstanciação, perpassando por momentos marcantes da evolução das concepções de Estado, constituição e processo para melhor compreender sua atual forma, ponderando sua aplicação para que não conflite com outros valores tão sensíveis ao presente ordenamento jurídico.

Palavras-chave: Princípios. Fundamentação. Código de Processo Civil 2015.

ABSTRACT: This study aims to propose a reflection on the introduction of the principle of the reasoning of judicial decisions in the 2015 Code of Civil Process. To do so, it will be investigated from the historical and social context faced in its genesis to their substantiation, by traversing memorable moments of the evolution of State conceptions, constitution and process to better understand its current form, considering your application so that does not conflict with other values so sensitive to our law.

Keywords: Principles. Rationale. Code of Civil Process 2015.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 DO CONTEXTO HISTÓRICO-SOCIAL. 3 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. 3.1 EVOLUÇÃO TEÓRICA DA CIÊNCIA DO PROCESSO. 3.2. DOS MOTIVOS DO CPC 2015. 4 O PRINCÍPIO DA FUNDAMENTAÇÃO OU MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS. 4.1. PRINCÍPIOS E REGRAS. 4.2. DO PRINCÍPIO DA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS. 4.3 DA (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 489 DO CPC DE 2015. 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS. 6. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

O Código de Processo Civil de 1973 (CPC/73) foi criado em um momento de exceção. O Brasil vivia um período ditatorial, marcado por desrespeito aos direitos e garantias dos cidadãos. As conquistas seculares no campo da teoria dos direitos fundamentais foram relativizadas e muitas vezes esquecidas. Contudo, a ciência do direito processual civil, como os demais ramos do saber, não nasceu com os contornos atuais. O processo não foi e nem será imutável.

Nesse sentido, o dinamismo das relações sociais foi responsável por produzir inúmeras alterações na redação do CPC/73, com o intuito de que as novas situações sócio jurídicas fossem a ele adequadas.

As mudanças registradas inspiravam-se em valores positivados, especialmente, na Constituição Federal de 1988 (CF/88), a exemplo, destacam-se tanto direitos como garantias fundamentais, como o princípio da democracia, dignidade da pessoa humana, do contraditório, da segurança jurídica, devido processo legal, duração razoável do processo – ressaltando a importância da celeridade, acesso à justiça, entre outros.

Em mais de 03 (três) décadas, com a efusão de tantas ideias, desejos, anseios e novas formas de pensar juridicamente, era inevitável que se começasse a indagar a harmonia e efetividade do diploma processualista, haja vista que com tantas alterações substanciais, como as reformas no processo de execução, na antecipação de tutela e no regime do agravo, por exemplo, afetava-se a funcionalidade e identidade da estrutura processualista insculpida no Código em escopo.

Com o propósito de atender a essas críticas, o debate foi iniciado no Congresso Nacional, culminando na edição do Projeto de Lei n. 166/2010, convertido na Lei 13.105 de 2015. Um dos principais pontos de controvérsia foi a extensão do princípio da fundamentação ou motivação das decisões judiciais.

Buscando compreender a atual roupagem deste no Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015), perquiriremos desde o contexto histórico-social sob o qual o mesmo surgiu até a materialização do referido no conjunto normativo em apreço.

Assim, da ausência completa do dever de justificar uma decisão estatal, característica comum de centenas de sociedades antigas, até o nascimento de valores constitucionais como o princípio do contraditório e da ampla defesa, serão examinados também os fatos e razões que levaram a Comissão de elaboração do CPC 2015 a insculpi-lo nos artigos 11, 489, 984, 1.029, 1.038 e 1.043 da Lei 13.105 de 2015 da forma como fora aprovada e o debate sobre a sua constitucionalidade.

Reconhecidas as linhas gerais e o objeto de estudo do presente trabalho, ressaltar-se-ão os limites do instrumento em exame para que sua aplicação não conflite com outros valores tão caros ao ordenamento jurídico atual, visando a melhor compreensão sobre assunto tão relevante não somente para a prática de qualquer operador do Direito, mas que tanto afeta aos jurisdicionados e sociedade no geral, posto que o dever de fundamentar uma decisão judicial interessa à prática jurídica tanto quanto aos cientistas do processo ou da Constituição.

É certo, entretanto, que muita polêmica paira sobre a matéria. Indagações não faltam, como, por exemplo, qual o contexto que ensejou o debate sobre a necessidade de uma nova edição de um diploma processualista? O anterior apresentava tantas falhas assim ao ponto de ser substituído? E ainda, será que o novo código atende às expectativas? Nessa perspectiva, o princípio da fundamentação é de fato uma novidade do CPC 2015? Por outro lado, sua introdução é constitucional?

Desta forma, somente com uma base sólida, é que essas questões poderão ser sanadas, em especial, naquilo que atine ao princípio da fundamentação, pois poderá ser devidamente ponderado com estes e outros pilares jurídicos para se encontrar a solução mais justa para os interesses do cidadão e do Estado, sem desprezitar, contudo, seus limites constitucionais e legais.

2. DO CONTEXTO HISTÓRICO SOCIAL

O estudo de qualquer valor e princípio jurídico não pode ser efetivado sem a análise do contexto em que foi criado e sua finalidade.

As normas jurídicas são produtos do pensar e maturidade diários, frutos de um processo lento, gradual. Assim, para cada direito materializado, inúmeros

fatos sociais ocorreram para que o mesmo fosse conquistado e assegurado perante determinada sociedade em um dado momento histórico.

Nesse sentido, qualquer análise para ser fiel perpassa pela evolução do conceito de Estado e momento constitucional. Entender o arcabouço normativo preponderante naquele espaço e tempo é vital para a compreensão holística do presente e futuro jurídico.

O momento chamado na história como Constitucionalismo, apesar de ser um termo recente, está ligado a uma ideia bastante antiga: a existência de uma Constituição nos Estados, independentemente do momento histórico ou do regime político adotado, conforme lições extraídas dos Professores Gilmar Mendes^[1] e Bernardo Gonçalves.^[2] Ainda que a Constituição em sentido moderno tenha surgido apenas a partir das Guerras Religiosas dos séculos XVI e XVII, pode-se dizer que todos os Estados – mesmo os absolutistas ou totalitários – sempre possuíram uma norma básica, expressa ou tácita, responsável por legitimar o poder soberano. Nesse sentido mais amplo, o constitucionalismo se confunde com a própria história da Constituição. ^[3]

Por outro lado, em sentido estrito, o constitucionalismo representa corrente doutrinária que busca limitar o poder político, sendo a Constituição ou a norma basilar daquele *corpus sociaetate* o símbolo que representa a sua materialização.

A inegável interdependência entre as declarações de direitos humanos e o intitulado Estado de Direito cristaliza as características de cada etapa do constitucionalismo, tornando-as indissociáveis do respectivo modelo de Estado. Assim, modelo de Estado e momento constitucional começam a caminhar juntos.

Nesse sentido, como ocorre com o Estado de Direito (Estado Liberal, Estado Social e Estado Democrático de Direito), a distinção entre as diversas fases do Constitucionalismo (antigo, clássico, moderno e contemporâneo) tem o valor didático de identificar e agrupar as características marcantes das experiências constitucionais européias que serviram como referencial para o direito constitucional de vários países.

A primeira experiência de organização Estatal associada ao constitucionalismo antigo é a do Estado Hebreu[4], caracterizado por forte presença religiosa como instrumento de organização social e limitação do poder político. Nesse Estado teocrático, predominavam-se algumas características, tais como: a) existência de leis não escritas ao lado dos costumes (principal fonte do direito); b) forte influência da religião, com a crença de que os líderes eram representantes dos deuses na terra; c) predomínio dos meios de constrangimento para assegurar o respeito aos padrões de conduta da comunidade (ordálias) e manter a coesão do grupo; e d) tendência de julgar os litígios de acordo com as soluções dadas a conflitos semelhantes (verdadeiros precedentes judiciais).[5]

Além do Estado Hebreu, também são Estados marcantes relacionados ao constitucionalismo antigo: as experiências na Grécia, Roma e Inglaterra.

Em seguida, exsurge o Constitucionalismo Moderno, usualmente utilizado para designar a fase compreendida entre as revoluções liberais ocorridas no final do século XVIII e a promulgação das constituições pós-bélicas, a partir da segunda metade do século XX.[6]

Neste período, destacam-se o Constitucionalismo Norte-Americano e Francês. Quanto à experiência norte-americana, costuma-se frisar: I) a criação da primeira Constituição escrita e dotada de rigidez; II) a ideia de supremacia da Constituição; III) a instituição do controle judicial de constitucionalidade (1803); IV) a forma federativa de Estado; V) o sistema presidencialista; VI) a forma republicana de governo; VII) o regime político democrático; VIII) a rígida separação e o equilíbrio entre os poderes estatais; IX) o fortalecimento do Poder Judiciário; e X) a declaração de direitos da pessoa humana. Já quanto ao período francês, merecem realce, sinteticamente, a consagração do princípio da separação dos Poderes e a distinção entre Poder Constituinte Originário e Derivado.[7]

Importa ressaltar que o embrião do princípio da fundamentação foi originado nesta época, ao passo que foram criados inúmeros direitos de primeira dimensão[8], consubstanciados no valor liberdade, opostos em face do Estado, como dever de status negativo[9], ou seja, uma obrigação de não agir, de resistir, de não ferir os direitos civis e políticos, tais como o direito à vida, à liberdade, direito ao contraditório e ampla defesa – alicerces constitucionais do dever de fundamentação – entre outros[10].

As transformações operadas no início do século XX e a vigência da Primeira Guerra Mundial (1914-1918), contribuíram para questionar o modelo de Estado liberal, fundado no liberalismo econômico e político, ganhando força a concepção de Estado Social ou Constitucionalismo Social, baseado no valor igualdade, ícone da segunda dimensão de direitos fundamentais. São exemplos: direitos sociais, direitos econômicos e culturais, de status positivo, segundo a classificação de Jellinek^[11] ou seja, comodidades que devem ser prestadas pelo Estado para que sejam efetivas. São marcos históricos: a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919. Em síntese, foram as primeiras constituições a prever direitos econômicos e sociais, como ao trabalho, educação e seguridade social.

Ademais, são apontadas como características desse modelo: a) intervenção no âmbito econômico, laboral e social, com o abandono da postura abstencionista; b) garantia de um mínimo bem-estar para os cidadãos; c) estabelecimento de um grande convênio global de implícito de estabilidade econômica. Em resumo, trata-se de um Estado voltado à satisfação das necessidades individuais e coletivas dos cidadãos.^[12]

Com as barbáries cometidas nas Guerras Mundiais, significativas mudanças nos traços do constitucionalismo e, por consequência, dos Estados começaram a ser registradas. Desponta o chamado Estado Contemporâneo. Enquanto algumas constituíram verdadeiras inovações, outras não passaram de uma releitura de experiências anteriores. Parte da doutrina^[13] identifica esta fase do constitucionalismo com uma das acepções do termo *neoconstitucionalismo*.^[14]

A perplexidade causada pelas terríveis experiências nazistas e atrocidades praticadas durante a guerra despertou a consciência coletiva sobre a necessidade de proteção da pessoa humana, a fim de evitar que pudessem ser reduzidas à condição de mero instrumento para fins coletivos ou individuais e impedir qualquer tipo de distinção em categorias hierarquizadas de seres humanos superiores e inferiores. Se, por um lado, essas experiências históricas produziram uma mancha vergonhosa e indelével na caminhada evolutiva da humanidade, por outro, foram responsáveis pela reação que culminou por alçar a dignidade da pessoa humana à categoria de núcleo central do constitucionalismo contemporâneo, dos direitos fundamentais e do Estado constitucional democrático.

Consagrada expressamente em importantes declarações internacionais de direitos humanos e em praticamente todos os textos constitucionais surgidos no segundo pós-guerra, a noção de dignidade une juristas, cientistas e pensadores a ponto de se afirmar que ela estabelece uma espécie de “consenso teórico universal”. Ainda que a dignidade não dependa do reconhecimento formal pelo ordenamento jurídico, a consagração copiosa no plano internacional e nas diversas Constituições é relevante na medida em que contribui para a noção assumir definitivamente um inquestionável caráter jurídico, convertendo, de valor originariamente moral, em um valor (também) tipicamente jurídico, revestido de normatividade. Em outras palavras, é possível afirmar que a consagração no plano normativo constitucional impõe o reconhecimento de que a dignidade deixou de ser um simples objeto de especulações filosóficas para se transformar em uma noção jurídica autônoma cumpridora de um papel fundamental dentro do ordenamento jurídico. Com a finalidade de proteger e promover a dignidade da pessoa humana e erigir a sociedade a patamares mais elevados de civilidade e respeito recíproco, os textos constitucionais das últimas décadas consagraram novos grupos de direitos fundamentais, ainda que muitos, a rigor, sejam apenas manifestações dos direitos de liberdade e igualdade com novos contornos para que possam fazer frente às novas ameaças. Surgem, assim, direitos ligados à fraternidade (terceira dimensão), à democracia, à informação e ao pluralismo (quarta dimensão). Paulo Bonavides defende o surgimento de uma quinta dimensão de direitos fundamentais, exemplificando com o direito à paz.^[15]

Concomitante ao Constitucionalismo Contemporâneo, surge a figura do Estado Democrático de Direito ou Estado Constitucional de Direito, caracterizado, principalmente, pela força normativa da Constituição e pelo fortalecimento do princípio democrático. Com o seu fortalecimento, instrumentos veiculadores de garantias de democracia direta e indireta como plebiscito, referendo e iniciativa popular são consagrados (art. 14, CF/88). Ademais, registra-se a busca pela efetividade dos direitos insculpidos, especialmente, na Constituição da República. A teoria dos direitos fundamentais passa a ser referência. O legislador passa a ser visto como objeto de deveres e não somente de limites.

É nesse contexto histórico que o princípio da fundamentação ganha força, como instrumento de garantia processual que objetiva conceder além da segurança jurídica, transparência e publicidade, visando ser, ainda, veículo que

assegura os postulados constitucionais do contraditório, ampla defesa, democracia, devido processo legal, entre outros, posto que a fundamentação das decisões judiciais se configura como forte instrumento de combate a arbitrariedades e abusos no exercício da atividade jurisdicional.

Assim, como expressão constitucional também do princípio democrático, viga do Estado democrático de direito, o princípio da fundamentação apresenta-se como fundamento de um novo modelo decisório, amparado em conceitos modernos já citados como o da transparência e publicidade, ciente do papel de que o magistrado não é mais o protagonista intocável da condução do processo e promotor do acesso à justiça, como bem explicita Lênio Streck^[16], mas, sim, personagem processual tão relevante quanto os demais, sinalizando uma nova postura na sua atuação, pautada no dever de explicitação, motivação e fundamentação. Não há prejuízo. Tampouco retrocesso.

Com a apresentação do contexto histórico e social que norteou a evolução constitucional e estatal a inspirar a introdução do princípio da fundamentação no discutir jurídico, este poderá ser trazido sob um ponto de vista específico.

3. DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

3.1 EVOLUÇÃO TEÓRICA DA CIÊNCIA DO PROCESSO

A ciência do direito processual civil foi idealizada para legitimar e garantir ideais de justiça na solução e pacificação de conflitos. Contudo, a forma de proporcionar esses fins foi deveras modificada ao passo da história. Não existia planejamento ou uniformidade.^[17]

Dentro desse cenário inicial, a doutrina processualista aponta alguns momentos de relevo, reunindo características que preponderaram em determinados períodos e que podem ser destacadas para ajudar o estudioso a entender a sua evolução. Em linhas superficiais, contribuíram decisivamente para a formação do novo código processual, pois antecederam e justificaram tudo aquilo que se conhecia acerca da ciência do processo, para findar no atual momento processual, também intitulado de neoprocessualismo. São as chamadas fases metodológicas do processo civil.

A primeira delas é a fase do praxismo ou sincretismo. Didier^[18] a classifica como sendo o embrião de tudo, em que não havia a distinção entre o processo e o direito material. O primeiro era estudado apenas em seus aspectos práticos, sem preocupações científicas ou com fundamentos acadêmicos. O direito processual não era um ramo autônomo do direito e, tampouco, havia estudos para uma pretensa autonomia científica. Sua derrocada iniciou com os estudos dos alemães da natureza jurídica da ação e do processo, no século XIX, pois notou-se que os conhecimentos eram eminentemente empíricos, sem nenhuma consciência de princípios ou suporte teórico.

A segunda fase foi chamada de processualismo ou autonomismo. A maior preocupação do período concentrou-se na afirmação científica do processo. Durante praticamente um século foram debatidas as grandes teorias processuais, em especial sobre a natureza jurídica da ação e do processo. A discussão sobre as condições da ação e os pressupostos processuais ganhou relevo. Em contrapartida, foi marcado pelo culto exagerado às formas processuais, com o intuito de enfatizar a autonomia científica. Em suma, demarcaram-se as fronteiras entre o direito processual e o direito material, com o desenvolvimento científico das categorias processuais.

A terceira fase foi denominada de instrumentalismo, na qual, não obstante se reconheçam as diferenças funcionais entre o direito processual e o direito material, é estabelecido entre eles uma relação circular de interdependência: o direito processual concretiza e efetiva o direito material, que confere ao primeiro o seu sentido. Nessa etapa, busca-se aperfeiçoar e suavizar a ênfase que foi dada à precedente ao tecnicismo e formalismo. Surge ao negar o caráter puramente técnico do processo, demonstrando que este não é um fim em si mesmo, mas um meio para se atingir uma finalidade, dentro de uma ideologia de acesso à justiça e paz social. É uma fase crítica, pois o processualista moderno sabe que a sua ciência atingiu níveis expressivos de desenvolvimento, contudo, o sistema ainda é falho na sua missão de produzir justiça.

Apesar de mantidas as conquistas das etapas precedentes, a ciência processual teve de avançar, e avançou. Fala-se, então, de um neoprocessualismo, que seria o estudo e aplicação do direito processual de acordo com esse novo

modelo de repertório teórico. Tem como principal objetivo construir técnicas processuais voltadas à promoção do direito fundamental à adequada, efetiva e célere tutela jurisdicional. É o processo de mero instrumento do direito material que realiza a justiça material de modo a atender brevemente os interesses do jurisdicionado. Contudo, para atingir tal finalidade, se fez necessário a modificação e a criação de alguns institutos processuais, de forma que o novo método processual, além de indagar por tutela efetiva, também busque pela celeridade e pela adequação. Com isso, foi utilizado a aplicação dos princípios constitucionais para conferir efetividade e não menos importante, buscando-se a evolução do processo, dar-se fim ao formalismo excessivo, pois este cria barreiras as normas que se encontram em harmonia com os valores constitucionais.

A ciência processual não vivenciou esse momento de novidade sozinha. Em termos constitucionais, fortalecia-se o primado do neoconstitucionalismo. Como buscava concretizar os direitos fundamentais, tornando os valores incrustados na Constituição como realidade, serviu de alicerce para impulsionar ainda mais a revolução processual. O avanço no objeto de estudos dos neoconstitucionalistas corroborava para fortalecer ainda mais o neoprocessualismo, uma vez que, com a limitação do poder político e a efetiva implantação do Estado democrático de direito o processo como um todo era favorecido. ^[19]

Tão importante quanto as teorias mencionadas, ascendia o intitulado pós-positivismo^[20] com o fracasso das já superadas correntes filosóficas do jusnaturalismo e do positivismo jurídico. O primeiro também é chamado de direito natural e ocupou espaço de destaque desde a antiguidade até o século XIX, marco de surgimento do positivismo jurídico.

No jusnaturalismo, defendia-se o reconhecimento de um conjunto de valores e de pretensões humanas legítimas que não decorriam de uma norma jurídica emanada do Estado. O direito natural seria respaldado por decorrer da vontade de Deus e na ordem natural das coisas. Por outro lado, o positivismo jurídico ganhou força após as revoluções burguesas do século XIX, alicerçado na concepção de que a ciência é o único conhecimento verdadeiro, o conhecimento científico é objetivo, e em assim sendo, o direito restringia-se ao conjunto de normas em vigor, fruto da produção estatal, responsável por tornar imutável os valores mais importantes daquela sociedade. Por fim, pretendia ainda promover o

reencontro da ética com o Direito, afirmando a ascensão dos valores e o reconhecimento da normatividade dos princípios.^[21]

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, a ideia de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos e da lei como uma estrutura meramente forma sucumbe. A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram espaço para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação.

Aproveitando-se dessa fragilidade exsurge o pós-positivismo, como expressão da designação provisória e genérica de um ideário difuso, pautado, especialmente, na relação entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada Nova Hermenêutica e da Teoria dos direitos fundamentais. O Direito, a partir de então, não poderia retornar ao jusnaturalismo, com seus fundamentos vagos, imprecisos, abstratos ou metafísicos de uma razão subjetiva. De igual, o positivismo também não era suficiente. O império da legalidade com seu Estado de Direito estava em crise, junto com o formalismo exacerbado, intrínsecos ao positivismo jurídico. Enquanto o neoconstitucionalismo promove a volta aos valores, a reaproximação entre Ética e Direito; entretanto, a Ética e a Moral materializam-se em princípios que passam a estar abrigados na Constituição, explícita ou implicitamente.

É essa a evolução da ciência do processo que irá proporcionar a edição de um novo Código de Processo Civil, produto de anos de debate e amadurecimento acerca dos rumos dessa nova roupagem à dogmática processualista, dotado de grande influência filosófica do pós-positivismo e profundamente norteados pelo neoconstitucionalismo, como todo e qualquer ramo do direito.

3.2.DOS MOTIVOS DO CPC 2015

Geralmente, as normas são organizadas em códigos para tornar a sua aplicação mais harmoniosa e sistemática, preservando com maior fidelidade a essência dos valores que preponderaram na sua criação, ou seja, a intenção do legislador.

Estabelecendo-se um paralelo com a ciência processual é notório que todo o sistema civil tem por finalidade proporcionar à sociedade o

reconhecimento, a realização e a tutela de direitos ameaçados ou violados de cada um dos jurisdicionados.

Sendo ineficiente o sistema processual, todo o ordenamento jurídico ressenete de real efetividade. De fato, as normas de direito material se transformam em utopia, sem a garantia de sua correlata consubstanciação.^[22]

O Código vigente, de 1973, operou satisfatoriamente enquanto pode. Contudo, após profundas alterações, em que pese terem sido recebidas com fervor pela comunidade jurídica, enfraqueciam a unicidade e sistematicidade processual, gerando, por vezes, conflitos entre as normas.

Sem prejuízo da manutenção e do aperfeiçoamento dos institutos introduzidos no sistema pelas reformas ocorridas, criou-se um Código novo, que não significa, todavia, uma ruptura com o passado. Assim, além de conservados os institutos cujos resultados foram positivos, incluíram-se no sistema outros tantos que visaram atribuir-lhe alto grau de eficiência.

Logo, o novo Código de Processo Civil, na teoria, tem o potencial de gerar um processo mais célere, mais justo, porque mais rente às necessidades sociais e muito menos complexo.^[23]

A simplificação do sistema, além de proporcionar-lhe coesão mais visível, permite ao juiz centrar sua atenção, de modo mais intenso, no mérito da causa.

Em linhas gerais, as falhas do atual código processualistas nortearam a Comissão elaboradora a superá-las, podendo ser destacados enquanto objetivos no novo diploma: 1) estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal, em uma clara demonstração da presença do neoconstitucionalismo no âmbito processual; 2) criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa, tornando o processo mais efetivo; 3) simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de subsistemas, como, por exemplo, o recursal, com o intuito de afastar o tecnicismo e o formalismo exacerbado – demonstrando mais uma vez a atual fase metodológica (neoprocessualismo); 4) estímulo à observância da jurisprudência dos Tribunais Superiores, uma vez que decisões diametralmente opostas praticadas em situações similares por magistrados gera

insegurança jurídica, apesar de que, talvez, esse tipo de postura seja um problema muito mais cultural do que legislativo, o novo CPC dispõe que os Tribunais devem uniformizar e respeitar sua jurisprudência, ademais, o mecanismo de julgamento de demandas repetidas é ampliado, conferindo tal poder aos Tribunais de segunda instância também; 5) maior autonomia para o magistrado no que diz respeito ao julgamento parcial de mérito e possibilidade de redistribuição pelo juiz dos ônus da prova, conforme peculiaridades do caso, fato que poderá contribuir para aumentar a celeridade processual; 6) introdução das questões prejudiciais nos limites da coisa julgada, prestigiando, mais uma vez a coerência, celeridade e economia processual; 7) dever dos juízes e tribunais de observar a ordem *cronológica* de conclusão para julgamento das causas, regra que irá contribuir para diminuir o subjetivismo e arbitrariedades durante o ato de julgamento; 8) contagem dos prazos em dias úteis e não mais corridos, desejo histórico da maior parte dos advogados; e, 9) finalmente, sendo talvez este último objetivo parcialmente alcançado pela realização daqueles mencionados antes, imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, mais coesão e unicidade.^[24]

Afastando qualquer tipo de análise com a pretensão de esgotar o assunto, são essas as principais razões que contribuíram para a criação de um novo diploma processualista.

4. O PRINCÍPIO DA FUNDAMENTAÇÃO OU MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

4.1. PRINCÍPIOS E REGRAS

Plínio Melgaré^[25], fundando-se na doutrina de Ronald Dworkin, importante autor contemporâneo no que pertine aos debates relativos aos princípios jurídicos, distingue estes das regras jurídicas em alguns campos ou searas. Inicia destacando que a regra é um critério normativo abstrato, cuja estrutura lógica de aplicação insere-se no campo do binômio tudo/nada, ou seja, estipulados os fatos dados pela regra, ou ela será válida ou inválida, situação na qual sua resposta em nada será considerada. Os princípios, por sua vez, não transitam no disjuntivo campo do tudo ou nada. Não é necessário, em situações de conflito, que o princípio destoante seja considerado inválido. A sua não incidência no caso em apreço não o desqualifica para nortear outros comportamentos.

Outras distinções também merecem apontamentos, tais como: a) ao passo que as regras são ou não aplicadas em sua totalidade, os princípios são dúcteis, isto é, apresentam-se com um grau de plasticidade, sendo mais ou menos concretizados em decorrência de sua substantiva dimensão valorativa, assim, as regras aspiram a dar de um modo objetivo a resposta para os casos previstos, enquanto os princípios indicam materialmente o caminho a ser seguido; b) quanto ao critério da generalidade e abstração, os princípios seriam aquelas normas com teor mais aberto, geral, enquanto as regras seriam específicas, pontuais; c) quanto ao grau de determinabilidade dos casos de aplicação da norma, os princípios corresponderiam às normas que carecem de mediações concretizadoras por parte do legislador, do juiz ou da Administração, por outra banda, as regras seriam as normas suscetíveis de aplicação imediata.^[26]

De modo diametralmente oposto, faz-se oportuno também analisar as similitudes entre os princípios e as regras, posto que ambos são vistos como espécies de normas, uma vez que prescrevem dever ser, valendo-se assim de categorias deontológicas comuns às normas – o mandado (determina -se algo), a permissão (faculta -se algo) e a proibição (veda -se algo).

É certo que a doutrina há muito encarrega-se de distinguir e de aproximar os referidos institutos a depender da conveniência didática ou da corrente filosófica, contudo, é pacífico que os estudos de Ronald Dworkin e Robert Alexy merecem especial atenção quando do estudo do tema.

Nesse sentido, como já enfrentado, apesar de apresentarem posições específicas em alguns conceitos, é cediço que a pesquisa dos dois, só corrobora para o entendimento de que as constituições, hoje, são compostas de regras e de princípios. Um modelo feito apenas de regras prestigiaria o valor da segurança jurídica, mas seria de limitada praticidade, por exigir uma disciplina minuciosa e plena de todas as situações relevantes, sem deixar espaço para o desenvolvimento da ordem social. O sistema constitucional não seria aberto. Entretanto, um sistema que congregasse apenas princípios seria inaceitavelmente ameaçador à segurança das relações.

Feita essa pequena distinção, necessária para a melhor compreensão do princípio da fundamentação das decisões judiciais, passa-se ao enfrentamento do aludido em linhas particulares.

4.2. DO PRINCÍPIO DA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

O Código de Processo Civil de 1973, embora alterado por mais de 40 anos, não conseguiu de forma eficiente e harmoniosa inculpir na praxe processual o respeito ao princípio da fundamentação das decisões judiciais.

Antes de aprofundar-se sobre os contornos do princípio em epígrafe, prudente afigura-se entender a distinção entre o dever de fundamentar e o de motivar.

Carlos Aurélio Mota de Souza^[27] defende que existem distinções entre os institutos. A motivação seria a discussão e análise dos motivos, causas, as razões, as circunstâncias dos fatos, que ensejam o Estado-juiz a posicionar-se.

Nesse contexto, a motivação abrange a livre convicção fundamentada (ou persuasão racional), pela qual o juiz deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento. Aqui, indicar os motivos revela claramente que é nesta fase que o juiz forma seu convencimento (determina qual é a decisão), que deve declarar no dispositivo da sentença ou demais decisões. Em suma, motivar seria explicitar ou justificar os motivos ou as razões determinantes de ações.

Por outro lado, o processo de fundamentação significa o ato de escolha do argumento em que se alicerça uma tese. Na teoria da decisão judicial, é o seu juízo fundante, o argumento relevante, dentre muitos, determinado pelo juiz segundo uma escala de valoração, necessária à livre apreciação das questões. Nelson Nery Júnior^[28] traz interessante visão ao pontuar que fundamentar significa o magistrado dar as razões, de fato e de direito, que o convenceram a decidir a questão daquela maneira. A fundamentação tem implicação substancial e não meramente formal. Desse modo, o juiz analisa as questões, motivos postos a seu julgamento, exteriorizando a base fundamental de sua decisão.

Motivação é perquirir, indagar as situações descritas, as origens, causas. Fundamentar é escolher, dentre elas, aquelas que são aptas a subsidiar, fundar, embasar, respaldar a solução adotada para a controvérsia.

Preenchidos os esboços iniciais, reforça-se que a maior vitória dos defensores do dever de fundamentação das decisões exsurgiu da expressão

constitucional positivada no artigo 93, IX, da Constituição da República de 1988, responsável por determinar que todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.[\[29\]](#)

É inegável que o dever de motivação ganhou muita força, ocupando espaço de relevo nas discussões que tinham por escopo a busca de um processo mais justo, célere e transparente.

Nas precisas lições de Humberto Theodoro Júnior[\[30\]](#), o dever do juiz de fundamentar todas as suas decisões (e não apenas as sentenças) é um consectário do devido processo legal e, especialmente, da garantia do contraditório, entendida como direito de influir efetivamente no desenvolvimento do processo e na formação do provimento judicial.

Além disso, assegura o princípio da segurança jurídica, uma vez que possibilita não somente à parte sucumbente, mas como ao próprio Tribunal e sociedade compreender a exata dimensão da justiça da solução apontada no caso concreto, através da decisão judicial.

Nesse sentido, para cumprir esse mandamento constitucional, cabe ao juiz levar em conta os argumentos de defesa das partes, dando resposta adequada àqueles que acaso sejam desacolhidos, na fundamentação do ato decisório.

Essa postura, de certo modo, confronta-se com o chamado princípio do livre convencimento do magistrado, cristalizado pela norma extraída do artigo 131 do Código de Processo Civil de 1973, ao passo que este determina que o juiz apreciará livremente a prova, atentando aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes, mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento.

Na prática, muito em razão do pensamento arraigado na cultura jurídica de que o magistrado detém o papel de protagonista judicial, tanto os juízes de primeiro grau como os membros do Tribunais enxergavam esse comando com desconfiança, convictos de que o exercício do ato de decidir por si só já os legitimava a dizer quando, como e quais eram as situações que demandavam

maior cuidado na fundamentação ou sequer enfrentamento meritório. Tratava-se de uma discricionariedade judicial de impossível controle pela via recursal.

Assim, ao invés de ser visto como corolário de um processo isonômico, os Tribunais em sua grande maioria utilizavam-se da interpretação aparentemente mais conveniente para seus membros quanto ao artigo 93, IX, da CF, qual seja, a de que o dever de enfrentar todas as teses apresentadas pelas partes dizia respeito a juízo discricionário decidido exclusivamente segundo critérios subjetivos de cada magistrado.

Exemplo cristalino do mencionado encontra-se no estudo da jurisprudência dos Tribunais Superiores, que há muito compreendia que era dever do magistrado fundamentar suas decisões, conforme os casos do AI 791.292-QO-RG^[31], Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 23-6-2010, Plenário, DJE de 13-8-2010, com repercussão geral. No mesmo sentido, ^[32]HC 102.580, ^[33]AI 737.693-AgR, AI 697.623-AgR-ED-AgR,

Em julgamentos mais antigos, o entendimento também era observado no Supremo Tribunal Federal, consoante aresto extraído em que já se apresentava a denominada motivação *per relationem* (STF), qual seja, ^[34]MS 25.936-ED, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 13-6-2007, Plenário. No mesmo sentido ^[35]AI 814.640-AgR, HC 92.020, HC 100.221.

Com isso, nota-se, em verdade, uma inversão da vontade do legislador. A norma foi criada para veicular novas garantias, novos direitos, enquanto a sua materialização na prática foi distinta, instrumentalizando obscuridades e omissões não condizentes com o Estado democrático de Direito.

É nessa atmosfera de discussões que o Projeto de Novo Código de Processo Civil ratifica o artigo 11, por exemplo, seco em dispor que todos os julgamentos do Poder Judiciário serão públicos e todas as decisões serão fundamentadas, sob pena de nulidade.

Uma leitura superficial poderia conduzir o intérprete à mais uma reprodução legal desnecessária de um comando constitucional já consagrado. Contudo, conforme a teoria de que o legislador não adota palavras ou expressões inócuas, a atenção deve ser redobrada.

A constante inobservância do dever imposto pelo artigo 93, IX, da CF, precisamente por traduzir grave transgressão de natureza constitucional, afeta a legitimidade jurídica da decisão e gera, de maneira irremissível, a conseqüente nulidade do pronunciamento judicial.

Desta feita, acertada a preocupação de positivá-lo expressamente no novo diploma processual, visto que ainda sofremos forte influência dos ideais do positivismo jurídico, mesmo que agora sob nova roupagem.

Os operadores do direito no Brasil, mesmo os mais novos, muitas vezes, ainda enxergam a norma produzida pela atividade legislativa com maior força hierárquica do que postulados teóricos implícitos ou até mesmo expressos, mas por diferentes instrumentos.

Nessa toada, alguns autores defendem[36] até mesmo o fim do livre convencimento do magistrado, vez que inúmeras expressões que faziam alusão ao livre convencimento ou livre apreciação foram expungidas da redação final.

Diante dessa nova apresentação, talvez, o respeito ao cidadão enquanto destinatário do princípio da fundamentação das decisões judiciais pode ser que seja visto de forma diferente, vez que foi uma das gratas novidades da redação da Lei 13.105 de 2015.

4.3 DA (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 489 DO CPC DE 2015

Para alguns, uma das melhores novidades trazidas pelo recém aprovado diploma processualista, para outros, um apanhado de inconstitucionalidades. O artigo 489[37] da aludida Lei reflete com maestria a polêmica sobre a obrigatoriedade do dever de motivação das decisões ou do respeito ao princípio da fundamentação das decisões.

Para os críticos da sanção desse dispositivo legal, especialmente, para a Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho[38] — Anamatra, a Associação dos Magistrados Brasileiros — AMB e a Associação dos Juizes Federais do Brasil — Ajufe, que manifestaram-se publicamente de forma contrária ao dever de motivação, os principais argumentos para a alegação de inconstitucionalidade residem nos argumentos a seguir: 1) suposta ofensa à

independência funcional dos magistrados; 2) pretensão prejuízo à duração razoável do processo; 3) restringiria o mandamento constitucional elencado no artigo 93, IX, da CF; 4) tornaria vinculantes súmulas, teses e orientações jurisprudenciais, o que só a Constituição, segundo afirmam, poderia realizar; 5) aumento da burocracia processual.

Passa-se, agora, ao enfrentamento de cada um dos argumentos. Em primeiro lugar, alegam os críticos que o dispositivo em apreço ofende a independência funcional dos magistrados, contudo, não fora tolhida nenhuma prerrogativa dos magistrados ou sequer ameaçada de forma indevida. O que fora verificado, ao revés, diz respeito ao exercício legítimo de um dever em desfavor dos mesmos com o intuito de se proporcionar direitos aos cidadãos. Resta afastado, portanto, qualquer crítica à independência dos magistrados, visto que permanece incólume.

De igual modo, devem ser refutadas as alegações que atribuem ofensa à duração razoável do processo, posto que computar no prazo razoável do processo uma atividade tão essencial à atividade judicial como a adequada justificação de uma decisão é equívoco de natureza lógica. Seria o mesmo que considerar prejudicial à celeridade do processo a produção de uma prova relevante e necessária à resolução do litígio ou qualquer outro ato essencial ao deslinde da controvérsia. Isso sem mencionar que motivação dessa natureza, avessa a abstrações, tem maior aptidão de cumprir seu escopo subjetivo, convencendo a parte que sucumbiu do acerto da decisão e desestimulando-a, portanto, a impugná-la. Em sentido contrário, decisão obscura ou infundada estimula injustamente o protelar injusto da celeuma.

Ato contínuo, ainda de acordo com as mencionadas entidades de classe, o artigo 489 do Novo CPC restringiria desarrazoadamente o conceito constitucional de fundamentação (art. 93/CF). Da análise que se depreende do mencionado dispositivo, contudo, a conclusão a que se chega é em sentido diametralmente oposto ao teor dessa crítica. O que fez o legislador, tão somente, a partir da observação do que sói ocorrer na realidade, foi estabelecer hipóteses não taxativas em que não se considerará motivada a decisão, porque em tais casos é suprimida do conhecimento das partes uma informação relevante a respeito da formação do convencimento judicial.

O legislador, assim, no exercício das atribuições que lhes são próprias, procurou dar concretude aos princípios da motivação e do contraditório, que informam o devido processo legal e constituem alicerce do Estado democrático de direito. Não se retira com isso, ao contrário do sustentado, qualquer autonomia do Poder Judiciário para a interpretação do artigo 93, inciso IX, da Constituição.

Um último comentário deve ser feito sobre as críticas tecidas aos incisos V e VI do parágrafo único do mesmo art. 489 do novo CPC, segundo os quais não se reputa motivada decisão que “se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos”, e que “deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento”. Para a Anamatra, se tais dispositivos entrarem em vigor, “o juiz não pode simplesmente aplicar a súmula de jurisprudência a caso que evidentemente se subsuma a ela, devendo ‘identificar’ seus fundamentos determinantes”.

Deixando de lado que a subsunção já se encontra há muito superada enquanto técnica de aplicação do direito, fato é que os magistrados, ao utilizarem determinada “súmula de jurisprudência”, para que suas decisões sejam reputadas fundamentadas, tem o dever de demonstrar as razões da sua aplicação ou não ao caso concreto, o que implica a necessidade de analisar as particularidades de cada caso, do paradigma e do caso em exame. O enunciado de uma súmula, como se sabe, não tem origem na vontade soberana dos tribunais, mas sim na reiteração de julgamentos de casos semelhantes. O que o inc. V, portanto, está a exigir é que o magistrado demonstre que o caso sob julgamento guarde semelhança com os casos julgados que deram origem à súmula que se pretende aplicar. Além disso, caso se considere que o entendimento jurisprudencial aplicável em princípio ao caso encontra-se superado, tem o magistrado o dever de demonstrar quais as razões que o levaram a não aplicá-lo ao caso concreto. Só assim serão atendidas as funções da motivação, na medida em que a parte que sucumbiu terá condições de se insurgir contra essa decisão para demonstrar que a superação apontada pelo juiz não encontra correspondência na realidade e, por esta razão, não se justifica.

É importante destacar que a tão propalada independência funcional dos juízes não lhes autoriza a julgar com base em seu livre convencimento sem levar em consideração de forma justificada o que dispõe os tribunais superiores. Isso não significa aceitar todas as súmulas não vinculantes de tais tribunais, mas fundamentadamente aceitá-las ou rebatê-las. Observar o que estatui esses tribunais tem sempre grande relevância, na medida em que isso assegura benefícios para todo o sistema jurídico, como, por exemplo, a promoção da isonomia e da previsibilidade de uma determinada interpretação jurisprudencial, outra forma de manifestação do princípio da segurança jurídica.

Por fim, também não merece prosperar o argumento de que o dispositivo em tela conflui para o aumento da burocratização processual, mas, sim, ao contrário, uma vez que impede que decisões desnecessárias sejam proferidas em razão da nulidade dos pronunciamentos incompletos e arbitrários.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A edição do novo Código de Processo Civil surge em um momento oportuno. O diploma atual fornece há anos indícios de que necessitava ser substituído, consoante já citado. Apesar disso, a alteração poderia ter avançado mais.

Conforme destacado nos capítulos anteriores, o diploma substituto não conseguiu dissociar-se do instrumentalismo e do ainda patente protagonismo judicial, verificados em capítulos dedicados, por exemplo, às tutelas de urgência e evidência.

Em contrapartida, são inegáveis as melhorias encontradas no âmbito da celeridade, efetividade e do acesso à justiça.

O Princípio da fundamentação, embora já existisse, ganhou maior destaque no contexto do novo código, pois foi dada enfoque à sua aplicação e compreensão de uma forma antes não trabalhada.

O CPC de 2015 almeja mostrar que hoje se vive uma nova realidade social, quando comparada à sua pretérita edição, natural sinal do dinamismo das relações sociais. Um processo que corresponda as exigências dessa nova realidade deve ser um processo eficiente. E para isso, o Estado valoriza a dialeticidade,

debatendo, utilizando e respeitando ideias contrárias para percorrer os caminhos necessários para se chegar a uma solução. A dialética defende o raciocínio e o diálogo, pois com eles pode contrapor questionamentos, propiciando novas soluções. O princípio da fundamentação pode ser apontado assim como veículo para se prestigiar a dialeticidade.

Nesse sentido, requer que o Estado, através do juiz, ao acolher os argumentos suscitados na fase processual, deva discutir tudo que tenha ligação com o objeto que foi levado aos autos. O Juiz deixa um pouco o papel de apenas reproduzir o que aconteceu no mundo fático, para, junto com as partes, de modo colaborativo, democrático, criar a solução para o caso concreto, inclusive se esta não esteja prevista na norma inicialmente. O contexto social jurídico atual não precisa de um juiz que não tenha o interesse em analisar criticamente o litígio ou, por outro lado, que apenas preocupe-se com a celeridade processual e “metas” de prazos para julgamento estipuladas pelos órgãos de gestão do Poder Judiciário. Um processo que cumpre esses prazos administrativos internos não é necessariamente zeloso.

Um processo célere atende, a princípio, o ordenamento, desde que, contudo, seja respeitador dos demais valores. Não adianta ser diligente se ineficiente ou injusto.

Desse modo, a pretensa ofensa à duração razoável do processo e ao aumento da burocracia são falácias que não merecem prosperar. Uma decisão que analisa corretamente as questões postas é muito mais célere do que aquela incompleta, infundada, que será objeto de impugnações e nulidades.

A exigência da fundamentação de um pronunciamento estatal que decide controvérsias é imperativo categórico de qualquer manifestação minimamente respeitosa do contraditório, da segurança jurídica e da efetividade da própria tutela jurisdicional. Não há inconstitucionalidade em veiculá-lo. Não há ofensa à independência dos magistrados, mas, sim, o contrário, vez que irá contribuir ainda mais para legitimar, se aplicado corretamente, as decisões proferidas pelos juízes.

Criticá-lo é maldizer uma garantia essencial para uma ciência processual contemporânea a um Estado democrático de direito, alicerçado no postulado democrático e fundado na força normativa da Constituição.

A decisão bem fundamentada se aproxima da realidade democrática, valoriza a participação das partes, enaltece a cooperação para o deslinde e para a solução dos litígios, configurando, assim, garantia não só dos jurisdicionados, mas também, de todos os cidadãos, operadores do direito e sociedade.

Expurgar o dever de fundamentar é retroagir. Não há processo justo, consentâneo do devido processo legal que não se preocupe em efetivar direitos, desse modo, a busca deve ser em ampliar o alcance e instrumentalização destes e não a redução do seu campo de atuação, permitindo que decisões sejam tomadas de forma obscura e destoantes de um processo transparente.

É claro que alterações legislativas isoladas, desacompanhadas de uma reflexão teórica que proporcione o debate, não irão evitar injustiças e autoritarismos. A letra seca da lei não altera comportamentos, condutas ou fatos. A maturidade coletiva, sim, pois essa, mesmo que lenta e gradual, direciona o poder Executivo, subsidia a gestão do Poder Judiciário e induz o Legislativo.

6. REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Sistema jurídico, princípios jurídicos y razón practica.** Derecho y razón practica. México: Fontamara, 1993^a: 99.

_____. **Teoria de los derechos fundamentales.** Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993^b :141.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MAGISTRADOS. **Anamatra reage a críticas sobre vetos propostos ao Novo Código de Processo Civil.** Disponível em <http://www.anamatra.org.br/index.php/noticias/anamatra-reage-a-criticas-sobre-vetos-propostos-ao-novo-codigo-de-processo-civil>. Acesso em novembro/2015.

ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica:** entre permanência, mudança e realização no direito tributário. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. **Teoria dos princípios:** da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 6^a ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BARROSO, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil**". In: "A constitucionalização do direito". 2007, p.203-249; 216..

_____. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo**. Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba, v. 1, n. 1, 2001, p. 15-59.

_____. **Temas de direito constitucional**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL de 2015. Exposição de motivos. Disponível em <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>. Acesso em novembro/2015.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AI 791.292-QO-RG, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 23-6-2010, Plenário, DJE de 13-8-2010, com repercussão geral. **O art. 93, IX, da CF exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão.**

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 102.580. Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 22-6-2010, Primeira Turma, DJE de 20-8-2010 **O que se impõe ao juiz, por exigência do art. 93, IX, da CF, é o dever de expor com clareza os motivos que o levaram a condenar ou a absolver o réu. Havendo condenação, aplicará a pena na medida em que entenda necessária para a prevenção e a repressão do crime, expondo os motivos pelos quais chegou ao quantum aplicado definitivamente, o que ocorreu na hipótese.**

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AI 737.693-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 9-11-2010, Primeira Turma, DJE de

26-11-2010; AI 749.496-AgR, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 18-8-2009, Segunda Turma, DJE de 11-9-2009; AI 697.623-AgR-ED-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 9-6-2009, Primeira Turma, DJE de 1º-7-2009; AI 402.819-AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 12-8-2003, Primeira Turma, DJ de 5-9-2003.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MS 25.936-ED, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 13-6-2007, Plenário, DJE de 18-9-2009. **Revela-se legítima e plenamente compatível com a exigência imposta pelo art. 93, IX, da Constituição da República, a utilização, por magistrados, da técnica da motivação per relationem**, que se caracteriza pela remissão que o ato judicial expressamente faz a outras manifestações ou peças processuais existentes nos autos, mesmo as produzidas pelas partes, pelo Ministério Público ou por autoridades públicas, cujo teor indique os fundamentos de fato e/ou de direito que justifiquem a decisão emanada do Poder Judiciário.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL AI 814.640-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 2-12-2010, Primeira Turma, DJE de 1º-2-2011; HC 92.020, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 21-9-2010, Segunda Turma, DJE de 8-11-2010; HC 100.221, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 4-5-2010, Primeira Turma, DJE de 28-5-2010; HC 101.911, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 27-4-2010, Primeira Turma, DJE de 4-6-2010; HC 96.517, Rel. Min. Menezes Direito, julgamento em 3-2-2009, Primeira Turma, DJE de 13-3-2009; RE 360.037-AgR, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 7-8-2007, Segunda Turma, DJ de 14-9-2007; HC 75.385, Rel. Min. Nelson Jobim, julgamento em 7-10-1997, Segunda Turma, DJ de 28- 11-1997.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal anotada**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 25.ed.. São Paulo: Malheiros, 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Curso de direito constitucional e teoria da constituição**. 6ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993

DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. V.1. 15 ed. Salvador: Juspodvim, 2013

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. São Paulo: Atlas, 1994.

GILISSEN, John. **Introdução histórica do Direito**. Trad. A. M. Hespanha e L. M. Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação CalousteGulbenkian, 1995

GONÇALVES FERNANDES, Bernardo. **Curso de direito constitucional**. 7.ed. Salvador: Juspodvim, 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1997.

MELGARÉ, Plínio. **Princípios, regras e a tese dos direitos. Apontamentos à luz da teoria de Ronald Dworkin**. Revista de informação legislativa, v. 41, n. 163, p. 97-112, jul./set. 2004. Disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/981/R163-07.pdf?sequence=4>. Acesso novembro/2015.

MENDES, Gilmar. **Curso de direito constitucional**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito**. Temas de Direito Processual. São Paulo: Saraiva, 1988.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004

ROSÁRIO, Luana Paixão Dantas do. O Neoconstitucionalismo, a Teoria dos Princípios e a dimensão ético-moral do direito. **Revista de informação legislativa**, v. 47, n. 186, p. 245-264, abr./jun. 2010. Disponível em

<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/198684/000888831.pdf?sequence=1>.

Acesso: novembro/2015

SALDANHA, Nelson. **Formação da teoria constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000

SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Cláudio Pereira. **Direito constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de Souza. **Motivação e Fundamentação das decisões judiciais e o princípio da segurança jurídica**. Disponível em <http://esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/viewFile/345/338>. Acesso em novembro/2015

STRECK, Lênio Luiz. O novo Código de Processo Civil (CPC) e as inovações hermenêuticas. O fim do livre convencimento e a adoção do integracionismo dworkiniano. **Revista de Informação Legislativa**, Ano 52, Número 206, abr./jun 2015. Disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512448/001041585.pdf?sequence=1>. Acesso: novembro/2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. O compromisso do Projeto de Novo Código de Processo Civil com o processo justo. **Revista de informação legislativa**, v. 48, n. 190 t.1, p. 237-263, abr./jun. 2011. Disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242896>. Acesso em novembro/2015.

NOTAS:

[1] MENDES, Gilmar. **Curso de direito constitucional**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

[2] FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 7.ed. Salvador: Juspodvim, 2015.

[3] MENDES, op.cit.

[4] SALDANHA, Nelson. **Formação da teoria constitucional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000

[5] BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal anotada**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007

[6] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Curso de direito constitucional e teoria da constituição**. pág.52

[7] BULOS, op.cit.

[8] MENDES, Gilmar. Curso de direito constitucional. pág. 233. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

[9] JELLINEK, Georg apud BULOS, op.cit.

[10] BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 25.ed. pág.563-564. São Paulo: Malheiros, 2015.

[11] JELLINEK, Georg apud Bulos, op.cit

[12] Nesse sentido, cf. BULOS, op.cit.

[13] Nesse sentido, cf. MENDES, Gilmar; FERNANDES, Bernardo. SARMENTO, Daniel.

[14] A expressão denominada “neoconstitucionalismo” foi idealizada da junção do prefixo “neo”, referente a novo, de cunho contemporâneo, distinto da tradição alemã e americana, produto da derivação da doutrina constitucional espanhola e italiana, consoante dizeres de Bernardo Gonçalves Fernandes. Contudo, cabe ressaltar que existe grave polêmica acerca de seu conteúdo e da sua unicidade. Sendo assim, continua o autor, afirmando que não existe apenas um “neoconstitucionalismo”, mas, sim, existiriam diversas teorias “neoconstitucionalistas”, conforme apregoa Miguel Carbonell, visto que, mesmo entre aqueles que se apresentam como “neoconstitucionalistas”, há profunda divergência de posições jusfilosóficas. Nesse diapasão, na presente obra, utilizaremos o termo “neconstitucionalismo” no sentido descrito por Luís Roberto Barroso, posto que identifica algumas características principais relacionadas ao momento constitucional brasileiro, dentre as quais, destacam-se: como marco histórico, a formação do Estado constitucional de direito; como marco filosófico: o pós-positivismo; e, como marco teórico: o conjunto de mudanças que incluem a força normativa à Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Isto posto, nesse trabalho, filiamo-nos a posição que ainda defende a inexistência de um só “neoconstitucionalismo” no mundo, contudo, adotaremos a visão de Barroso, posto que é aquele que melhor traduz essa corrente para justificar o atual estágio do constitucionalismo brasileiro.

[15] **Curso de direito constitucional**. Pág.580-593, 2008.

[16] STRECK, Lênio Luiz. O novo Código de Processo Civil (CPC) e as inovações hermenêuticas. O fim do livre convencimento e a adoção do integracionismo dworkiniano. **Revista de Informação Legislativa**, Ano 52, Número 206, abr./jun 2015. Disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512448/001041585.pdf?sequence=1>. Acesso: novembro/2015.

[17] MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito. Temas de Direito Processual**. São Paulo: Saraiva, 1988.

[18] DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. V.1. 15 ed. Salvador: Juspodvim, 2013.

[19] FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 7.ed. Salvador: Juspodvim, 2015.

[20] ROSÁRIO, Luana Paixão Dantas do. O Neoconstitucionalismo, a Teoria dos Princípios e a dimensão ético-moral do direito. *Revista de informação legislativa*, v. 47, n. 186, p. 245-264, abr./jun. 2010. Disponível

<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/198684/000888831.pdf?sequence=1>. Acesso: novembro/2015

[21] BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*. Curitiba, v. 1, n. 1, 2001, p. 15-59

[22] Nesse sentido, cf. a exposição de motivos do Código de Processo Civil de 2015. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>. Acesso em novembro/2015.

[23] Nesse sentido, cf. a exposição de motivos do Código de Processo Civil de 2015. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>. Acesso em novembro/2015.

[24] Idem

[25] MELGARÉ, Plínio. Princípios, regras e a tese dos direitos. Apontamentos à luz da teoria de Ronald Dworkin. *Revista de informação legislativa*, v. 41, n. 163, p. 97-112, jul./set. 2004. Disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/981/R163-07.pdf?sequence=4>. Acesso novembro/2014.

[26] MENDES, Gilmar. Curso de direito constitucional. Pág. 84-86. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

[27] SOUZA, Carlos Aurélio Mota de Souza. **Motivação e Fundamentação das decisões judiciais e o princípio da segurança jurídica.** Disponível em <http://esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/viewFile/345/338>. Acesso em novembro/2015.

[28] NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal.** 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

[29] MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A motivação das decisões judiciais como garantia inerente ao Estado de Direito.** Temas de Direito Processual. São Paulo: Saraiva, 1988.

[30] THEODORO JÚNIOR, Humberto. O compromisso do Projeto de Novo Código de Processo Civil com o processo justo. **Revista de informação legislativa**, v. 48, n. 190 t.1, p. 237-263, abr./jun. 2011. Disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242896>. Acesso em novembro/2015

[31] BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AI 791.292-QO-RG, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 23-6-2010, Plenário, DJE de 13-8-2010, com repercussão geral. **O art. 93, IX, da CF exige que o acórdão ou decisão sejam fundamentados, ainda que sucintamente, sem determinar, contudo, o exame pormenorizado de cada uma das alegações ou provas, nem que sejam corretos os fundamentos da decisão.**

[32] BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 102.580. Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 22-6-2010, Primeira Turma, DJE de 20-8-2010 **O que se impõe ao juiz, por exigência do art. 93, IX, da CF, é o dever de expor com clareza os motivos que o levaram a condenar ou a absolver o réu. Havendo condenação, aplicará a pena na medida em que entenda necessária para a prevenção e a repressão do crime, expondo os motivos pelos quais chegou ao quantum aplicado definitivamente, o que ocorreu na hipótese.**

[33] BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AI 737.693-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 9-11-2010, Primeira Turma, DJE de 26-11-2010; AI 749.496-AgR, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 18-8-2009, Segunda Turma, DJE de 11-9-2009; AI 697.623-AgR-ED-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 9-6-2009, Primeira Turma, DJE de 1º-7-2009; AI 402.819-AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 12-8-2003, Primeira Turma, DJ de 5-9-2003.

[34]BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MS 25.936-ED, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 13-6-2007, Plenário, DJE de 18-9-2009. **Revela-se legítima e plenamente compatível com a exigência imposta pelo art. 93, IX, da Constituição da República, a utilização, por magistrados, da técnica da motivação per relationem**, que se caracteriza pela remissão que o ato judicial expressamente faz a outras manifestações ou peças processuais existentes nos autos, mesmo as produzidas pelas partes, pelo Ministério Público ou por autoridades públicas, cujo teor indique os fundamentos de fato e/ou de direito que justifiquem a decisão emanada do Poder Judiciário.

[35]BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERALAI 814.640-AgR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 2-12-2010, Primeira Turma, DJE de 1º-2-2011; HC 92.020, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 21-9-2010, Segunda Turma, DJE de 8-11-2010; HC 100.221, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 4-5-2010, Primeira Turma, DJE de 28-5-2010; HC 101.911, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 27-4-2010, Primeira Turma, DJE de 4-6-2010; HC 96.517, Rel. Min. Menezes Direito, julgamento em 3-2-2009, Primeira Turma, DJE de 13-3-2009; RE 360.037-AgR, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 7-8-2007, Segunda Turma, DJ de 14-9-2007; HC 75.385, Rel. Min. Nelson Jobim, julgamento em 7-10-1997, Segunda Turma, DJ de 28- 11-1997.

[36]STRECK, Lênio Luiz. O novo Código de Processo Civil (CPC) e as inovações hermenêuticas. O fim do livre convencimento e a adoção do integracionismo dworkiniano. **Revista de Informação Legislativa**, Ano 52, Número 206, abr./jun 2015. Disponível em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512448/001041585.pdf?sequence=1>. Acesso: novembro/2015.

[37]Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

I - o relatório, que conterà os nomes das partes, a identificação do caso, com a suma do pedido e da contestação, e o registro das principais ocorrências havidas no andamento do processo;

II - os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito;

III - o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões principais que as partes lhe submeterem.

§ 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I - se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;

II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;

III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;

IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;

V - se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

§ 2º No caso de colisão entre normas, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão.

§ 3º A decisão judicial deve ser interpretada a partir da conjugação de todos os seus elementos e em conformidade com o princípio da boa-fé.

[38] ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MAGISTRADOS. **Anamatra reage a críticas sobre vetos propostos ao Novo Código de Processo Civil.** Disponível em <http://www.anamatra.org.br/index.php/noticias/anamatra-reage-a-criticas-sobre-vetos-propostos-ao-novo-codigo-de-processo-civil>. Acesso em novembro/2015.

DIREITO À FILIAÇÃO E DIREITO À IDENTIDADE GENÉTICA

AMANDA EXPÓSITO TENÓRIO DE ARAÚJO:
Auditora Fiscal do Trabalho. Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco. Pós-graduada em Direito Civil e Empresarial pela Universidade Federal de Pernambuco. Pós-graduada em Novas Questões de Direito Penal e Processo Penal pela Faculdade Damas.

RESUMO: O presente artigo foi resultado do trabalho de conclusão de curso de pós-graduação, apresentado pela autora, sendo, apesar disto, inédito. Ele visa abordar o conflito entre os direitos fundamentais, a saber, o direito a filiação e o direito à identidade genética, estabelecendo os conceitos principais, os pontos de convergência entre os mesmos e as possíveis soluções para os casos conflituosos. Fundamenta-se em base prioritariamente doutrinária, mas considerando a jurisprudência pátria refletida pelas posições abordadas no presente.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. CARACTERÍSTICAS DETERMINANTES DO DIREITO À FILIAÇÃO. 2. AUTONOMIA DO DIREITO À IDENTIDADE GENÉTICA. 3. SEMELHANÇAS E DIFERENÇAS ENTRE O DIREITO À IDENTIDADE GENÉTICA E O DIREITO À FILIAÇÃO BIOLÓGICA. 4. USO DO VALOR CUIDADO PARA SOLUÇÃO DE CONFRONTOS ENTRE O DIREITO À IDENTIDADE GENÉTICA E O DIREITO À FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho objetiva abordar os diversos tipos de filiação, fundamentando-o como direito fundamental do ser humano, reconhecido pela Constituição Federal de 1988, numa perspectiva crítica quando da confrontação destes com o direito à identidade genética. A questão mostra-se bastante hodierna devido à dinâmica das estruturas familiares e a crescente evolução tecnológica, principalmente no tocante aos meios de reprodução humana.

De tal maneira, surgem várias situações não previstas pelo legislador constituinte ou pelo ordinário, as quais exigem a sensibilidade dos aplicadores do

direito. A celeuma para os que “vivem” o direito de família é enxergar o ser humano em toda sua complexidade, ou seja, em sua dimensão ontológica. A repersonalização do direito, ocorrida especialmente pelos ditames constitucionais, fortalece este entendimento (LÔBO, 2003).

Especificamente, analisa-se a possibilidade, ou não, de convivência do direito à filiação (manifestado de formas diversas) com o direito à identidade genética, abordando-se casos em que os citados diferenciam-se nitidamente e outros em que será necessário o uso da ponderação para eliminar antinomias.

O primeiro capítulo aborda o conceito de filiação, assim como sua divisão em tipos, expondo-se também explicações acerca da investigação de paternidade, tendo em vista sua semelhança com a investigação sobre a origem genética.

O segundo capítulo dedica-se ao direito à identidade genética, ressaltando sua independência com relação ao direito à filiação.

O terceiro capítulo trata das semelhanças e diferenças entre o direito à filiação e o direito à identidade genética. Optou-se por reunir tais caracteres em um único capítulo, pois ao se ressaltar uma diferença, por exemplo, muitas vezes faz-se necessária uma explicação sobre uma similitude.

O quarto capítulo aborda situação em se mostram contrapostos os direitos em análise, sendo imprescindível uma escolha, utilizando-se um valor denominado cuidado, do qual decorre, entre outros, o princípio do melhor interesse para o menor.

Será abordado, dentro deste contexto, principalmente, o princípio da dignidade humana, fundamento basilar do atual ordenamento jurídico. Isto porque o direito à filiação ou à identidade genética é consagração do mesmo e seu exercício não pode ocasionar constrangimentos e discriminações. Estas são as bases do direito de família contemporâneo.

1. CARACTERÍSTICAS DETERMINANTES DO DIREITO À FILIAÇÃO

A Constituição Federal de 1988 colocou a família como base da sociedade, tendo em vista os dispositivos voltados à instituição propriamente dita, à criança e

ao adolescente e ao idoso. Dispôs que o planejamento familiar será livre, desde que fundados nos princípios da dignidade humana e da paternidade responsável. Em outras palavras, a decisão de constituir uma família é pessoal, mas deverá atender a ditames mínimos. Esta regulamentação estatal tem por objetivo proteger interesses de crianças e adolescentes, além da própria instituição familiar.

O direito de família cria laços interpessoais com base no vínculo conjugal (ou na união estável), no vínculo de parentesco e no de afinidade. Apesar de alguma controvérsia em torno deste último, consideraremos a classificação como correta (FERREIRA, 2006, p. 165).

A Carta Magna introduziu um modelo aberto de estrutura familiar, em seu art. 226, comumente chamado de modelo plural. Estas mudanças basearam-se, primordialmente, no princípio da dignidade humana, elevando os sentimentos e relegando a plano secundário as formalidades.

Tal consagração desponta com as Declarações de Direitos Humanos, sendo coroada no nosso ordenamento pela Carta Magna de 1988. A necessidade de tutela faz-se presente não apenas nas relações com o Estado (direito público), mas também entre os indivíduos (direito privado) (SIMÃO, S/D).

A afetividade, neste ponto, ganha relevância tal que o poder judiciário já decidiu no sentido de indenizar filho que foi abandonado afetivamente, independente de seu direito a alimentos, devido à ausência do pai. Para uma paternidade responsável (conseqüência da aplicação do valor denominado cuidado), nos moldes hodiernos, não é suficiente fornecer meios financeiros, é preciso ofertar amor e carinho (PEREIRA, S/D).

Apesar de parecer contraditório, a possibilidade de dissolução do matrimônio, por exemplo, representou uma conquista da afetividade, isto porque quando não existir mais o sentimento que motivou dita união, ela perde seu sentido. Confirma-se a tendência de abandono ao formalismo (FEIJÓ, 2007, p. 46). Este raciocínio, todavia, não pode ser aplicado, inteiramente, às relações entre pais e filhos, principalmente pelo respeito ao princípio da paternidade responsável.

Ademais, foi adotado o sistema de igualdade de filiação, consolidando a doutrina da proteção integral dos direitos humanos e do princípio do melhor interesse do menor. De tal modo, restou extinta a discriminatória distinção entre filhos legítimos e ilegítimos. Este posicionamento, entre outros, significa a repersonalização do direito civil, com intervenção direta dos ditames constitucionais. Deve-se interpretar a proteção à família como proteção à dignidade humana, visto que ela, na atualidade, exerce um “papel funcionalizado” de promoção do bem estar de seus membros (FARIAS, 2007, p. 13).

O art. 27 da Lei nº 8069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) estabelece que o “reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de justiça”. Os direitos dele advindos, todavia, são prescritíveis.

A filiação pode ser conceituada como a relação de parentesco entre filho e pai ou mãe, com instituição de direitos e deveres recíprocos, ou ainda, em outras palavras,

Filiação é conceito relacional; é a relação de parentesco que se estabelece entre duas pessoas, uma das quais é considerada filha da outra (pai ou mãe). O estado de filiação é a qualificação jurídica dessa relação de parentesco, atribuída a alguém, compreendendo um complexo de direitos e deveres reciprocamente considerados. O filho é titular do estado de filiação, da mesma forma que o pai e a mãe são titulares dos estados de paternidade e de maternidade, em relação a ele (LÔBO, 2003).

O Código Civil, por sua vez, no art. 1593, estatui duas espécies de parentesco, o natural e o civil – este último abarca os casos em que não há consangüinidade.

A doutrina, por sua vez, tem reconhecido a existência de três tipos de filiação: a socioafetiva, que comumente ocorre com a chamada adoção à brasileira, a biológica e a jurídica.

A conhecida "adoção à brasileira" implica num reconhecimento voluntário da maternidade/paternidade, estando o adotante ciente que não é o genitor biológico do adotado. De fato, ocorre um processo de adoção sem que sejam obedecidos os requisitos legais. Este ato baseia-se na filiação socioafetiva (LÔBO, 2003).

Tendo em vista a ausência de erro ou engano por parte do adotante, não se permite o seu posterior questionamento, sob a alegação de ausência de vínculo biológico. Caso contrário, estar-se-ia valorizando a instabilidade das relações pessoais (ALBUQUERQUE JÚNIOR, 2006). A jurisprudência pátria coaduna com este pensamento, conforme se depreende da decisão abaixo transcrita:

DIREITO DE FAMÍLIA - IMPUGNAÇÃO DE FILIAÇÃO - ANULAÇÃO DE DECLARAÇÃO DE PATERNIDADE E MATERNIDADE EM REGISTRO DE NASCIMENTO OCORRIDO HÁ MAIS DE 50 (CINQUENTA) ANOS - PEDIDO DESFALCADO DE CONTEÚDO MORAL - AÇÃO DE ESTADO - IMPRESCRITIBILIDADE - Se a autora e seu companheiro resolveram criar a ré como filha, desde alguns meses de nascida, e o varão a registrou, depois de 12 anos, atribuindo a paternidade a si mesmo e a maternidade à autora, no tipo de procedimento conhecido como 'adoção à brasileira', não é admissível que, passados mais de 50 (cinquenta) anos, venha a autora propor esta ação de anulação do ato ao argumento de que ao anuiu com o mesmo, tanto que o desconhecia. (BRASIL – TJRJ - 14ª Câmara Cível - Apelação Cível nº 8518/1999, Rel. Des. MAURO NOGGUEIRA, DOE 27.04.2000, p. 278).

Esclarecendo ainda mais, trecho de sentença proferida no Proc. Nº 2002.001.022412-1 da lavra da Juíza de Direito Mirian T. Castro Neves de Souza Lima na 6ª Vara de Família da Comarca da Capital do Rio de Janeiro (29 de setembro de 2004):

Os princípios da boa-fé e da segurança das relações jurídicas garantem ao vínculo jurídico oriundo da paternidade jurídica a mesma estabilidade do vínculo

jurídico originário da paternidade biológica. Repise-se que inexistindo prova de vício de vontade, o registro de nascimento de menor cuja paternidade foi reconhecida não pode ser anulado porque não há fundamento para a pretensão do autor. A Constituição da República em seu art. 227 parágrafo 6º não cria qualquer supremacia da paternidade biológica em relação à paternidade jurídica. Não se pode deixar de mencionar que o autor não pode se beneficiar de sua própria torpeza para eximir-se das obrigações decorrentes da espontânea declaração de paternidade por ele feita. Ademais, tratando-se de direito indisponível, não há como a parte ré concordar com a pretensão do autor. Diante disso, não comprovado o vício na vontade do autor no momento do reconhecimento da paternidade, o pedido de anulação de registro não pode ser acolhido. Ante o exposto, JULGO IMPROCEDENTE O PEDIDO e condeno o autor ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios do patrono dos réus, que fixo em R\$ 780,00 com base no art. 20 par. 4º do CPC. P.R.I. Transitada em julgado, dê-se baixa e arquivem-se.

A filiação socioafetiva comprova-se pela posse do estado de filho, tendo, como um de seus pilares, o princípio da aparência. Na prática, tem-se exigido os seguintes requisitos: o uso do nome da família, o tratamento, o qual deverá demonstrar o exercício da paternidade ou maternidade, e a fama, que é resultado da exposição pública da relação de convivência.

Ressalte-se, todavia, que esses pressupostos não são imprescindíveis para tal reconhecimento, sendo apenas indicações, pois cada caso deverá ser analisado individualmente, sob pena de se valorizar a forma em detrimento dos fatos (ALBUQUERQUE JÚNIOR, 2006).

O Código Francês, por sua vez, em seu art. 311-2, estabelece hipóteses em que se presumirá a filiação, mas elas não são exaustivas (LÔBO, 2003).

No diploma de 1916, a posse do estado de filiação era utilizada somente como meio de prova, caso houvesse matrimônio, baseando-se na antiga

classificação de filiação legítima. A Constituição Federal, ao igualar o casamento a outras entidades familiares, permite sua utilização por qualquer delas (LÔBO, 2003).

O pedido de seu reconhecimento não pode ser considerado impossível juridicamente, sob pena de se ferir a própria justiça, dogma maior do direito. Assim, “a posse do estado de filho configura-se quando alguém assume papéis, funções ou lugares de pai ou mãe ou de pais, tendo ou não entre si vínculos biológicos” (FERREIRA, 2006, p. 213).

A regra da afetividade foi instituída para evitar instabilidade nas relações familiares, defendendo-se os direitos daquele que foi criado como filho. Este novo tratamento não exclui a relevância da ascendência genética, nem impõe hierarquia sobre ela (ALBUQUERQUE JÚNIOR, 2006).

Uma questão primordial a ser entendida é que, na filiação biológica ou na jurídica, a afetividade não é dispensada, mas sim presumida.

Alguns compreendem que o registro de uma paternidade socioafetiva é prescindível para sua existência, tendo em vista que a situação de fato se impõe. O registro teria a função de salvaguardar outros direitos, pois o sentimento e o afeto não dependeriam do mesmo (PEREIRA, 2008). Este posicionamento, apesar de apresentar coerência lógica, não contribui para segurança das relações.

Uma questão preocupante refere-se à possibilidade de desconstituição da filiação socioafetiva. Isto porque este estado baseia-se em uma situação de fato. Assim, alterada esta, aquela poderia ser modificada?

A resposta deve ser negativa, tendo em vista que a filiação contribui para formação da identidade do ser humano, devendo haver segurança nestas relações. Isto é consequência da existência de uma cláusula geral de tutela da personalidade humana, como valor máximo defendido pela atual Carta. A personalidade deve ser tutelada de todas as formas possíveis.

Há, entretanto, uma hipótese em que se afigura possível a desconstituição da paternidade ou da maternidade socioafetiva. É o caso de adoção posterior por um terceiro. A situação é viável, pois sempre estará se utilizando o critério do

melhor interesse do menor. Por último, saliente-se que tal conjuntura poderia ocorrer independentemente do tipo de filiação estabelecida (ALBUQUERQUE JÚNIOR, 2006).

A paternidade jurídica, em regra, coincide com a biológica, mas pode decorrer também da adoção, pois aquela decorre do registro civil (SIMÃO, S/D).

A filiação biológica predominou durante muito tempo sobre a socioafetiva. Com a Constituição de 1988, os paradigmas mudaram. Com a valorização do princípio da dignidade humana, o afeto ganhou importância elevada, coadunando com a repersonalização das relações de família.

Interessante observar que a mudança de paradigma (biológica para afetiva) redimensiona a presunção *pater is est*, principalmente porque sua origem remonta a um modelo patriarcal de família, baseada apenas no critério da consangüinidade e do matrimônio (LÔBO, 2000).

Na atualidade, sua existência acarretaria a presunção de paternidade em razão do estado de filiação, seja qual for sua origem (LÔBO, 2003). Desenvolvendo tal raciocínio, afigura-se correto afirmar o direito de impugnação da paternidade apenas quando não tenha se constituído o estado de filiação de forma socioafetiva. Isto porque não é possível pleitear nova filiação, com fundamento biológico, quando aquela já for existente.

Saliente-se que, mesmo nas hipóteses onde a filiação socioafetiva decorre de um ato ilícito (um seqüestro, por exemplo), não haverá necessariamente a sua desconstituição, pois deverá ser utilizado o critério do melhor interesse da criança no caso concreto (LÔBO, 2003). Tal princípio foi consagrado na Convenção Internacional dos Direitos da Criança, da ONU, em 1989, sendo posteriormente incorporada ao ordenamento brasileiro, através do Decreto nº 99.710/90.

O STJ tem entendimento no sentido que não podem coexistir duas paternidades, assim, havendo reconhecimento de uma, a anterior será anulada, mesmo que não haja pedido expresso neste sentido e até mesmo citação do pai registral (FERREIRA, 2006, p. 239).

Acontecem muitos casos, portanto, em que se contrapõem não apenas a filiação biológica com a socioafetiva, mas também duas filiações com base socioafetiva.

Interessante fixar alguns pontos acerca da investigação de paternidade ou de maternidade, tendo em vista a similitude no uso do exame de DNA para descoberta da identidade genética.

São características do reconhecimento voluntário de paternidade: irrevogabilidade – tanto que quando feito por testamento, caso este seja revogado posteriormente, subsistirá a cláusula de reconhecimento, entre outras; irrenunciabilidade; validade perante todos; indivisibilidade; incondicionalidade; irretroatividade. Vale salientar que a irrevogabilidade do reconhecimento não inibe sua invalidação, nos mesmos casos permitidos para os atos jurídicos.

O reconhecimento não é ato unilateral, pois depende do consentimento do reconhecido, se maior, podendo ainda, se menor, contestar a filiação nos quatro seguintes a aquisição da maioridade, conforme preceito do art. 1614 do Código Civil.

Atualmente, o exame mais usado para comprovação da filiação biológica é o DNA, tendo em vista que os exames comparativos de tipo sanguíneo não são dotados de tanta precisão. Ele não é a única prova utilizada nas ações de investigação de filiação, podendo haver outras provas como a testemunhal, a documental e inclusive outras perícias. Todavia, seu uso é tão disseminado, que se defende a conversão do julgamento em diligências, caso o processo chegue a grau de recurso sem a feitura deste (FARIAS, 2007, p. 181).

2. AUTONOMIA DO DIREITO À IDENTIDADE GENÉTICA

Os avanços tecnológicos causam preocupação pela possibilidade de afronta à dignidade humana, tratando o homem como coisa. A bioética visa proteger direitos fundamentais, de modo que o homem não seja lesado na sua dignidade (FEIJÓ, 2007, p. 71)

O direito a identidade genética, desta forma, está vinculado à bioética e, por isso, inserido na quarta dimensão de direitos fundamentais. Ele, entretanto,

está umbilicalmente ligado aos demais direitos, de outras dimensões. Tanto que Adriana Feijó o posiciona em todas as dimensões, conforme citação

Complementado tudo que já afirmamos acerca do direito fundamental à identidade genética, podemos considerá-lo como integrante da primeira dimensão de direitos fundamentais, se for pensado de forma eminentemente individualista, caracterizando uma nova face dos direitos da personalidade. Mas esse direito fundamental pode ser compreendido ainda como um desdobramento dos direitos de terceira dimensão, se for pensado como uma consequência do direito ao desenvolvimento (do indivíduo) e da solidariedade. E numa compreensão mais ampla, pode ser pensado como integrante dos direitos fundamentais de segunda dimensão, se levarmos em consideração os reflexos desse direito no futuro quanto à saúde pública, com a possibilidade de novos métodos de tratamento e curas de doenças geneticamente transmissíveis, ao lado do princípio da igualdade e acesso universal às ações voltadas para saúde. Contudo, compreendemos que o direito à identidade genética melhor se coaduna com os direitos fundamentais de quarta dimensão, no tocante à bioética, ao patrimônio genético humano, aos novos métodos e técnicas de reprodução humana assistida, bem com aos métodos e técnicas cada vez mais sofisticados de identificação do genoma humano por meio do exame no DNA (FEIJÓ, 2007, p. 80-81).

Apesar de não estar expresso na Constituição, o direito a identidade genética pode ser reconhecido como implícito, decorrente principalmente do princípio da dignidade humana. Caracteriza limitação desta não permitir o conhecimento sobre a origem biológica (PEREIRA, 2008).

Ele se caracteriza por ser direito fundamental, personalíssimo, imprescritível e indisponível. Todavia, não causa, necessariamente, o estabelecimento de uma

relação de parentesco nos sentidos jurídico e socioafetivo, conforme análise posterior.

O direito à identidade genética justifica-se pelo avanço da ciência, que permite, por exemplo, inúmeros tratamentos médicos preventivos de acordo com os antecedentes familiares, mas vários doutrinadores o defendem, também, como meio de desenvolvimento da personalidade. Assim,

A revelação da origem biológica é um dado que identifica a pessoa seja em um nível de percepção individual ou particular (eu comigo), seja em um nível coletivo ou social (eu com os outros), integrando a sua existência e compondo a natureza de sua alma, ao identificá-lo com seus progenitores. Trata-se da identificação integral da pessoa, a partir do conhecimento de sua historicidade. (FEIJÓ, 2007, p. 97)

Com tal entendimento, leis alienígenas já preveem expressamente o direito à identidade genética, a exemplo da lei francesa nº 2002/93, de 22 de janeiro de 2002, a qual determina o acesso às origens das pessoas adotadas. Seu objetivo é colher informações sobre a sanidade, identidade e as condições genéticas básicas. Esclarece ainda o diploma a impossibilidade de determinação de parentesco legal (LÔBO, 2003).

Saliente-se que a identidade genética tem seu valor reconhecido, mas não consegue se sustentar como caracterizadora da identidade humana. A Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos, em seu art. 3º, preceitua que a “identidade de uma pessoa não deveria reduzir-se às suas características genéticas, pois nela influem como os laços afetivos, espirituais e culturais dessa pessoa com outros seres humanos, e delas resulta, ademais, uma dimensão de liberdade” (DALVI, 2008, p. 37). Todavia, não se pode negar sua importância no desenvolvimento do indivíduo.

Interessante notar que os tribunais nacionais, inclusive o Supremo Tribunal Federal, ao garantir ao réu, em ação de investigação de paternidade, a recusa ao exame de DNA – com fundamento em posição do Supremo Tribunal Federal – praticamente elimina o direito de conhecer sua origem genética.

Para solucionar o conflito entre os direitos, a recusa de se submeter ao exame de DNA configura, na prática, o reconhecimento da filiação. Isto porque, apesar do Código Civil não ter preceituado uma presunção neste sentido, o julgador, no momento de avaliação do conjunto probatório, tem liberdade de convencimento. Além disso, a recusa importa em inversão do ônus da prova. Em outras palavras, a recusa é legítima, em função do princípio de que ninguém é obrigado a fazer prova contra si mesmo, mas considerando o interesse do investigante, em ponderação de valores, acaba por se presumir pela veracidade das alegações iniciais.

A questão torna-se ainda mais emblemática quando em questão o direito à identidade genética, pois não será suficiente para a efetiva realização deste a relação fundada em uma presunção. Estudar-se o patrimônio genético de outrem sem nexos biológicos com o requerente seria inócuo.

A maioria dos tribunais ainda não se posicionou sobre esta situação, tendo em vista que, na maioria das vezes, mal diferenciam os direitos objetos do presente estudo. Entretanto, o Tribunal do Rio Grande do Sul, em sua posição de vanguarda vem fixando alguns pontos interessantes sobre a temática, conforme se depreende da leitura da seguinte decisão:

Poder-se-ia contrapor que não é possível ação declaratória de origem genética, pois, conforme o art. 4º, inc. I, do CPC, somente é viável obter declaração de “*relação jurídica*”, jamais de mero fato. Com efeito, essa é a interpretação corrente na doutrina e na jurisprudência. Entretanto, cabe indagar: ao se reconhecer a origem genética de alguém estar-se-á declarando mero fato? Essa questão remete-nos à noção de “*relação jurídica*” que, sinteticamente pode ser definida como “relação entre pessoas, ou entre pessoa e coisa, regulada pelo direito”. Ou seja, no conceito de relação jurídica está sempre contida a noção de bipolaridade, pois não há relação jurídica de alguém consigo mesmo. E, além da existência de dois pólos (pessoa-pessoa ou pessoa-coisa) devem daí advir conseqüências previstas no ordenamento

jurídico. É o que ensina Pontes de Miranda, quando afirma que “relação jurídica básica é o resultado da juridicização de relação inter-humana (tjrs –SÉTIMA CÂMARA CÍVEL - Apelação Cível N° 70014442743 - doe 23/05/2006)

O STJ, por sua vez, de forma bastante tímida, aborda a questão da identidade genética, ao afirmar a necessidade psicológica de conhecimento dos pais naturais, sem que esta descoberta tenha qualquer efeito sobre filiação constituída pela adoção (STJ – TERCEIRA TURMA - Resp 127.541 - Rel Eduardo Ribeiro – DJ 28/08/2000 P. 72). Grande parte dos tribunais ainda não se posicionou sobre esta situação, tendo em vista que, na maioria das vezes, mal diferenciam os direitos objetos do presente estudo.

3. SEMELHANÇAS E DIFERENÇAS ENTRE O DIREITO À IDENTIDADE GENÉTICA E O DIREITO À FILIAÇÃO BIOLÓGICA

Em muitos casos, pode haver confronto entre o direito à filiação e o direito à identidade genética. Isto, em boa parte, deve-se ao fato de vários doutrinadores, e inclusive, vários tribunais brasileiros, não fazerem diferenciação entre os citados. Configura-se, porém, erro grosseiro este tratamento, principalmente porque os seus fundamentos são diversos e acarretam conseqüências diferenciadas.

Insta apartar, inicialmente, os conceitos de pai/mãe – aquele(a) que cria - e o de genitor(a) – aquele(a) que gera. Nos casos de filiação biológica, tais conceitos são incorporados pela mesma pessoa, mas isto não elimina a sua distinção.

O Direito espanhol, ao admitir excepcionalmente a revelação da identidade do doador do material fecundante, expressamente exclui qualquer tipo de direito alimentar ou sucessório entre o indivíduo concebido e o genitor biológico, valorizando, tão somente, o conhecimento sobre dados genéticos.

De tal maneira, a descoberta da identidade genética não causa, necessariamente, o estabelecimento de uma relação de parentesco nos sentidos jurídico e socioafetivo. Isto porque, para o conhecimento da origem genética, não são imprescindíveis a investigação de paternidade ou maternidade e suas

conseqüências jurídicas. Neste último caso, não existirá alteração do registro civil de nascimento, direito a alimentos, guarda, direito de visitas, direito a herança, dentre outras conseqüências (FEIJÓ, 2007, p. 83).

Também não deve ser aceita a posição de inexistência do direito à identidade genética, quando da existência de filiação socioafetiva, pois esta estaria sendo prejudicial no sentido amplo da dignidade humana (PEREIRA, 2008).

Assim, quando a filiação estatuída for decorrente de adoção, inseminação artificial heteróloga e posse de estado de filho, a investigação genética não alterará a filiação.

No caso de inexistência de filiação pré-estabelecida, seja qual for o critério, a identidade genética acarretará a determinação da filiação biológica. Excetuam-se os casos previstos em ordenamento estrangeiros, que excluem por completo tal possibilidade. Quando for pré-existente a filiação, situação completamente diversa ocorrerá.

O direito à filiação é direito de família e acarreta, portanto, reconhecimento de direito a alimentos, direito ao nome, entre outros. O direito à identidade genética, por sua vez, é direito da personalidade, ocasionando conseqüências diversas, como o direito de saber seus dados genéticos (FEIJÓ, 2007, p. 83).

Todavia, quando a filiação for baseada na origem biológica, obviamente haverá um campo comum de atuação entre o direito à filiação e o direito à origem genética, pois estarão utilizando um critério único. Estes, contudo, continuam diversos, pois não se terão alterado seus fundamentos ou conseqüências.

Há de se distinguir entre ação investigatória de paternidade ou maternidade e a investigatória de ascendência genética, pois como já se disse, são direitos diversos. Nesta última, não se impõem presunções, tais como a determinada àqueles que se negam ao exame de DNA, pois o que se busca é a verdade real. Fortalecendo este argumento,

Assim, a busca pela informação genética deve estar respaldada na verdade real e não em mera verdade formal,

sob pena e comprometimento da essência do direito fundamental à identidade biológica, num jogo de meras conjecturas e presunções (FEIJÓ, 2007, p. 102).

Contudo, vislumbramos como consequência jurídica decorrente do conhecimento da identidade biológica a necessidade de registro das informações genéticas no assento de nascimento do concebido, a partir da aplicação por analogia do disposto no art. 47 da lei n. 8069/90, ou seja, compreendemos que obtidas as informações devem ser inscritas no registro civil de nascimento mediante mandado, do qual não se fornecerá certidão. A inscrição deverá consignar no registro civil de nascimento o vínculo biológico com os genitores, estabelecendo a ascendência genética, sem a inscrição de qualquer informação desse tipo na certidão de nascimento. (FEIJÓ, 2007, p. 106)

4. O VALOR JURÍDICO DO CUIDADO COMO CRITÉRIO DE PONDERAÇÃO QUANDO EM CONFRONTO OS DIREITOS SUPRACITADOS

Feitos os comentários necessários ao enfrentamento do problema, impõe a solução da celeuma nos possíveis confrontos.

Não é demais, todavia, explicitar a utilização do princípio da ponderação quando da antinomia de valores de igual hierarquia. Assim,

Desta forma, entende-se que, em abstrato, o intérprete estará operando com princípios jurídicos de mesmo valor, de modo que se torna possível conviver em um sistema normativo com todos estes valores. Entretanto, em concreto, quando houver a colisão dos mesmos será necessário realizar a ponderação, cuja solução poderá consistir no triunfo de um sobre o outro (BRASIL, S/D)

No caso em estudo, o exercício do direito à identidade genética ou do direito à filiação não deve causar a eliminação do outro. O confronto deve ser resolvido de modo que se sacrifique o mínimo possível.

É salutar reafirmar as mudanças de paradigmas ocorridas com os princípios constitucionais instituídos em 1988, os quais servem de suporte para o Estatuto da Criança e do Adolescente e para o Decreto nº 99.710/90 (Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança) (TUPINAMBÁ p. 357).

Para análise do valor jurídico do cuidado, diferenciar-se-ão os conceitos de valor, princípio e norma. O primeiro tem o sentido mais amplo, não sendo suficiente para concretizar-se no mundo dos fatos, dando origem aos princípios. Já estes, apesar de abstratos, são capazes de delinear correntes de interpretação e conseqüências jurídicas, sendo imprescindíveis para a solução de casos complexos. A norma, por sua vez, tem maior nível de concretude, sendo cabível o uso da técnica de subsunção.

Dito isto, poder-se-ia alcançar a seguinte ordem: o cuidado é valor jurídico que dá origem ao princípio da dignidade humana, o qual se desdobra no melhor interesse do menor e na proteção integral, entre outros. Estes norteiam a aplicação das regras positivadas, ofertando sentido ao ordenamento jurídico.

Sendo o cuidado – assim como o melhor interesse – um conceito aberto, possível sua adequação as mudanças sociais, o que evita injustiças na aplicação do preceito aos diversos casos concretos (TUPINAMBÁ, p. 371). A aceitação de novos tipos familiares decorre, inclusive, de sua observância.

Com relação ao princípio da afetividade, necessário dizer que o valor do cuidado ultrapassa aquele, pela sua amplitude (TUPINAMBÁ p. 369).

Há alguma controvérsia entre ser o valor cuidado um princípio implícito ou explícito. Roberta Tupinambá defende estar ele expresso no art. 227 da CF, quando faz a referência “a salvo de” (TUPINAMBÁ, p. 371). Não há como negar que a obediência ao citado dispositivo traduz efetivação do princípio do cuidado.

Outra questão, que pode induzir o leitor desatento a uma interpretação errônea, diz respeito ao regime jurídico das capacidades do direito civil. Ora, o

fato de ser o menor relativa ou absolutamente incapaz não descaracteriza a importância de sua opinião, quando se tratarem de questões existenciais. O regime citado regula a proteção ao patrimônio. Assim, quando em interpretação conjunta com os ditames constitucionais, deve-se concluir pela valorização das escolhas do menor, em análise crítica da medida de seu discernimento. Ignorar a percepção do menor contradiz a função do poder familiar, a qual se funda na dignidade humana (MEIRELES, p. 345). No mesmo sentido,

(...) a criança e o adolescente são participantes das escolhas que dizem respeito à sua própria vida. A concepção da família como instrumento ao desenvolvimento de seus membros conduz a uma maior participação dos seus integrantes nas escolhas que lhe são relacionadas (MEIRELES, p. 350).

De regra, considera-se a vontade da criança. Há casos, todavia, em que devem ser sopesados outros fatores, pois, em determinadas situações, o menor não terá discernimento suficiente para saber o que melhor para si. Tratando-se, porém, de situações onde outros direitos do menor não estejam sendo violados, tais como sua integridade física e psicológica, a sua opinião poderá ser determinante para decisão do magistrado.

Assim, é preciso coordenar a ponderação de direitos, quando o direito à identidade genética e o direito à filiação encontrarem-se em situação conflituosa. Para tanto, deve-se utilizar o critério do cuidado, que embasa os princípios do melhor interesse da criança e da paternidade responsável, entre outros.

CONCLUSÃO

Não há relação de hierarquia entre o direito à filiação e o direito à identidade genética. Quando do reconhecimento do direito à filiação, deve-se analisar qual o critério utilizado para tanto. Caso se empregue o critério biológico, haverá similitude dos sujeitos da relação.

Reconhecer o direito à identidade genética também não significa valorizar o critério biológico de filiação em detrimento do jurídico ou do afetivo, isto

porque os direitos em pauta ocasionam conseqüências diversas no universo jurídico, conforme já aventado.

O direito ao reconhecimento da origem genética não acarretará o surgimento de uma nova filiação, com exceção dos casos em que esta não tenha sido constituída anteriormente, ou quando sua desconstituição for indicada, com base no princípio do melhor interesse do menor. Assim, não será desconsiderada a filiação afetiva ou jurídica já formada, sob pena de se ferir não apenas os direitos do menor, mas também os direitos dos “pais”, gerando instabilidade nas relações.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de. **A filiação socioafetiva no direito brasileiro e a impossibilidade de sua desconstituição posterior.** Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10456>>. Acesso em 01 de junho de 2008.

ANDERLE, Elisabeth Nass. **A posse de estado de filho e a busca pelo equilíbrio das verdades da filiação.** Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3520>>. Acesso em 01 de agosto de 2008.

BRASIL, Bárbara Dayana. **A Ponderação Judicial de Princípios Constitucionais no Neoconstitucionalismo.** Disponível em <<http://www.cejur.ufpr.br/revista/artigos/002-2sem-2007/artigo-10.pdf>>. Acesso em 09 de novembro de 2008.

DALVI, Luciano. **Curso Avançado de Biodireito** – Doutrina, Legislação e Jurisprudência. 1ª edição. Florianópolis, Conceito Editora, 2008, 484 páginas.

DONADEL, Adriane. Efeitos da constitucionalização do Direito Civil e o Direito de Família. In: PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel. **Tendências constitucionais no Direito de Família.** 1ª edição. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, p. 9-20.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Escritos de Direito de Família.** 1ª edição. Rio de Janeiro, Editora Lúmen Juris, 2007.

FEIJÓ, Adriana Maria de Vasconcelos. **A prova pericial no DNA e o Direito à identidade genética**. 1ª edição. Caxias do Sul, Editora Plenum, 2007.

FERREIRA, Lucia Maria Teixeira. Das relações de parentesco. Dourado, Augusto e Lopes, Maria da Conceição. **Código Civil de Direito de Família**. 2ª edição Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2006.

GIORGIS, Jose Carlos Teixeira. **A Paternidade fragmentada** – Família, Sucessões e Bioética. 1ª edição. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2007.

GRUNWALD, Astried Brettas. **Laços de família**: critérios identificadores da filiação. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4362>>. Acesso em 02 de julho de 2008.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito ao estado de filiação e direito à origem genética: uma distinção necessária**. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4752>>. Acesso em 02 de julho de 2008.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Princípio jurídico da afetividade na filiação**. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=527>>. Acesso em 20 de julho de 2008.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau; NEVARES, Ana Luiza Maia; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; VALADARES, Maria Goreth Macedo. O Cuidado com o Menor de Idade na Observância de sua Vontade. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de. **O Cuidado como Valor Jurídico**. 1ª edição. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2008, p. 335-356.

MOREIRA FILHO, José Roberto. **Direito à identidade genética**. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2744>>. Acesso em 01 de junho de 2008.

PEREIRA, Rafael D'Ávilla Barros. **Dois pais e uma mãe. Condição para paternidade afetiva?** Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=11189>>. Acesso em 25 de junho de 2008.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **A nova família na sociedade contemporânea.** Disponível em <http://www.rodrigodacunha.com.br/artigos_pub13.html>. Acesso em 06 de agosto de 2008.

ROLLIN, Cristiane Flores Soares. Paternidade responsável em direção ao melhor interesse da criança. In: PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel. **Tendências constitucionais no Direito de Família.** 1ª edição. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, p. 35-49.

SIMÃO, Rosana Barbosa Cipriano. **O AFETO E A DIGNIDADE COMO CENTRO DO DIREITO DE FAMÍLIA** - A Inconstitucionalidade da discussão da culpa na separação judicial e a nova parentalidade à luz do Código Civil. Disponível em <<http://www.apase.org.br/82008-oafeto.htm>>. Acesso em 12 de julho de 2008.

TUPINAMBÁ, ROBERTA. O Cuidado como Princípio Jurídico nas Relações Familiares. In: PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de. **O Cuidado como Valor Jurídico.** 1ª edição. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2008, p. 356-380.

A LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA À LUZ DO VIGENTE CPC: APONTAMENTOS ACADÊMICOS AO TEMA

WELLINGTON CACEMIRO: Jornalista,
Graduando do Curso de Direito e Pesquisador
Jurídico.

1. INTRODUÇÃO

Exige certo grau de atenção o estudo da liquidação de sentença pós-advento de vigência da Lei 13.105/2015 (atual Código de Processo Civil). Como se sabe, trata-se esta do procedimento utilizado para apurar o valor líquido de uma obrigação reconhecida em sentença.

Não que o presente CPC tenha lhe tornado mais complexo ou difícil. Pelo contrário. Sob vários aspectos é preciso reconhecer o mérito do diploma ao disciplinar a matéria. Tem-se inegável avanço legislativo.

Tome-se como exemplo ilustrativo pequeno fragmento extraído do artigo 509, caput. Diz este que “quando a sentença condenar ao pagamento de quantia ilíquida, proceder-se-á à sua liquidação, a requerimento do credor ou do devedor”. Prevê, portanto, de modo expresso a obrigação de sentença condenatória ao pagamento de quantia ilíquida, consagrando a interpretação de que, para dar início à liquidação de sentença, tem legitimidade tanto o credor como o devedor.

Válido lembrar também que no atual código processual as normas que estabelecem como proceder a liquidação encontram-se assentadas no intervalo que vai do citado artigo 509 ao 512.

Nas palavras do ilustre mestre Rogério Tadeu Romano “observe-se que a liquidação de sentença é pressuposto *sine qua non* para a execução de título líquido executivo judicial, pois deve ser dotado de certeza, liquidez e exigibilidade”. Passemos, portanto, a enfrentar o estudo mais completo do dispositivo em tela.

2. NATUREZA DA LIQUIDAÇÃO

“Não resta dúvida de que a atividade desenvolvida na liquidação da sentença tem natureza cognitiva, já que nela não são praticados atos de execução” (NEVES, 2016). O comentário pontual do nobre jurista traduz de forma magistral entendimento doutrinário pacificado sobre o tema.

Preleciona acertadamente o próprio Neves (2016), com base em autores clássicos, que “além da natureza não executiva da liquidação de sentença, por vezes a atividade cognitiva nela desenvolvida gera justamente a frustração da execução”. Tal comentário embasa entendimento de que esta tradicional lição é imprescindível para explicar por que no presente CPC tem-se a opção de não prever a liquidação de sentença no Livro II (destinado à execução), mas sim “no Capítulo XIV do Título I (Do procedimento comum), da Parte Especial do Livro I (Do processo de conhecimento e do cumprimento de sentença)”.

3. DAS DIVERSAS ESPÉCIES DE LIQUIDAÇÃO

Inequívoco o fato de que as mudanças promovidas com o advento do vigente Código de Processo Civil ainda suscitam dúvidas substanciais sobre sua correta aplicação e consequentes efeitos. Trata-se de fenômeno compreensível ante algumas transformações expressivas promovidas pelo citado diploma. Vivencia-se, no presente, período de ajustamento e consolidação.

A respeito das espécies de liquidação de sentença, de imediato cumpre esclarecer, que o art. 509 do presente CPC preveem apenas dois tipos expressos em seus dois incisos: por arbitramento (I), e pelo procedimento comum (II). Sobre estes, bem como outros dispositivos, assevera o mestre Marcelo Abelha:

São duas as espécies de liquidação previstas no CPC:15 por procedimento e por arbitramento, e o CPC reservou especificamente dois dispositivos, um para cada. Para a liquidação por arbitramento, o dispositivo 510, e para a liquidação pelo procedimento comum, especificamente o art. 511. (ABELHA, 2015)

Para todos os efeitos, portanto, importa lembrar que na liquidação por arbitramento o juiz determina apresentação de pareceres ou documentos às partes, podendo decidir de plano ou nomear perito. Por sua vez, na liquidação pelo procedimento comum, a parte requerida será intimada para apresentar contestação no prazo de 15 dias, orientando-se no seguimento o processo pelo procedimento comum.

4. FASE DE LIQUIDAÇÃO

Contextualizar a fase de liquidação de sentença ajuda a entender como esta se dá. Assevera Gonçalves que “tal como o cumprimento de sentença, a liquidação não constitui um novo processo, mas apenas uma fase do processo único, sincrético” (GONÇALVES, 2017, p. 959). Alude com magistral conhecimento o autor:

Essa fase de liquidação vem regulada no CPC, Arts. 509 a 512. O devedor não será citado, mas intimado na pessoa de seu advogado para acompanhá-la (Arts. 510 e 511, do CPC). Se for revel, não haverá necessidade de intimá-lo, conforme art. 346 do CPC. No entanto, se a liquidação for de sentença penal condenatória, arbitral ou estrangeira, como não há nenhum processo civil de conhecimento precedente, o devedor será citado, pois é a primeira vez que comparece ao juízo cível. (GONÇALVES, 2017, p. 959)

5. LEGITIMIDADE PARA A LIQUIDAÇÃO

A legitimidade para a liquidação de sentença consiste em dizer quem está apto a requerê-la. Sobre este ponto compete-nos explicar que a legitimidade pode ser tanto ativa, quanto passiva - ou, na lição pontual de Gonçalves (2017, p. 959), “a liquidação pode ser requerida tanto pelo credor quanto pelo devedor”.

Pois bem, vejamos com breve esquema como tal se daria:

Legitimidade ativa – legitimidade para instaurar a liquidação de sentença é daquele apontado como credor no título a ser liquidado.

Legitimidade passiva – A liquidação é instaurada contra aquele apontado como devedor no mesmo título (MORAIS, 2016)

Explica a professora Vanessa Morais que “o posicionamento da doutrina sempre foi no sentido que, nada obsta o devedor dar início à liquidação da sentença para que, apurado o valor, possa cumprir espontaneamente a obrigação”, entendimento agora consagrado no vigente código processo civil.

Sobre o tema também se pronuncia Gonçalves:

A liquidação pode ser requerida tanto pelo credor quanto pelo devedor. A legitimidade deste deriva do interesse em pagar, para obter a extinção da obrigação, quando necessária a apuração do quantum. Mas, na liquidação da sentença condenatória genérica proferida nas ações civis públicas, somente o credor estará legitimado, porque o devedor não terá condições de saber quem são as vítimas, e quais os danos que cada qual sofreu. A iniciativa é do credor, pois cabe a ele provar que tem tal qualidade, demonstrando ser uma das vítimas do dano objeto da ação. (GONÇALVES, 2017, p. 959-960)

6. LIQUIDAÇÃO PROVISÓRIA

Para compreender a liquidação provisória de sentença é preciso compreender que “nos casos em que se admite a execução provisória, será possível também liquidação provisória, caso a sentença não seja líquida” (GONÇALVES, 2017, p. 960). Nesta, como alude Neves (2016) “o demandante assume todos os riscos de começar a liquidar uma sentença que poderá ser modificada pelo recurso pendente de julgamento”.

A título de melhor explicação pode-se afirmar que na liquidação provisória a parte interessada pode requerer a liquidação da obrigação ainda que a sentença condenatória se encontre sujeita à apelação com efeito suspensivo.

Enquanto há recurso pendente, desprovido de efeito suspensivo, o credor já poderá promover a execução, e, se a sentença for ilíquida, a prévia liquidação, para apurar o quantum debeat. Se o recurso for provido, a liquidação e a execução subsequente ficarão sem efeito e as partes deverão ser restituídas à situação anterior. O art. 512 do CPC prevê ainda a possibilidade de promover a liquidação, mesmo que esteja pendente recurso provido de efeito suspensivo. A ideia parte do pressuposto acertado de que a liquidação não se confunde com a execução e de que nela ainda não é tomada nenhuma providência concreta satisfativa. Mesmo que a execução não possa ter início, será possível promover a liquidação, com o que se ganhará tempo; enquanto o recurso tramita no órgão ad quem, poderá ter curso a apuração do quantum debeat no órgão a quo. Essa liquidação é feita por conta e risco de quem a propuser, já que haverá o risco de reversão do julgamento, com a perda das despesas até então realizadas com a liquidação. Por isso, cumpre ao requerente ponderar os prós e contras dessa liquidação antecipada. Se ele acha, por exemplo, que são remotas as possibilidades de acolhimento do recurso, valerá a pena dar início à liquidação, com o que haverá considerável ganho de tempo; mas se o risco de provimento é grande, talvez não valha a pena (GONÇALVES, 2017, p. 960-961)

Veja como se posicionam os tribunais sobre o citado tema:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL. NEGÓCIOS JURÍDICOS BANCÁRIOS. EXPURGOS INFLACIONÁRIOS DA CADERNETA DE POUPANÇA. AÇÃO DE COBRANÇA CONVERTIDA EM LIQUIDAÇÃO PROVISÓRIA DE SENTENÇA COLETIVA. EMBARGOS ACOLHIDOS. A decisão embargada padece do vício de contradição, pois o recurso cabível da decisão que extingue a liquidação de sentença é o de apelação, e não o de agravo de instrumento, devendo, assim, ser os embargos acolhidos para o conhecimento do apelo. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS COM EFEITOS INFRINGENTES. (Embargos de Declaração Nº 70038841383, Vigésima Quarta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Cairo Roberto Rodrigues Madruga, Julgado em 26/10/2016).

(TJ-RS - ED: 70038841383 RS, Relator: Cairo Roberto Rodrigues Madruga, Data de Julgamento: 26/10/2016, Vigésima Quarta Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 31/10/2016)

7. VEDAÇÃO DE SENTENÇA ILÍQUIDA

É concepção corrente da doutrina que somente os títulos judiciais podem ser ilíquidos. Abelha ensina que “a liquidação de sentença dos arts. 509 e ss. parte de uma premissa: há uma sentença, provisória ou definitiva, a ser liquidada, ou seja, houve o suposto término da fase cognitiva do procedimento comum com fundamento em alguma das matérias do art. 487” (2015, p. 545).

A este respeito também preleciona Gonçalves:

Somente os títulos judiciais podem ser ilíquidos. Mesmo assim, há casos em que o legislador os veda expressamente. Dispõe o art. 491 do CPC: “Na ação relativa à obrigação de pagar quantia, ainda que formulado pedido genérico, a decisão definirá desde logo a extensão da obrigação, o índice de correção monetária, a taxa de juros, o termo inicial de ambos e a periodicidade da capitalização dos juros, se for o caso, salvo quando: I — não for possível determinar, de modo definitivo, o montante devido; II — a apuração do valor devido depender da produção de prova de realização demorada ou excessivamente dispendiosa, assim reconhecida na sentença”. Mesmo nos casos em que se admite pedido genérico (art. 324, § 1º, do CPC), a sentença deve ser líquida. Só se admitirá que não o seja nas hipóteses dos incisos I e II do art. 491, quando então será necessária a liquidação. Nos termos da Súmula 318 do STJ, “Formulado pedido certo e determinado, somente o autor tem interesse recursal em arguir o vício da sentença ilíquida” (GONÇALVES, 2017, p. 961)

8. SENTENÇA PARTE LÍQUIDA, PARTE ILÍQUIDA

Trata-se de tema pacificado pela doutrina o entendimento de que se a sentença contém uma parte líquida e outra ilíquida, o credor poderá promover a liquidação dessa e, paralelamente a execução daquela. Essa noção basilar ajuda a nortear as interpretações legais sobre o tema. Considere, a título de exemplo, hipótese elencada oportunamente por Melo (2006) considerando ação proposta visando ressarcimento de danos decorrentes de acidente em que o autor tenha realizado despesas hospitalares, tenha perdido dias de trabalhos e, além disso, ainda necessitará de tratamento para recuperação da lesão mediante sessões de

fisioterapia ou psicológicas cujo valor não foi (e nem poderia ser) determinado na inicial. Diante dos fatos explicitados o magistrado incumbido de apreciação dos pedidos acolhe totalmente a ação e condena o réu ao pagamento dos valores certos e determinados na inicial e remete para liquidação de sentença a parte que se refere aos custos para recuperação do autor, o que se fará mediante liquidação por artigos, através de uma perícia médica.

Nesse caso, o autor promoverá nos autos principais o cumprimento da sentença referente à parte líquida da condenação e, em autos apartados, a liquidação da parte ilíquida (que será montado pelo interessado com cópias das peças indispensáveis à determinação dos valores). De toda sorte, esse procedimento dúplice é uma faculdade outorgada ao credor que o utilizará se quiser. Caso contrário, poderá promover por primeiro a liquidação da parte ilíquida e, só depois dela encerrada, promover a execução integral de toda a sentença. (MELO, 2006)

Tal entendimento, como bem lembra Gonçalves (2017), encontra-se acolhido pelo vigente código de processo civil. Segundo este, “o art. 509, § 1º, do CPC trata da possibilidade de haver uma sentença que seja parte líquida e parte ilíquida”. Assevera o autor:

Por exemplo: uma sentença proferida em ação de reparação de danos pode condenar o réu a pagar os danos emergentes, correspondentes aos gastos que ele teve, em determinado valor, e em lucros cessantes, a serem apurados em liquidação. O credor pode promover simultaneamente a execução da parte líquida, e, em autos apartados, a liquidação da outra parte (GONÇALVES, 2017, p. 962)

9. CÁLCULO DO CONTADOR

A redação do § 2º, do art. 524, CPC, diz expressamente que “para a verificação dos cálculos, o juiz poderá valer-se de contabilista do juízo, que terá o prazo máximo de 30 (trinta) dias para efetuá-la, exceto se outro lhe for determinado”. Mas o que isso significa na prática? Para compreender melhor observe o que pontua, acertadamente, o próprio Gonçalves (2017):

Não é necessária a liquidação, quando o quantum debeat ser apurado por simples cálculo aritmético. Cumpre ao credor, ao requerer a execução, apresentar memória discriminada do cálculo do débito, indicando de forma especificada os itens da cobrança e os acréscimos de correção monetária, juros e outros fixados na condenação. Essa solução trouxe preocupação com a possibilidade de o credor cobrar mais do que seria devido, ao apresentar os cálculos. O juiz deve examiná-los e, de ofício, determinar a correção de eventuais erros. Mas nem sempre terá condições de fazê-lo. Também há a possibilidade de o devedor defender-se, por objeções de pré-executividade ou impugnação, cuja apresentação prescinde de prévia garantia do juízo, pela penhora. Quando tiver dúvida, o juiz poderá valer-se de contabilista do juízo, que terá o prazo máximo de trinta dias para efetuar a verificação dos cálculos, exceto se outro prazo lhe for determinado. Não se trata do retorno da liquidação por cálculo do contador, pois o juízo não decidirá, ao final, se os cálculos do credor estão corretos ou incorretos (GONÇALVES, 2017, p. 962)

10. LIQUIDAÇÃO POR ARBITRAMENTO

Trata-se de liquidação que se presta à apuração do valor de um bem ou serviço. Define a melhor doutrina que sua única tarefa é a apuração

desse valor, “o que demandará a apresentação de pareceres e documentos elucidativos pelas partes e, se isso não for suficiente, a nomeação de um perito. Não há nenhum fato novo a ser demonstrado” (Gonçalves, 2017).

Para os devidos efeitos, o artigo 509, inciso I, do vigente código de processo civil manteve a liquidação por arbitramento prevista no art. 475-C, do CPC/73. É pertinente compreender que se deve optar por este tipo de liquidação quando determinado por sentença ou convencionado pelas partes ou quando o exigir a natureza do objeto da liquidação.

Válido salientar também que permanece em vigência a orientação constante do enunciado de súmula do STJ nº 344 dispondo que “a liquidação por forma diversa da estabelecida na sentença não ofende a coisa julgada”. O requerimento previsto no art. 523 será instruído com demonstrativo discriminado e atualizado do crédito, devendo a petição conter:

Observe posicionamento jurisprudencial sobre o tema:

AGRAVO DE PETIÇÃO. LIQUIDAÇÃO POR ARBITRAMENTO. Hipótese em que não vieram aos autos os documentos necessários para realização do cálculo do título executivo. Razoável o critério arbitrado na origem, que determinou o cálculo com base nos valores pagos em 1999, adotando-se a proporcionalidade de tais valores em relação ao salário mínimo. Negado provimento ao agravo da executada.

(TRT-4 - AP: 00302001320085040021, Data de Julgamento: 25/04/2017, Seção Especializada Em Execução)

11. LIQUIDAÇÃO PELO PROCEDIMENTO COMUM

Como observado em momento anterior, foram muitas as mudanças oportunizadas pela lei nº 13.105/2015l. Nas palavras de Neves “a

liquidação por procedimento comum é a última alternativa no âmbito das liquidações, porque é a mais complexa e demorada entre todas as suas espécies, de forma que deverá ser reservada somente para as situações em que não se mostre possível a liquidação por mero cálculo aritmético do credor ou por arbitramento” (NEVES, 2016). É, portanto, “aquela em que há necessidade de comprovação de fatos novos, ligados ao quantum debeat” (GONÇALVES, 2017).

Com o advento do vigente CPC passou a ser prevista no artigo 509, inciso II. Informa o citado dispositivo:

Art. 509. Quando a sentença condenar ao pagamento de quantia ilíquida, proceder-se-á à sua liquidação, a requerimento do credor ou do devedor:

II - pelo procedimento comum, quando houver necessidade de alegar e provar fato novo.

Na liquidação pelo procedimento comum, como explicado antes, existe a necessidade de comprovação de fatos novos, ligados ao quantum debeat. Segundo Fredie Didier Jr, “fato novo é aquele relacionado com o valor, com o objeto ou, eventualmente, com algum outro elemento da obrigação, que não foi objeto de anterior cognição na fase ou no processo de formação do título. O novo não diz respeito necessariamente ao momento em que o fato ocorreu, mas ao seu aparecimento no processo” (2014, p.136).

12. A LIQUIDAÇÃO É JULGADA POR DECISÃO INTERLOCUTÓRIA

Se há questão recorrente entre acadêmicos do direito processual civil brasileiro pós-advento da lei nº 13.105, é a dúvida referente a liquidação julgada por decisão interlocutória. Para compreender seu significado é necessário submetê-la primeiramente ao escrutínio doutrinário. Preleciona Gonçalves que:

A liquidação é apenas uma fase intermediária entre a condenatória e a

executiva. Ora, só pode ser considerado sentença o ato que põe fim ao processo ou à fase condenatória. O que julga a liquidação, não se enquadrando em nenhuma dessas categorias, é decisão interlocutória. O recurso adequado para impugná-la é o agravo de instrumento (art. 1.015, parágrafo único). Ao proferir a decisão, o juiz examinará a pretensão formulada pelo requerente, que é a de declaração do valor devido. Se, ao longo da liquidação, foram colhidos elementos suficientes e produzidas as provas necessárias, ele declarará líquida a obrigação. Se as provas forem insuficientes, e o juiz, ao final, não puder indicar o valor, julgará a liquidação extinta, sem apurar o quantum, o que não impedirá o requerente de ajuizar, mais tarde, uma nova, já que só a decisão que declara o quantum debeat non pode mais, esgotados os recursos, ser discutida. Admite-se ainda (embora exista controvérsia a respeito) a possibilidade de o juiz declarar líquida a obrigação no montante zero. É o que ocorrerá, por exemplo, quando ajuizada liquidação pelo procedimento comum de sentença penal condenatória e colhidas todas as provas, o juiz concluir que a vítima não sofreu dano nenhum, não teve nenhum prejuízo (GONÇALVES, 2017, p. 965)

Assim sendo, necessário esclarecer também que o vigente CPC disciplina a manutenção do cabimento do agravo de instrumento, contra as decisões interlocutórias proferidas em sede de liquidação.

13. LIQUIDAÇÕES NO CURSO DA FASE DE EXECUÇÃO

Como acertadamente ponde Abelha (2015) “várias são as hipóteses previstas pelo legislador, inclusive no processo de execução (título extrajudicial), que acontece, por exemplo, quando, no curso da execução de entrega de coisa, esta vier a ser deteriorada, e na conversão do procedimento executivo (passa a ser por quantia certa) for necessária a liquidação do valor do bem que não mais será entregue (ou da prestação de fazer infungível que não será realizada)”.

Sobre tal assunto ensina de forma magistral Gonçalves:

Nos itens anteriores, examinou-se a liquidação como uma fase do processo sincrético, intermediária entre a condenatória e a executiva. Mas, às vezes, a liquidação, conquanto desnecessária antes da execução, pode tornar-se indispensável no seu curso. Haverá liquidação incidente. É o que ocorrerá, por exemplo, sempre que não houver mais a possibilidade de execução específica de obrigação, e a conversão em perdas e danos (ou quando o credor preferir essa forma). A obrigação, até então líquida, tornar-se-á ilíquida, já que será necessário apurar as perdas e danos. Na liquidação incidente, o exequente indicará os danos que pretende ver ressarcidos, e o juiz determinará as provas necessárias para comprová-los. Ao final, proferirá decisão interlocutória, indicando o quantum debeatur, e a execução prosseguirá, na forma do art. 523 do CPC (GONÇALVES, 2017, p. 966-967)

14. CONCLUSÃO

Como visto ao longo desta dissertação a liquidação de sentença foi simplificada pela lei nº 13.105/2015. Explicitá-la, no entanto, mostrou-se tarefa oportuna (mas árdua) – sobretudo, considerado o potencial de suscitar novas dúvidas no leitor recém-introduzido no tema.

Há, diga-se, uma linha tênue que separa os elementos expostos, delineada com cuidado pela doutrina. É justo afirmar que para não ocorrer equívocos, faz-se necessário ater-se ao texto do interprete, sem perder de vista o que diz a norma jurídica.

15. REFERÊNCIAS

ABELHA, Marcelo. *Manual de execução civil* / Marcelo Abelha. – 5.^a ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

BRASIL, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em 28 abr. 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL Processo nº 70038841383 RS. Relator (a): Cairo Roberto Rodrigues Madruga - Vigésima Quarta Câmara Cível. Publicado: 31/10/2016. Disponível em . Acesso em 31 mar. 2017.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 4^a Região. AGRAVO DE PETIÇÃO. Processo nº AP 00302001320085040021. Órgão Julgador: Seção Especializada Em Execução. Publicado: 25 de Abril de 2017. Disponível em . Acesso em 30 abr. 2017.

DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA; Rafael Alexandria de. *Curso de processo civil*, v.5, 5^a Ed. Salvador. JusPodivm, 2014.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. *Direito processual civil esquematizado*. 8. ed. – São Paulo : Saraiva, 2017

MELO, Nehemias Domingos de. Nova execução por títulos judiciais: liquidação e cumprimento de sentença (Lei nº 11.232/05). In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XI, n. 54, jun 2008. Disponível em: < http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2973>. Acesso em 31 mar. 2017.

MORAIS, Vanessa. *Liquidação de sentença no novo CPC*. Disponível em < <http://www.megajuridico.com/liquidacao-de-sentenca-no-novo-cpc/>>. Acesso em 23 abr. 2017.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil: volume único*. 8 ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

ROMANO, Rogério Tadeu. *Liquidação de sentença civil*. Disponível em < <https://jus.com.br/artigos/51153/liquidacao-de-sentenca-civil>>. Acesso em 23 abr. 2017.

A TUTELA PROVISÓRIA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A POSSIBILIDADE DE ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA DE URGÊNCIA SATISFATIVA

EDUARDO HENRIQUE FERREIRA: Advogado da União. Bacharelado em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia. Pós-graduado em Direito Constitucional pelo Complexo Educacional Damásio de Jesus.

RESUMO: O presente estudo versa sobre o instituto da tutela provisória previsto no Livro V, artigos 294 e seguintes do Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015), que reformulou a sistemática constante do Código de Processo Civil de 1973. Objetiva-se demonstrar os contornos da tutela provisória após a inovação legislativa, que previu a existência de dois tipos de tutela: a tutela de urgência (artigo 300 do NCPC), que exige a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo; e a tutela de evidência (artigo 311 do NCPC), que independe da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo. Por fim, pretende-se abordar novidade legislativa concernente à estabilização da tutela de urgência satisfativa.

Palavras-chave: Novo Código de Processo Civil, tutela provisória, tutela de urgência, tutela de evidência, estabilização da tutela de urgência satisfativa.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. A TUTELA PROVISÓRIA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (LEI 13.105/2015). A TUTELA DE URGÊNCIA. 3. A ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA DE URGÊNCIA SATISFATIVA. 3.1. Requisitos para a estabilização da decisão concessiva de tutela de urgência de caráter satisfativo. CONCLUSÃO. BIBLIOGRAFIA.

INTRODUÇÃO

O Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015) trouxe importantes mudanças no Sistema Processual Civil brasileiro, positivando diversos entendimentos jurisprudenciais, além de consagrar expressamente teses e princípios de relevantes doutrinadores internacionais e nacionais, tais como os princípios da cooperação e da boa-fé processual.

Nesse sentido, é importante reconhecer a profunda alteração realizada com a edição do novo *Codex*, o qual não procedeu à simples modificação de determinadas regras, mas revolucionou a própria sistemática do Direito Processual Civil nacional, propondo uma nova forma de conceber o processo.

Com efeito, o legislador ordinário, inspirado por grandes nomes do Direito Processual Civil brasileiro, além de criar novos institutos, reconsiderou os já

existentes, a fim de tornar a lei mais técnica e mais apta a assegurar a efetividade do processo.

É o que se verifica no Livro V da Lei 13.105/2015, que reformulou a sistemática da tutela antecipada e do processo cautelar constantes da legislação anterior, criando a figura da tutela provisória, dividida em tutela de urgência e de evidência.

Ademais, com vistas a garantir a efetividade e a celeridade do processo, criou-se a possibilidade de estabilização da tutela de urgência satisfativa como uma “*técnica de monitorização do processo civil brasileiro*”, segundo Fredie Didier Jr.

1. A TUTELA PROVISÓRIA NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (LEI 13.105/2015)

A tutela jurisdicional prestada pelo Estado pode ser *definitiva*, baseada em cognição exauriente, depois de aprofundada discussão sobre a controvérsia objeto do processo, ou *provisória*, fundada em cognição sumária, geralmente no início da demanda, antes de ampla instrução probatória.

O Novo Código de Processo Civil reformulou a sistemática da tutela provisória, tratando expressamente das tutelas de urgência e evidência e trazendo mudanças no procedimento inicial a ser observado e quanto aos efeitos da tutela após ser concedida.

Segundo o conceito de Marcus Vinicius Rios Gonçalves, a tutela provisória é “*a tutela diferenciada, emitida em cognição superficial e caráter provisório, que satisfaz antecipadamente ou assegura e protege uma ou mais pretensões formuladas, em situação de urgência ou nos casos de evidência*” [1].

Conforme a lição de Ovídio Baptista da Silva, os termos provisório e temporário não se confundem:

“O provisório é sempre preordenado a ser “trocado” pelo definitivo que goza de mesma natureza – ex.: “flat” provisório em que se instala o casal a ser substituído pela habitação definitiva (apartamento de edifício em construção).

Já o temporário é definitivo, nada virá em seu lugar (de mesma natureza), mas seus efeitos são limitados no tempo, e predispostos à cessação – ex.: andaimes colocados para a pintura do edifício em que residirá o casal lá ficarão o tempo necessário para conclusão do serviço (e feito o serviço, de lá sairão, mas nada os substituirá)” [2].

Nesse sentido, a tutela provisória consiste em um provimento precário que, após a cognição exauriente, será substituído pela tutela definitiva, que a confirmará, revogará ou modificará.

Conforme ensina Fredie Didier Jr., é possível reconhecer a existência de três características essenciais na tutela provisória, quais sejam: a) sumariedade da cognição; b) precariedade; e c) inaptidão para a formação de coisa julgada[3].

É técnica de *cognição sumária*, porque se funda em análise perfunctória do objeto da demanda, autorizando o juiz a decidir com base em um mero juízo de probabilidade (“*fumus boni iuris*”).

Possui natureza *precária*, visto que, apesar de normalmente conservar a sua eficácia ao longo do processo, poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, bem como será substituída pelo provimento definitivo.

E, por fim, *não possui aptidão para formar coisa julgada*, o que decorre das duas características anteriores.

É relevante destacar, ainda, que com a edição do Novo Código Processual houve a extinção do processo cautelar autônomo de nosso ordenamento jurídico, permanecendo, contudo, a tutela cautelar como uma das espécies de tutela provisória, podendo se dar de forma antecedente ou incidental.

Com efeito, nos termos do art. 294 do NCPC, a tutela provisória se fundamenta em *urgência*, podendo esta, cautelar ou antecipada, ser concedida em caráter antecedente ou incidental; ou em *evidência*.

A tutela provisória pode, portanto, ser *antecedente*, requerida em momento anterior ao ajuizamento da demanda, ou *incidental*, no âmbito de um processo já ajuizado.

Sobre o tema, Daniel Assumpção Neves critica a exclusão, pelo legislador ordinário, da tutela provisória de evidência em caráter antecedente:

“Nos termos do art. 294, parágrafo único, do Novo CPC, a tutela provisória de urgência, cautelar ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental. Não há dúvida de que a regra aproxima as duas espécies de tutela de urgência, considerando-se que na vigência do CPC/1973 era impensável uma tutela antecipada antecedente.

O aspecto negativo do dispositivo legal fica por conta da exclusão da tutela da evidência como passível de ser concedida de forma antecedente. Tratando-se de tutela provisória satisfativa, nesses termos a tutela da evidência se aproxima de forma significativa da tutela antecipada, sendo a única diferença entre elas os requisitos para sua concessão. A satisfação fática é a mesma na tutela antecipada e na tutela de evidência.

(...)

Qualquer espécie da tutela provisória pode ser concedida incidentalmente. Significa que já estando em trâmite o processo de conhecimento ou de execução basta à parte apresentar petição

devidamente fundamentada pleiteando a concessão da tutela provisória cabível no caso concreto. Também poderá fazer o pedido de tutela provisória como tópico da petição inicial. Sendo o pedido de tutela provisória feito incidentalmente, o art. 295 do Novo CPC dispensa o pagamento de custas” [4].

De outro lado, o art. 296 do *Codex* estabelece que a tutela provisória conserva sua eficácia na pendência do processo e pode, a qualquer tempo, ser revogada ou modificada, conservando, ainda, a sua eficácia durante o período de suspensão do processo, salvo decisão judicial em contrário.

Quanto à competência, a tutela provisória incidental deve ser requerida ao juízo da causa, ao passo que a antecedente deve ser pleiteada ao juízo competente para conhecer do pedido principal. Em 2ª instância, nas causas de competência originária de tribunal e nos recursos, a tutela provisória deve ser requestada não órgão jurisdicional competente para apreciar o mérito. É o que dispõe o art. 299 da Lei Adjetiva.

No ponto, o Superior Tribunal de Justiça editou o Enunciado Administrativo nº 4, segundo o qual “*nos feitos de competência civil originária e recursal do STJ, os atos processuais que vierem a ser praticados por julgadores, partes, Ministério Público, procuradores, serventuários e auxiliares da Justiça a partir de 18 de março de 2016, deverão observar os novos procedimentos trazidos pelo CPC/2015, sem prejuízo do disposto em legislação processual especial*”.

2. A TUTELA DE URGÊNCIA

Como visto, a tutela provisória pode se fundamentar em urgência (artigos 300 e seguintes do NCPC) ou evidência (artigo 311 do NCPC). A tutela de urgência, por sua vez, pode ser *satisfativa ou antecipada*, que antecipa provisoriamente a satisfação do direito pleiteado, ou *cautelar*, que visa preservar o objeto do litígio.

Comparando as tutelas de urgência antecipada e cautelar, Daniel Assumpção assinala que:

O capítulo I, do Título II, do Livro V, da Parte Geral do Novo Código de Processo Civil disciplina as disposições gerais da tutela provisória de urgência. São normas aplicáveis tanto à tutela antecipada como à tutela cautelar.

Não há dúvida de que em termos procedimentais o novo diploma legal aproximou de forma significativa as duas espécies de tutela de urgência. A natureza jurídica, entretanto, não pode ser definida pela vontade do legislador, restando inalterada a distinção entre a tutela cautelar como garantidora do resultado útil e eficaz do processo e a tutela antecipada como satisfativa do direito da parte no plano fático. A lição de que a tutela cautelar garante e a tutela antecipada satisfaz seria suficiente para não confundir essas duas espécies de tutela de

urgência. Ainda que não se pretenda confrontar essa distinção, é importante observar que a distinção entre garantia e satisfação não é tão simples como num primeiro momento pode parecer.

O maior problema é que em ambas as espécies de tutela de urgência encontram-se presentes tanto a garantia quanto a satisfação, sendo importante definir o que forma o objeto da tutela e o que é meramente sua consequência. A tutela cautelar garante para satisfazer e a tutela antecipada satisfaz para garantir. O objeto da tutela cautelar é garantir o resultado final do processo, mas essa garantia na realidade prepara e permite a futura satisfação do direito. A tutela antecipada satisfaz faticamente o direito, e, ao fazê-lo, garante que o futuro resultado do processo seja útil à parte vencedora. A presença de garantia e satisfação em ambas serve para explicar a frequente confusão em sua distinção, o que inclusive levou o legislador a prever expressamente a fungibilidade entre elas (art. 305, parágrafo único, do Novo CPC)[5].

Verifica-se, portanto, que há bastante proximidade entre as tutelas de urgência satisfativa e cautelar, o que deu ensejo à expressa fungibilidade entre elas prevista no art. 305, parágrafo único, do CPC, segundo o qual caso o juiz entenda que a tutela cautelar requerida tenha natureza antecipada, deverá observar as regras pertinentes.

Nesse sentido é o Enunciado nº 143 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, que ressalta a homogeneidade de requisitos para ambas as tutelas:

(art. 300, caput) A redação do art. 300, caput, superou a distinção entre os requisitos da concessão para a tutela cautelar e para a tutela satisfativa de urgência, erigindo a probabilidade e o perigo na demora a requisitos comuns para a prestação de ambas as tutelas de forma antecipada. (Grupo: Tutela Antecipada).

Cumprido destacar, no entanto, relevante distinção entre elas: apenas a tutela de urgência satisfativa ou antecipada é passível de se tornar estável caso não seja impugnada a decisão que a concedeu, nos termos do art. 304 da Lei Adjetiva.

3. A ESTABILIZAÇÃO DA TUTELA DE URGÊNCIA SATISFATIVA

Especificamente quanto à tutela de urgência satisfativa, instituiu-se a possibilidade de estabilização de seus efeitos quando é concedida de forma antecedente e não há impugnação pelo réu, litisconsorte ou assistente simples, situação em que a demanda é extinta e a decisão antecipatória produz efeitos enquanto não for ajuizada ação autônoma visando a sua revisão, reforma ou invalidação.

Conforme leciona Fredie Didier Jr., a estabilização da decisão concessiva de tutela antecipada é uma técnica de monitorização do processo civil brasileiro:

“A estabilização da tutela antecipada representa uma generalização da técnica monitoria para situações de urgência e para a tutela satisfativa, na medida em que viabiliza a obtenção de resultados práticos a partir da inércia do réu.

(...)

Sucedendo que, ao mesmo tempo em que mantém e amplia a ação monitoria, o legislador vai além e generaliza a técnica monitoria, introduzindo-a no procedimento comum para todos os direitos prováveis e em perigo que tenham sido objeto de tutela satisfativa provisória antecedente.

O modelo da ação monitoria (arts. 700 a 702, CPC) deve ser considerado o geral – é possível, inclusive, pensar em um microsistema de técnica monitoria, formado pelas regras da ação monitoria e pelos arts. 303 a 304 do CPC, cujos dispositivos se complementam reciprocamente”.[\[6\]](#)

Concebe-se, assim, a estabilização da tutela antecipada como uma forma de assegurar a efetividade e a eficácia do processo, como instrumento de pacificação social.

3.1. Requisitos para a estabilização da decisão concessiva de tutela de urgência de caráter satisfativo

O art. 303 do NCPC, ao tratar do procedimento da tutela antecipada requerida em caráter antecedente, dispõe que nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da demanda, a petição inicial pode se limitar ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito pretendido e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo.

A seu turno, o art. 304 do *Codex* estabelece que a tutela antecipada concedida em caráter antecedente se torna estável se da decisão que a conceder não for interposto o respectivo recurso, caso em que o processo será extinto.

À luz dos §§ 2º e 3º do referido dispositivo legal, qualquer das partes poderá demandar a outra visando rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada, a qual conservar seus efeitos enquanto não revista, reformada ou invalidada por decisão de mérito proferida.

Fredie Didier Jr., em perspicaz lição, lista os pressupostos para a estabilização da tutela antecipada[\[7\]](#).

Para que se verifique o efeito objeto do presente estudo, é preciso, em primeiro lugar, que o autor tenha requerido a concessão de *tutela provisória satisfativa (tutela antecipada) em caráter antecedente*, como se depreende dos arts. 303 e 304 do CPC.

Assim, não se admite a estabilização de tutela cautelar, como destacado no Enunciado nº 420 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis – FPPC, segundo o qual “(art. 304) não cabe estabilização de tutela cautelar”.

Daniel Assumpção explicita que o fenômeno da estabilização não se aplica para a tutela cautelar, criticando, todavia, a sua inaplicabilidade à tutela de evidência:

“Das três diferentes espécies de tutela provisória somente a tutela antecipada foi contemplada na fórmula legal de estabilização consagrada no art. 304 do Novo CPC. Significa dizer que, ao menos pela literalidade da norma, a regra não é aplicável à tutela cautelar e à tutela da evidência. Por outro lado, como o caput do art. 304 do Novo CPC faz remissão expressa à tutela antecipada, concedida nos termos do artigo legal antecedente (art. 303), também estaria excluída da estabilização a tutela antecipada concedida incidentalmente.

Compreendo a opção do legislador em não ter incluído na regra da estabilização a tutela cautelar, afinal, essa espécie de tutela provisória de urgência tem natureza meramente conservativa, criando uma nova situação fática diferente daquela que seria criada com o acolhimento da pretensão do autor. Ainda que a tutela cautelar não tenha mais autonomia formal, entendo que continua a ser acessória da tutela definitiva, de forma que não teria qualquer sentido lógico ou jurídico a estabilização de uma tutela acessória meramente conservativa. Afinal, com a concessão da medida cautelar o direito da parte não estará satisfeito, não havendo sentido em falar-se em sua estabilização.

O mesmo, entretanto, não se pode dizer da tutela provisória de evidência, que a exemplo da tutela antecipada tem natureza satisfativa. Nesse caso o legislador parece ter dito menos do que deveria, porque as mesmas razões que o levaram a criar a estabilização da tutela antecipada indiscutivelmente aplicam-se à tutela de evidência.

Note-se que para se chegar a tal conclusão deve ser superada outra omissão injustificada do legislador: a ausência de previsão expressa que permita o pedido de tutela da evidência de forma antecedente. O tema é tratado no item 12.6.3., sendo de extrema relevância para o cabimento da estabilização porquanto a opção do legislador no art. 304, caput, do Novo CPC foi clara em limitar tal fenômeno processual à tutela provisória antecedente. Partindo-se dessa premissa, a estabilização da tutela da evidência só seria possível nas hipóteses previstas nos incisos II e III do art. 311 do Novo CPC.

Registre-se, nesse tocante, corrente doutrinária que, apesar de reconhecer que tanto na tutela antecipada como na tutela da evidência tem-se identidade de objetivos, sendo possível a tutela do direito da parte em ambas, rejeita a interpretação extensiva por

entender que nesse caso o réu não poderá ser surpreendido com uma estabilização não prevista expressamente em lei em razão de ausência de recurso contra a decisão concessiva de tutela da evidência. A preocupação é legítima, mas contornável pela propositura da ação prevista no § 2º do art. 304 do Novo CPC e ainda de forma mais significativa pelo esclarecimento do juiz nesse sentido, em cumprimento do princípio da cooperação”.^[8]

Exige-se, ainda, um pressuposto negativo, qual seja a *ausência de manifestação pelo autor, na petição inicial, da intenção de dar prosseguimento ao processo após obtida a tutela antecipada*. Tal requisito se justifica porque, apesar de a estabilização da decisão ser benéfica ao autor, é possível que haja interesse em obtenção de outros efeitos, como no caso de tutelas declaratória e constitutiva, para as quais a segurança jurídica da coisa julgada é imprescindível para a satisfação dos litigantes.

Necessita-se, também, que haja uma *decisão concessiva da tutela provisória satisfativa (tutela antecipada) em caráter antecedente*, uma vez que apenas uma decisão positiva tem aptidão para a estabilidade prevista no art. 304 do NCPC.

Por derradeiro, deve ser verificada a *inércia do réu, litisconsorte passivo ou assistente simples* em face da decisão que concedeu a tutela antecipada em caráter antecedente, seja por meio de recurso ou qualquer outro meio de impugnação, tais como suspensão de segurança ou pedido de reconsideração, observando o prazo de que dispõe a parte para recorrer.

De outro lado, impende destacar que o direito de rever, reformar ou invalidar a tutela antecipada estabilizada extingue-se após 2 (dois) anos, contados da ciência da decisão que extinguiu o processo, a teor do § 5º do art. 304 do NCPC.

Assim, embora não faça coisa julgada, a estabilidade dos efeitos da decisão que concede a tutela só será afastada por decisão que a revir, reformar ou invalidar, proferida em demanda ajuizada por uma das partes. É o que dispõe o art. 304, § 6º, do NCPC.

É pertinente, neste ponto, distinguir a estabilização dos efeitos da tutela antecipada do instituto da coisa julgada, como pontua Fredie Didier Jr.:

“A estabilização da tutela satisfativa antecedente não se confunde com a coisa julgada.

Em primeiro lugar, não se pode dizer que houve julgamento ou declaração suficiente para a coisa julgada. O juiz concedeu a tutela provisória e, diante da inércia do réu, o legislador houve por bem determinar a extinção do processo sem resolução do mérito, preservando os efeitos da decisão provisória.

Além disso, após os dois anos para a propositura da ação para reformar, rever ou invalidar a decisão que concedeu a tutela

provisória, os efeitos se tornam estáveis. Esses efeitos são estabilizados, mas apenas eles – a coisa julgada, por sua vez, recai sobre o conteúdo da decisão, não sobre seus efeitos; é o conteúdo, não a eficácia, que se torna indiscutível com a coisa julgada.

Não houve reconhecimento judicial do direito do autor. O autor não poderá, por exemplo, com base nessa decisão, pretender extrair dela uma espécie de efeito positivo da coisa julgada. Esta é uma estabilidade processual distinta da coisa julgada, embora também com eficácia para fora do processo, na linha do que já havia sido intuído por Antonio Cabral. Exatamente por isso, não caberá a ação rescisória da decisão que concede a tutela provisória, mesmo após os dois anos para ajuizamento da ação a que se refere o § 5º do art. 304.

(...)

Esta é, inclusive, uma diferença para o regime da ação monitória. Lá, a inércia do réu transforma, por ficção legislativa, a decisão provisória em definitiva, automaticamente. Por isso, a decisão passa a ter aptidão para a coisa julgada e, conseqüentemente, ser objeto de ação rescisória (art. 701, § 3º, CPC). O regime da ação monitória é muito mais rigoroso – o que se justifica, pois ela pressupõe prova escrita da obrigação.^[9]

Verifica-se, portanto, que o Novo Código de Processo Civil prevê instituto peculiar que assegura, à luz dos princípios da celeridade e efetividade processuais, a estabilização de tutela de urgência satisfativa concedida em caráter antecedente.

CONCLUSÃO

O presente estudo, após tratar dos conceitos preliminares de tutela provisória, tutela de evidência e tutela de urgência, que pode ser satisfativa ou cautelar, buscou esclarecer o fenômeno da estabilização dos efeitos da tutela antecipada, disposto no art. 304 do Código de Processo Civil, os seus pressupostos e o contexto em que tal instituto se manifesta, o qual se apresente como uma relevante novidade no sistema processual, semelhante a fenômenos já existentes na França e na Itália.

BIBLIOGRAFIA

BRAGA, Sérgio Murilo Diniz. Novo Código de Processo Civil. 2ª Edição – 2016, Belo Horizonte: Editora Líder, 2016.

DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela / Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira – 10. ed. – Salvador: Ed. *Jus Podivm*, 2015.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Direito processual civil esquematizado® / Marcus Vinicius Rios Gonçalves; coordenador Pedro Lenza. – 6. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.

GRECO, Leonardo. A Tutela de Urgência e a Tutela de Evidência no Código de Processo Civil de 2014/2015. Revista Eletrônica de Direito Processual. Rio de Janeiro: s/ed., 2014, nº 14.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil – Volume único / Daniel Amorim Assumpção Neves – 8. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016.

SCARPINELLA, Cássio. Novo Código de Processo Civil Anotado. São Paulo: Saraiva, 2015

SILVA, Ovídio A. Baptista da. Do Processo Cautelar. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

NOTAS:

[1] GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Direito processual civil esquematizado® / Marcus Vinicius Rios Gonçalves; coordenador Pedro Lenza. – 6. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016. p. 307.

[2] SILVA, Ovídio A. Baptista da. Do Processo Cautelar. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 86.

[3] DIDIER JR., Fredie. Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela / Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira – 10. ed. – Salvador: Ed. Jus Podivm, 2015. p. 568.

[4] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil – Volume único / Daniel Amorim Assumpção Neves – 8. ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2016. p. 413/414.

[5] Idem, p. 427-428.

[6] Idem, p. 604-605.

[7] *Ibidem*, p. 606 e ss.

[8] *Ibidem*, p. 449-450.

[9] Ob. Cit., p. 612-613.

DOS EFEITOS DA CONDENAÇÃO PELO CRIME DE TORTURA IMPRÓPRIA

BRUNO DE UGALDE MELLO: Advogado, formado pela Universidade Federal de Santa Maria - UFSM.

RESUMO: O presente artigo pretende analisar os aspectos práticos dos efeitos da condenação pelo crime de tortura imprópria, em especial no que se refere à perda do cargo e ao regime inicial de cumprimento da pena. Para tanto utilizou-se do método dedutivo e dividiu-se o estudo em dois capítulos principais, além das considerações e conclusão. No capítulo 2 abordou-se os efeitos da condenação para os crimes em geral e os efeitos específicos para os crimes previstos na Lei de Tortura. No capítulo 3 analisou-se as implicações práticas de tais efeitos em relação ao crime de tortura omissiva.

Palavras-chave: Condenação; Efeitos; Tortura omissiva; Perda do cargo; Regime inicial de cumprimento da pena.

Sumário: 1 Considerações Gerais Sobre o Crime de Tortura. 2 Os Efeitos da Condenação Por Crimes de Tortura. 2.1 Efeitos Penais da Condenação. 2.2 Efeitos Extrapenais da Condenação Previstos no Código Penal. 2.3 Efeitos Extrapenais da Condenação Previstos na Lei de Tortura. 3 Aspectos Práticos dos Efeitos da Condenação no Crime de Tortura Imprópria. 4 Conclusão. 5 Bibliografia

1 CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE O CRIME DE TORTURA

O art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CRFB/88^[1] estabelece no inciso III que *ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante*. Além disso, no inciso XLIII refere que:

Art. 5º, XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

A CRFB/88 considera que a tortura é crime inafiançável e insuscetível de graça e anistia. O Supremo Tribunal Federal – STF já decidiu por negar também o instituto do indulto aos condenados por crime de tortura:

“1. A concessão de indulto aos condenados a penas privativas de liberdade insere-se no exercício do poder discricionário do Presidente da República, limitado à vedação prevista no inciso XLIII do artigo 5º da Carta da República. A outorga do benefício, precedido das cautelas devidas, não pode ser obstado por hipotética alegação de ameaça à segurança social, que tem como parâmetro simplesmente o montante da pena aplicada. 2. Revela-se inconstitucional a possibilidade de que o indulto seja concedido aos condenados por crimes hediondos, de tortura, terrorismo ou tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, independentemente do lapso temporal da condenação. Interpretação conforme a Constituição dada ao § 2º do artigo 7º do Decreto 4495/02 para fixar os limites de sua aplicação, assegurando-se legitimidade à indulgência principis. Referendada a cautelar deferida pelo Ministro Vice-Presidente no período de férias forenses.”^[2]

Somando-se, o Brasil é signatário de tratados internacionais anteriores que obrigam que os países criminalizem a tortura em seus respectivos ordenamentos jurídicos internos, dentre eles a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes, de 1984; e a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, de 1985. A CRFB/88 veio também nesse intento.

Segundo o art. 1º da referida Convenção Internacional contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos e Degradantes, define-se tortura da seguinte forma:

“(…) o termo tortura designa qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa a fim de obter, dela ou de uma terceira pessoa, informações ou

confissões; de castigá-la por ato que ela ou uma terceira pessoa tenha cometido ou seja suspeita de ter cometido; de intimidar ou coagir esta pessoa ou outras pessoas; ou por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza, quando tais dores ou sofrimentos são infligidos por um funcionários público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência.”^[3]

A Lei n.º 9.455/97^[4] – Lei de Tortura – adveio com o propósito de definir os crimes de tortura, uma vez não foram previstos no Código Penal e ainda não constavam de legislações extravagantes.

Nesta lei, o inciso I do caput do art. 1º apresenta o crime de tortura em sua modalidade clássica, que pode ser praticado por qualquer pessoa:

Art. 1º Constitui crime de tortura:

I - constranger alguém com emprego de violência ou grave ameaça, causando-lhe sofrimento físico ou mental:

a) com o fim de obter informação, declaração ou confissão da vítima ou de terceira pessoa;

b) para provocar ação ou omissão de natureza criminoso;

c) em razão de discriminação racial ou religiosa;

A alínea *a* trata da chamada tortura-prova ou tortura persecutória; a alínea *b*, da tortura para a prática de crime ou tortura-crime; e a alínea *c*, da tortura discriminatória ou tortura-racismo. Trata-se de denominações criadas pela doutrina, a exemplo de Gabriel Habib^[5].

O inciso II, por sua vez, trata da chamada tortura-castigo, em que se exige uma condição especial tanto do sujeito ativo, quanto do sujeito passivo:

Art. 1º Constitui crime de tortura:

II - submeter alguém, sob sua guarda, poder ou autoridade, com emprego de violência ou grave ameaça, a

intenso sofrimento físico ou mental, como forma de aplicar castigo pessoal ou medida de caráter preventivo.

O §1º do art. 1º prevê uma modalidade equiparada, para a qual se comina a mesma pena do *caput*: reclusão de 2 a 8 anos. Fala-se da denominada tortura do preso ou de pessoa sujeita a medida de segurança. Vejamos:

Art. 1º, § 1º Na mesma pena incorre quem submete pessoa presa ou sujeita a medida de segurança a sofrimento físico ou mental, por intermédio da prática de ato não previsto em lei ou não resultante de medida legal.

Por fim, o §2º do art. 1º contém o delito de médio potencial ofensivo chamado de omissão na tortura, tortura imprópria ou tortura omissiva, par ao qual foi prevista a pena de detenção de 1 a 4 anos:

Art. 1º, § 2º Aquele que se omite em face dessas condutas, quando tinha o dever de evitá-las ou apurá-las, incorre na pena de detenção de um a quatro anos.

Os §§ 3º e 4º tratam respectivamente de qualificadoras e causas de aumento da pena.

Além disso, salienta-se que a CRFB/88, no art. 5º XLIII, e a Lei n.º 8.072/90^[6], no art. 2º equiparou o crime de tortura aos crimes hediondos, estendendo-lhe os rigores desta lei para aqueles crimes. Entretanto, ressalva-se a modalidade de tortura imprópria, caso em que não é equiparada a crime hediondo.

No presente trabalho abordaremos os efeitos específicos da condenação nos crimes de tortura. Para tanto, diante da grande sensibilidade do tema, construiremos uma estudo completo dos efeitos da condenação previstos no Código Penal e em leis especiais, vez se também se aplicam aos crimes de tortura.

2 OS EFEITOS DA CONDENAÇÃO POR CRIMES DE TORTURA

Segundo Cleber Masson, efeitos da condenação são todas as consequências que direta ou indiretamente atingem o condenado em razão de

uma condenação definitiva[7]. São efeitos que ocorre principalmente na esfera penal, mas também na área cível, administrativa, trabalhista e etc.

O pressuposto para que ocorram tais efeitos é justamente a existência de uma condenação definitiva.

Os efeitos da condenação em geral podem ser divididos em efeito principal e efeitos secundários.

Por efeito principal considera-se a imposição da pena ou de da medida de segurança. A pena poderá ser privativa de liberdade, restritiva de direitos ou de multa; a medida de segurança poderá ser detentiva ou restritiva, a depender do caso concreto.

2.1 Efeitos Penais da Condenação

Os efeitos secundários, por sua vez, podem ter natureza penal ou extrapenal e estarem previstos no Código Penal ou em outras leis penais.

Dentre os efeitos secundários de natureza penal previstos no Código Penal, MASSON[8] elenca os seguintes: caracterização da reincidência para crimes futuros (art. 63 e art. 64); imposição do regime fechado se for praticado novo crime (art. 33, §2º); configuração de maus antecedentes (art. 59); aumento em 1/3 do prazo da prescrição da pretensão executória (art. 110, caput, e art. 117, VI); impedimento à concessão e revogação da suspensão condicional da pena e do livramento condicional (art. 77, I e §1º; art. 81, I; art. 86, caput; art. 87); entre outros.

Fora do Código Penal o mesmo autor cita impossibilidade de concessão de transação penal e da suspensão condicional do processo em caso de novo delito (art. 76, §2º, I e art. 89 da Lei n.º 9.099/95[9]). Acrescentamos a inscrição do nome do condenado no rol dos culpados (art. 393, III do Código de Processo Penal – CPP[10])

Entretanto, interessa mais ao presente estudo os efeitos extrapenais decorrentes da condenação.

2.2 Efeitos Extrapenais da Condenação Previstos no Código Penal

Igualmente os efeitos extrapenais da condenação podem estar previstos no Código Penal e na legislação especial.

O Código Penal prevê efeitos extrapenais da condenação genéricos e específicos, previstos respectivamente nos art. 91 e 92.

Os efeitos do art. 91 são automáticos, ou seja, não precisam ser declarados expressamente na sentença. Por outro lado, os efeitos do art. 92 não são automáticos, precisam ser expressamente declarados na sentença. Se os juiz não os declarar expressamente na sentença eles não são aplicáveis.

Ademais, os efeitos extrapenais genéricos previstos no CP são aplicáveis a todo qualquer crime, ao passo que os específicos dependem de alguma condição descrita no dispositivo legal.

O art. 91 do CP prevê uma série de consequência que ocorrem independentemente de qualquer manifestação na sentença, de forma automática. O dispositivo é autoexplicativo e dispensa maiores comentários. Vejamos:

Art. 91 - São efeitos da condenação: [\(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984\)](#)

I - tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime; [\(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984\)](#)

II - a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé: [\(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984\)](#)

a) dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito;

b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso.

§ 1º Poderá ser decretada a perda de bens ou valores equivalentes ao produto ou proveito do crime quando estes não forem encontrados ou quando se localizarem no exterior. [\(Incluído pela Lei nº 12.694, de 2012\)](#)

§ 2º Na hipótese do § 1º, as medidas assecuratórias previstas na legislação processual poderão abranger bens ou valores equivalentes do investigado ou acusado para posterior decretação de perda. [\(Incluído pela Lei nº 12.694, de 2012\)](#)[11]

Ao seu tempo, o art. 92 do CP dispõe a respeito de efeitos específicos, que não são automáticos, dependem de uma declaração expressa na sentença, e que só podem ser aplicados para determinados crimes. Vejamos os seus termos:

Art. 92 - São também efeitos da condenação: [\(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984\)](#)

I - a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo: [\(Redação dada pela Lei nº 9.268, de 1º.4.1996\)](#)

a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública; [\(Incluído pela Lei nº 9.268, de 1º.4.1996\)](#)

b) quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos nos demais casos. [\(Incluído pela Lei nº 9.268, de 1º.4.1996\)](#)

II - a incapacidade para o exercício do pátrio poder, tutela ou curatela, nos crimes dolosos, sujeitos à pena de reclusão, cometidos contra filho, tutelado ou curatelado; [\(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984\)](#)

III - a inabilitação para dirigir veículo, quando utilizado como meio para a prática de crime doloso. [\(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984\)](#)

Parágrafo único - Os efeitos de que trata este artigo não são automáticos, devendo ser motivadamente declarados na sentença. [\(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984\)\[12\]](#)

Especial atenção merece ser dispensada ao efeito de perda de cargo, função pública ou mandato eletivo.

O Código Penal considera duas hipóteses para esse efeito possa ocorrer. A primeira é para os crimes que forem praticados com abuso de poder ou violação de dever funcional e a pena privativa de liberdade for igual ou superior a 1 ano. Na segunda hipótese, se a condenação for por crime comum (sem abuso de poder ou violação de dever funcional), o condenado só perderá o cargo público, função pública ou mandato eletivo se a pena privativa de liberdade ultrapassar 4 anos.

Estas hipóteses de perda do cargo, apesar de serem considerados efeitos específicos aplicam-se aos crimes em geral, sendo que no primeiro caso basta o abuso de poder ou violação de dever funcional e pena privativa de liberdade igual ou superior a 1 ano; e, no segundo, basta condenação à pena privativa de liberdade superior 4 anos.

Não se confunde a hipótese de perda do cargo prevista na lei de tortura, que depende de outros requisitos para sua implementação, conforme veremos.

2.3 Efeitos Extrapenais da Condenação Previstos na Lei de Tortura

A Lei de Tortura prevê no §5º do art. 1º efeitos extrapenais específicos, que se aplicam exclusivamente aos crimes previsto na referida Lei. *In verbis*:

Art. 1º, § 5º A condenação acarretará a perda do cargo, função ou emprego público e a interdição para seu exercício pelo dobro do prazo da pena aplicada.

Trata-se de efeito da condenação que só pode ser aplicado após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. São efeitos automáticos, que

decorrem diretamente da condenação, prescindindo-se de qualquer declaração expressa na sentença.

Gabriel Habib aponta importantes diferenças entre os efeitos previsto na Lei 9.455/97 e o previsto no art. 92, I do CP:

“No art. 92, I do Código Penal, a lei trata da perda do cargo que já era ocupado pelo condenado. No art. 1º, §5º da lei 9.455/97, a lei trata não só da perda do cargo, como também da interdição, que é a impossibilidade de se vir a ocupar cargo ou função pública, com efeitos futuros. Ademais, no art. 92, I, do Código Penal a perda do cargo não é automática, dependendo de motivação expressa na sentença, ao contrário do previsto na lei de tortura, em que a perda do cargo é automática.”[\[13\]](#)

Nesse sentido já decidiu o Superior Tribunal de Justiça – STJ, no REsp 1044866:

“A determinação da perda de cargo público fundada na aplicação de pena privativa de liberdade superior a 4 anos (art. 92, I, b, do CP) pressupõe fundamentação concreta que justifique o cabimento da medida. De fato, para que seja declarada a perda do cargo público, na hipótese descrita no art. 92, I, b, do CP, são necessários dois requisitos: a) que o quantum da sanção penal privativa de liberdade seja superior a 4 anos; e b) que a decisão proferida apresente-se de forma motivada, com a explicitação das razões que ensejaram o cabimento da medida. A motivação dos atos jurisdicionais, conforme imposição do art. 93, IX, da CF (“Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade...”), funciona como garantia da atuação imparcial e secundum legis (sentido lato) do órgão julgador. Ademais, a motivação dos atos judiciais serve de controle social sobre os atos judiciais e de controle pelas partes

sobre a atividade intelectual do julgador, para que verifiquem se este, ao decidir, considerou todos os argumentos e as provas produzidas pelas partes e se bem aplicou o direito ao caso concreto. Por fim, registre-se que o tratamento jurídico-penal será diverso quando se tratar de crimes previstos no art. 1º da Lei 9.455/1997 (Lei de Tortura). Isso porque, conforme dispõe o § 5º do art. 1º deste diploma legal, a perda do cargo, função ou emprego público é efeito automático da condenação, sendo dispensável fundamentação concreta.”[\[14\]](#)

Portanto, percebe-se que apesar de possuírem redações semelhantes são perceptíveis as diferenças entre a perda do cargo prevista no CP e a perda do cargo prevista na Lei de Tortura. Ao passo que aquela só produz efeitos em relação ao passado, ocasionando, eventualmente, a perda do cargo, função o mandato eletivo do agente que já o possui; esta, além desses efeitos pretéritos, impede a assunção de novos cargos, funções ou mandatos eletivos pelo dobro do tempo de pena aplicada.

Este instituto previsto na legislação especial produz implicações de ordem prática que merecem ser analisadas, especialmente nas diversas modalidades de tortura, uma vez que a depender do caso, a comina cominada pode determinar trâmites processuais distintos.

3 ASPECTOS PRÁTICOS DOS EFEITOS DA CONDENÇÃO NO CRIME DE TORTURA IMPRÓPRIA

Assim como todos os demais efeitos da condenação, a perda do cargo, função ou emprego público e a interdição para seu exercício pelo dobro do prazo da pena aplicada previstos no art. 1º, §5º da Lei n.º 9.455/97 só se aplicam em caso de condenação penal definitiva, com trânsito em julgado, por alguns dos crimes previstos no *caput*, §1º ou §2º do referido artigo. Isto é, os efeitos da condenação se aplicam para todas as modalidades de tortura.

Via de regra, os crimes de tortura são de elevadíssimo potencial ofensivo, uma vez que possuem pena mínima acima de 1 ano e são equiparados a hediondos. Com exceção da tortura imprópria, a pena para os referidos crimes é

de reclusão de 2 a 8 anos, com a possibilidade de qualificadoras aumentarem os limites da pena em abstrato, a depender do caso, para 4 a 10 anos e 8 a 16 anos de reclusão (art. 1º, §3º); e de incidir causa de aumento da pena de 1/6 a 1/3 (art. 1º, §4º).

Por conta disto, o crime de tortura em suas modalidades equiparadas crime hediondo serão incompatíveis com os institutos da suspensão condicional do processo e da transação penal.

A suspensão condicional do processo (*sursis processual*), conforme o art. 89, *caput*, da Lei n.º 9.099/95, possibilita que o Ministério Público proponha proposta de suspensão do processo para os crimes em que a pena mínima cominada seja igual ou inferior a 1 ano, desde que o indivíduo não tenha condenado anteriormente pela prática de crime e não estiver sendo processado, observando-se os demais requisitos legais e atendendo-se a determinadas condições (§1º):

Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena ([art. 77 do Código Penal](#)).

§ 1º Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do Juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições:

I - reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo;

II - proibição de freqüentar determinados lugares;

III - proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz;

IV - comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.[\[15\]](#)

Aceitando determinada proposta, o processo ficará suspenso por 2 a 4 anos sob o implemento das referidas condições. Ao final deste prazo, caso não ocorra revogação do benefício, será declarada a extinção da punibilidade, nos termos do §5º do art. 89:

Art. 89, § 5º Expirado o prazo sem revogação, o Juiz declarará extinta a punibilidade.

Nestes casos, declarando-se a extinção da punibilidade nestes termos não há se falar em condenação e, por conseguinte, não incidirão os efeitos de tal condenação. Como vimos, este instituto não se aplica, em regra, aos crimes de tortura.

No entanto, devemos atentar para o crime previsto no art. 1º, §2º da lei 9.455/97, que trata da omissão na tortura, tortura omissiva ou tortura imprópria.

Inicialmente, percebe-se que a pena prevista é de detenção de 1 a 4 anos. Trata-se de um delito de médio potencial ofensivo, que, em regra admite suspensão condicional do processo, nos termos do *caput* art. 89 da lei 9.099/95. Em outras palavras, enquanto as demais modalidades de tortura são delitos de elevadíssimo potencial ofensivo (equiparados a crimes hediondos), a tortura imprópria é crime de médio potencial ofensivo, que admite *sursis* processual.

Justamente por este motivo é que a omissão na tortura não é marcada pela hediondez, presente nas demais espécies de tortura. Não se fala em crime hediondo que admite medida despenalizadora prevista na dos Juizados Especiais, tal como é o *sursis* processual.

Visualizaremos um exemplo prático para melhor elucidar a questão: um agente de policial civil foi denunciado por omissão na tortura (art. 1º, §2º), entendendo o titular da ação que a vítima foi torturada na base da Polícia Civil do respectivo Estado-membro pelos colegas do denunciado. Apurou-se que o denunciado total condição de ouvir os gritos da vítima e nada fez. Os agentes que efetivamente torturaram a vítima foram denunciados por tortura persecutória

(art. 1º, I) e foram efetivamente condenados. Os colegas do denunciado perderam o cargo de forma automática, enquanto o denunciado por omissão na tortura foi beneficiado pelo *sursis* processual, que, ao final, implicou na extinção da punibilidade, sem ocorrência dos efeitos da condenação.

Imaginemos agora que esse policial civil, embora fizesse jus ao *sursis* processual por conta da pena do referido crime, não preenchesse os requisitos por estar sendo processado. Nesse caso, não haverá proposta de suspensão condicional do processo e, por consequência, caso condenado em definitivo, sofrerá os efeitos da condenação, em especial a perda do cargo prevista no art. 1º, §5º da lei n.º 9.455/97.

De outra banda, também merece análise tema atinente a aos efeitos primários da condenação por crimes de tortura, que também se altera quando se tratar de omissão na tortura. Como efeito primário da condenação, temos a imposição de uma pena, e, por consequência, o início de seu cumprimento, que impõe a análise do regime inicial de cumprimento.

O STF, no HC 111840, já pacificou o entendimento pela inconstitucionalidade do art. 2º, §1º da Lei n.º 8.072/90, que prevê que a pena dos crimes hediondos e equiparados deverá necessariamente ser cumprida no regime inicial fechado. Vejamos a decisão:

“1. Verifica-se que o delito foi praticado em 10/10/09, já na vigência da Lei nº 11.464/07, a qual instituiu a obrigatoriedade da imposição do regime inicialmente fechado aos crimes hediondos e assemelhados.

2. Se a Constituição Federal menciona que a lei regulará a individualização da pena, é natural que ela exista. Do mesmo modo, os critérios para a fixação do regime prisional inicial devem-se harmonizar com as garantias constitucionais, sendo necessário exigir-se sempre a fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado.

3. Na situação em análise, em que o paciente, condenado a cumprir pena de seis (6) anos de reclusão,

ostenta circunstâncias subjetivas favoráveis, o regime prisional, à luz do art. 33, § 2º, alínea b, deve ser o semiaberto.

4. Tais circunstâncias não elidem a possibilidade de o magistrado, em eventual apreciação das condições subjetivas desfavoráveis, vir a estabelecer regime prisional mais severo, desde que o faça em razão de elementos concretos e individualizados, aptos a demonstrar a necessidade de maior rigor da medida privativa de liberdade do indivíduo, nos termos do § 3º do art. 33, c/c o art. 59, do Código Penal.

5. Ordem concedida tão somente para remover o óbice constante do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/07, o qual determina que “[a] pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado”. Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito ex nunc, da obrigatoriedade de fixação do regime fechado para início do cumprimento de pena decorrente da condenação por crime hediondo ou equiparado.”[\[16\]](#)

Contudo, em decisão mais recente, especialmente no que tange aos crimes de tortura, a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, no HC 123316[\[17\]](#) considerou constitucional o dispositivo da Lei de Tortura (artigo 1º parágrafo 7º da Lei 9.455/97) que estabelece regime inicial obrigatoriamente fechado, independentemente do quantum da pena aplicada, para os crimes previstos na referida Lei.

No presente caso, o Ministro Relator Marco Aurélio assinalou que o legislador ordinário, em consonância com a CRFB/88, teria feito uma opção válida, ao prever que, considerada a gravidade do crime de tortura, a execução da pena, ainda que fixada no mínimo legal, deveria ser cumprida inicialmente em regime fechado, sem prejuízo de posterior progressão.

Entretanto, salienta-se que esse raciocínio não se aplica ao crime de tortura imprópria. O condenado em definitivo em tortura-imprópria poderá inicial

o cumprimento da pena privativa de liberdade no regime aberto, semiaberto ou fechado, a depender das circunstâncias do caso concreto. O legislador de 1997 foi expresso nesse sentido, ao referir no §7º do art. 2º da Lei n.º 9.455/97 que “*O condenado por crime previsto nesta Lei, salvo a hipótese do § 2º, iniciará o cumprimento da pena em regime fechado.*”[\[18\]](#)

4 CONCLUSÃO

O crime de omissão na tortura é cercado de peculiaridades, a começar pela pena cominada: detenção de 1 a 4 anos. Trata-se de infração de médio potencial ofensivo, enquanto que a tortura comum possui pena de reclusão de 2 a 8 anos e é o considerada equipara a crime hediondo.

Por ser delito de médio potencial ofensivo, haverá possibilidades de concessão de suspensão condicional do processo, que, uma vez decorrido o seu prazo sem revogação, implicará na extinção do processo e na incoerência de todos os efeitos da condenação, especialmente no que tange ao efeito automático de perda do cargo, previsto no §5º do art. 1º da lei n.º 9.455/97.

Caso o sujeito não faça jus ao sursis processual, ou seja, ele revogado, sendo condenado, sofrerá os efeitos da condenação, dentre eles a perda do cargo de forma automática.

Além disso, havendo condenação em definitivo pela prática do crime de tortura omissiva, não haverá necessidade do regime inicial fechado obrigatório.

5 BIBLIOGRAFIA

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: . Acesso em: 14 de junho de 2017.

_____. Decreto n.º 40 de 15 de fevereiro de 1991. Disponível em: . Acesso em: 14 de junho de 2017.

_____. Decreto-Lei n.º 2.848 de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal. Disponível em: . Acesso em: 14 de junho de 2017.

_____. Decreto-Lei n.º 3.689 de 03 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal. Disponível em: . Acesso em: 14 de junho de 2017.

_____. Lei n.º 8.072 de 25 de julho de 1990. Disponível em: . Acesso em: 14 de junho de 2017.

_____. Lei n.º 9.099 de 25 de setembro de 1995. Disponível em: . Acesso em: 14 de junho de 2017.

_____. Lei n.º 9.455 de 7 de abril de 1997. Disponível em: . Acesso em: 14 de junho de 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.044.866-MG, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, julgado em 2/10/2014. Disponível em: =0549>. Acesso em: 14 de junho de 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI 2795 MC, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 08/05/2003, DJ 20-06-2003 PP-00056 EMENT VOL-02115-22 PP-04558 JBC n. 49, 2004, p. 87-90. Disponível em: . Acesso em: 14 de junho de 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC 111840, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 27/06/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-249 DIVULG 16-12-2013 PUBLIC 17-12-2013. Disponível em: . Acesso em: 14 de junho de 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. HC 123316/SE, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 9/6/2015.

HABIB, Gabriel. Leis Penais Especiais – Tomo I – 7ª ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivum. 2015.

MASSON, Cleber. Direito Penal Esquematizado – Parte Geral – vol. 1. 10.ª ed. ver., atual., e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016.

NOTAS:

[1] BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: . Acesso em: 14 de junho de 2017.

[2] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2795 MC, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, julgado em 08/05/2003, DJ 20-06-2003 PP-00056 EMENT VOL-02115-22 PP-04558 JBC n. 49, 2004, p. 87-90. Disponível em: . Acesso em: 14 de junho de 2017.

[3] BRASIL. Decreto n.º 40 de 15 de fevereiro de 1991. Disponível em: . Acesso em: 14 de junho de 2017.

[4] BRASIL. Lei n.º 9.455 de 7 de abril de 1997. Disponível em: . Acesso em: 14 de junho de 2017.

[5] HABIB. Gabriel. Leis Penais Especiais – Tomo I – 7ª ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivum. 2015.

[6] BRASIL. Lei n.º 8.072 de 25 de julho de 1990. Disponível em: . Acesso em: 14 de junho de 2017.

[7] MASSON, Cleber. Direito Penal Esquematizado – Parte Geral – vol. 1. 10.ª ed. ver., atual., e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016, p. 905.

[8] MASSON, Cleber. Direito Penal Esquematizado – Parte Geral – vol. 1. 10.ª ed. ver., atual., e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016, p. 907 e 908.

[9] BRASIL. Lei n.º 9.099 de 25 de setembro de 1995. Disponível em: . Acesso em: 14 de junho de 2017.

[10] BRASIL. Decreto-Lei n.º 3.689 de 03 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal. Disponível em: . Acesso em: 14 de junho de 2017.

[11] BRASIL. Decreto-Lei n.º 2.848 de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal. Disponível em: . Acesso em: 14 de junho de 2017.

[12] BRASIL. Decreto-Lei n.º 2.848 de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal. Disponível em: . Acesso em: 14 de junho de 2017.

[13] HABIB. Gabriel. Leis Penais Especiais – Tomo I – 7ª ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPodivum. 2015, p. 309.

[14] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.044.866-MG, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 2/10/2014. Disponível em: =0549>. Acesso em: 14 de junho de 2017.

[15] BRASIL. Lei n.º 9.099 de 25 de setembro de 1995. Disponível em: . Acesso em: 14 de junho de 2017.

[16] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 111840, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 27/06/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-249 DIVULG 16-12-2013 PUBLIC 17-12-2013. Disponível em: . Acesso em: 14 de junho de 2017.

[17] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 123316/SE, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 9/6/2015.

[18] BRASIL. Lei n.º 9.455 de 7 de abril de 1997. Disponível em: . Acesso em: 14 de junho de 2017.

A RESERVA DO POSSÍVEL E A EFETIVIDADE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

ELIZIANE CHAGAS SILVA: Advogada. Pós-graduada em Direito Penal e Processo Penal pelo Complexo Educacional Damásio de Jesus.

Resumo: o presente artigo tem por objetivo analisar a aplicação do princípio da reserva do possível e a sua relação com efetividade das políticas públicas, notadamente na doutrina e nos precedentes do Supremo Tribunal Federal.

Palavras-chave: reserva do possível, políticas públicas, efetivação.

INTRODUÇÃO

Com advento da Constituição Federal de 1988 várias inovações foram introduzidas, dentre elas, a consagração do princípio da Dignidade da Pessoa Humana, que vem se mostrando como um dos principais pontos axiológicos do nosso ordenamento jurídico atualmente.

No entanto, sua positivação e efetividade vivem um dilema, pois, em que pese a Constituição Federal dizer no seu art. 5º, §1º, que os direitos fundamentais são dotados de eficácia, efetividade e de aplicabilidade imediata, a prestação estatal tem-se mostrado falha em alguns aspectos.

Com efeito, o Estado é o incumbido pela Magna Carta de garantir a efetividade dos Direitos fundamentais por meio de políticas públicas, devendo garantir sua efetividade.

Ocorre que, por muitas vezes, o Estado não é capaz de cumprir tal incumbência, seja por questões financeiras, seja por conflitos de atribuições entre os órgãos executores das políticas públicas.

Frisa-se que tal fato acaba por gerar volume intenso de demandas no Poder Judiciário, que por vezes, por meio de decisões judiciais, acaba por interferir na tarefa precípua do poder executivo, qual seja a criação e gestão das políticas públicas.

O Estado em contrapartida, em sua defesa, alega que não dispõe de recursos financeiros suficientes para garantir todos os direitos que a Constituição Federal assegura aos cidadãos, isso porque os recursos econômicos seriam limitados e as necessidades sociais ilimitadas.

Nesse sentido, é de suma importância analisar se o princípio da reserva do possível, de fato, pode ser oponível à realização das políticas públicas.

DESENVOLVIMENTO

É sabido que para efetivação dos Direitos Fundamentais, o Estado deve desprender receitas para o seu custeio. Neste contexto, entra o princípio da reserva do possível, definido como um limite ao poder do Estado de concretizar efetivamente direitos fundamentais. Este e o próprio *mínimo existencial* só podem conformar-se diante dos limites impostos pelo que se denomina de reserva do possível, não somente pela disponibilidade de recursos, mas também ao argumento das competências constitucionalmente estabelecidas, do princípio da separação dos poderes, da reserva da lei orçamentária e ainda do princípio federativo. (SILVA, 2010)

Nesse sentido, Mânica (2011) cita que a reserva do possível deve ser entendida sob o prisma da razoabilidade da reivindicação de efetivação de determinado direito social. Isso significa que pretensões deduzidas perante o Poder Judiciário deverão ser analisadas mediante a ponderação de bens, com base no critério da proporcionalidade.

Silva (2010) aduz, ainda, que por mais que se pense num Estado bem estruturado, aparelhado de maneira satisfatória para desempenhar seu papel constitucional, ainda assim, é difícil se pensar em um Poder Público nessas condições promoverá o atendimento integral a todos aqueles que necessitem das prestações sociais, dos direitos fundamentais de que são titulares.

Tem-se, doutrinariamente, que é possível a aplicabilidade e recepção da teoria da reserva do possível, fundamentando suas decisões, não somente pela disponibilidade de recursos, mas também ao argumento das competências constitucionais estabelecidas, do princípio da separação de poderes, da reserva da lei orçamentária e ainda do princípio federativo.

No entanto, a jurisprudência dos Tribunais Superiores, notadamente, Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça tem entendido de forma diversa. Nesse sentido, colaciona-se os seguintes precedentes, *in verbis*:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CADEIA PÚBLICA. SUPERLOTAÇÃO. CONDIÇÕES PRECÁRIAS. AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA OBRIGAR O ESTADO A ADOPTAR PROVIDÊNCIAS ADMINISTRATIVAS E APRESENTAR PREVISÃO ORÇAMENTÁRIA PARA REFORMAR OU CONSTRUIR NOVA UNIDADE PRISIONAL. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES E DE NECESSIDADE DE PRÉVIA DOTAÇÃO ORÇAMENTÁRIA (ARTS. 4º, 6º E 60 DA LEI 4.320/64). CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS EM CASOS EXCEPCIONAIS. POSSIBILIDADE. CASO CONCRETO CUJA MOLDURA FÁTICA EVIDENCIA OFENSA À GARANTIA CONSTITUCIONAL DO RESPEITO À INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL DOS PRESOS E AOS PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DO MÍNIMO EXISTENCIAL, CONTRA O QUAL NÃO SE PODE OPOR A RESERVA DO POSSÍVEL. 1. Na origem, a Defensoria Pública e o Ministério Público do Estado do Mato Grosso ajuizaram Ação Civil Pública visando obrigar o Estado a adotar providências administrativas e apresentar previsão orçamentária para reformar a cadeia pública de Mirassol D'Oeste ou construir nova unidade, entre outras medidas pleiteadas, em atenção à situação de risco a que estavam expostas as pessoas encarceradas no local. Destaca-se, entre as inúmeras irregularidades estruturais e sanitárias, a gravidade do fato de - conforme relatado - as visitas íntimas serem realizadas dentro das próprias celas e em grupos.

2. *A moldura fática delineada pelo Tribunal de origem - e intangível no âmbito do Recurso Especial por óbice da Súmula 7/STJ - evidencia clara situação de violação à garantia constitucional de respeito da integridade física e moral do preso e aos princípios da dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial.*

3. *Nessas circunstâncias - em que o exercício de pretensa discricionariedade administrativa acarreta, pelo não desenvolvimento e implementação de determinadas políticas públicas, se riíssima vulneração a direitos e garantias fundamentais assegurados pela Constituição - a intervenção do Poder Judiciário se justifica como forma de pôr em prática, concreta e eficazmente, os valores que o constituinte elegeu como "supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos fundada na harmonia social", como apregoa o preâmbulo da nossa Carta Republicana.*

4. *O entendimento trilhado pela Corte de origem não destoou dos precedentes do STF - RE 795749 AgR, Relator: Min. Celso de Mello, Segunda Turma, Julgado em 29/04/2014, Processo Eletrônico DJe-095 Divulg 19-05-2014 Public 20-05-2014, ARE 639.337-AgR, Rel. Min.*

Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 15.9.2011 - e do STJ, conforme AgRg no REsp 1107511/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 06/12/2013. Aplicação da Súmula 83/STJ.

5. *Com efeito, na hipótese sub examine, está em jogo a garantia de respeito à integridade física e moral dos presos, cuja tutela, como direito fundamental, possui assento direto no art. 5º, XLIX, da Constituição Republicana.*

6. *Contra a efetivação dessa garantia constitucional, o Estado de*

Mato Grosso alega o princípio da separação dos poderes e a impossibilidade de realizar a obra pública pretendida sem prévia e correspondente dotação orçamentária, sob pena de violação dos arts.

4º, 6º e 40 da Lei 4.320/1964.

7. A concretização dos direitos individuais fundamentais não pode ficar condicionada à boa vontade do Administrador, sendo de suma importância que o Judiciário atue, nesses casos, como órgão controlador da atividade administrativa. Trata-se de inadmissível equívoco defender que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantir os direitos fundamentais, possa ser utilizado como óbice à realização desses mesmos direitos fundamentais.

8. Tratando-se de direito essencial, incluso no conceito de mínimo existencial, inexistirá empecilho jurídico para que o Judiciário estabeleça a inclusão de determinada política pública vital nos planos orçamentários do ente político, mormente quando não houver comprovação objetiva de incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, como na hipótese dos autos.

9. In casu, o pedido formulado na Ação Civil Pública é para, exatamente, obrigar o Estado a "adotar providências administrativas e respectiva previsão orçamentária e realizar ampla reforma física e estrutural no prédio que abriga a cadeia pública de Mirassol D'Oeste/MT, ou construir nova unidade, de modo a atender a todas as condições legais previstas na Lei nº 7.210/84 (Lei de Execuções Penais), bem como a solucionar os problemas indicados pelas equipes

de inspeção sanitária, Corpo de Bombeiros Militar e CR EA na documentação que instrui os presentes autos, sob pena de cominação de multa".

10. Como se vê, o pleito para a adoção de medida material de reforma ou construção não desconsiderou a necessidade de p revisão orçamentária dessas obras, de modo que não há falar em ofensa aos arts. 4º, 6º e 60 da Lei 4.320/64.

11. Recurso Especial não provido.

(REsp 1389952/MT, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/06/2014, DJe 07/11/2016)

REPERCUSSÃO GERAL. RECURSO DO MPE CONTRA ACÓRDÃO DO TJRS. REFORMA DE SENTENÇA QUE DETERMINAVA A EXECUÇÃO DE OBRAS NA CASA DO ALBERGADO DE URUGUAIANA. ALEGADA OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E DESBORDAMENTO DOS LIMITES DA RESERVA DO POSSÍVEL. INOCORRÊNCIA. DECISÃO QUE CONSIDEROU DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE PRESOS MERAS NORMAS PROGRAMÁTICAS. INADMISSIBILIDADE. PRECEITOS QUE TÊM EFICÁCIA PLENA E APLICABILIDADE IMEDIATA. INTERVENÇÃO JUDICIAL QUE SE MOSTRA NECESSÁRIA E ADEQUADA PARA PRESERVAR O VALOR FUNDAMENTAL DA PESSOA HUMANA. OBSERVÂNCIA, ADEMAIS, DO POSTULADO DA INAFSTABILIDADE DA JURISDIÇÃO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO PARA MANTER A SENTENÇA CASSADA PELO TRIBUNAL. I - É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais. II - Supremacia da dignidade da pessoa humana que legitima a intervenção judicial. III - Sentença reformada que, de forma correta, buscava assegurar o respeito à integridade

física e moral dos detentos, em observância ao art. 5º, XLIX, da Constituição Federal. IV - Impossibilidade de opor-se à sentença de primeiro grau o argumento da reserva do possível ou princípio da separação dos poderes. V - Recurso conhecido e provido. (RE 592581, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 13/08/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-018 DIVULG 29-01-2016 PUBLIC 01-02-2016)

Nesse contexto, ressalta-se que STJ enfatizou que a teoria da reserva do possível seria inaplicável no direito brasileiro, eis que tal princípio teria sido importado do Direito Alemão, que vive realidade social totalmente diferente do Brasil. Confira-se parte do voto de Relator Min, Herman Bejamim, enfatizando tal ponto:

Além do mais, tem-se visto, recorrentemente, a invocação da teoria da reserva do possível, importada do Direito alemão, como escudo para o Estado se escusar do cumprimento de suas obrigações prioritárias. Não se pode deixar de reconhecer que as limitações orçamentárias são um entrave para a efetivação dos direitos sociais. No entanto, é preciso terem mente que o princípio da reserva do possível não pode ser utilizado de forma indiscriminada. Na verdade, o direito alemão construiu essa teoria no sentido de que o indivíduo só pode requerer do Estado uma prestação que se dê nos limites do razoável, ou seja, na qual o petionante atenda aos requisitos objetivos para sua fruição. Informa a doutrina especializada que, de acordo com a jurisprudência da Corte Constitucional alemã, os direitos sociais prestacionais estão sujeitos à reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo, de maneira racional, pode esperar da sociedade. Ocorre que não se podem importar preceitos do direito comparado sem atentar para Estado brasileiro. Na Alemanha, os cidadãos já dispõem de um mínimo de prestações materiais capazes de assegurar existência digna. Por esse motivo, o indivíduo não pode exigir do Estado prestações

supérfluas, pois isso escaparia do limite do razoável, não sendo exigível que a sociedade arque com esse ônus. Eis a correta compreensão do princípio da reserva do possível, tal como foi formulado pela jurisprudência germânica. Todavia, situação completamente diversa é a que se observa nos países periféricos, como é o caso do Brasil, país no qual ainda não foram asseguradas, para a maioria dos cidadãos, condições mínimas para uma vida digna. Nesse caso, qualquer pleito que vise a fomentar uma existência minimamente decente não pode ser encarado como sem razão, pois garantir a dignidade humana é um dos objetivos principais do Estado brasileiro. É por isso que o princípio da reserva do possível não pode ser oposto a um outro princípio, conhecido como princípio do mínimo existencial. Desse modo, somente depois de atingido esse mínimo existencial é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em quais outros projetos se deve investir. Ou seja, não se nega que haja ausência de recursos suficientes para atender a todas as atribuições que a Constituição e a Lei impuseram ao estado. Todavia, se não se pode cumprir tudo, deve-se, ao menos, garantir aos cidadãos um mínimo de direitos que são essenciais a uma vida digna, entre os quais, sem a menor dúvida, podemos incluir um padrão mínimo de dignidade às pessoas encarceradas em estabelecimentos prisionais.

Assim, nota-se que o princípio da Reserva do Possível tem sido ignorado pelo Poder Judiciário, no que concerne à efetivação dos direitos fundamentais estabelecidos na Constituição Federal, pois aquele constituiria óbice à concretização das políticas públicas no Brasil.

CONCLUSÃO

Da realização deste trabalho, observa-se que a doutrina advoga pela possibilidade da aplicação do princípio da reserva do possível, pois, de fato, o Estado não teria condições financeiras de efetivar todos os direitos fundamentais como preceitua a Constituição Federal.

Por outro lado, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, tem-se posicionado de forma contrária à doutrina, defendendo que tal princípio seria inaplicável, pois: 1) a teoria por ser importada do direito alemão, onde a realidade social é totalmente diferente da brasileira, não seria aplicável ao direito brasileiro; e 2) não haveria motivo plausível por parte do Estado que justifique tamanha ausência na realização e gestão das políticas públicas.

Assim, vê-se que o Poder Judiciário, claramente, entende que o princípio da Reserva do Possível constitui óbice à efetividade das políticas públicas que visam a concretização dos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

SILVA, Ricardo Augusto Dias. **Direito fundamental à saúde: o dilema entre o mínimo existencial e a reserva do possível**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

MÂNICA, Fernando Borges. **TEORIA DA RESERVA DO POSSÍVEL: DIREITOS FUNDAMENTAIS A PRESTAÇÕES E A INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS**. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo – REDAE-* 2011. Disponível em:< <http://direitodoestado.com/revista/REDAE-25-ABRIL-2011-FERNANDO-BORGES-MANICA.pdf>>. Acesso em fev/2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. [RE 592581](#), Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 13/08/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-018 DIVULG 29-01-2016 PUBLIC 01-02-2016.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. REsp 1389952/MT, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/06/2014, DJe 07/11/2016

DA INEXISTÊNCIA DE OBRIGATORIEDADE DE SIMETRIA REMUNERATÓRIA ENTRE A MAGISTRATURA FEDERAL E ESTADUAL

ÉRICA IZABEL DA ROCHA COSTA: Formada em Direito pela Universidade Paulista - UNIP. Formada em Letras-Português pela Universidade de Brasília - UnB. Analista Processual / MPU/ Direito. Atualmente atua como Assessora jurídica na Procuradoria Regional do Trabalho da 10ª Região.

Resumo: A questão suscitada no presente artigo refere-se à impossibilidade de extensão de vantagens remuneratórias da magistratura estadual à magistratura federal por ato administrativo do Conselho Nacional de Justiça, considerando que inexistente simetria constitucional obrigatória para a remuneração de tais carreiras de modo uniforme, porquanto tais pagamentos são realizados por entes federativos diversos. Aqui será abordado que o regime remuneratório da magistratura não se confunde com o seu caráter nacional previsto na Constituição Federal.

Palavras-chave: Direito constitucional. Caráter nacional da magistratura. Regime remuneratório e extensão de vantagens. Autonomia financeira dos entes federados.

1. A FIXAÇÃO DIFERENCIADA DE REGIMES REMUNERATÓRIOS PARA OS MEMBROS DA MAGISTRATURA FEDERAL E ESTADUAL

O tema em debate no presente artigo possui elevadíssima relevância, pois analisa a possibilidade de extensão de vantagens remuneratórias da magistratura estadual para a magistratura federal por meio de resolução a ser editada pelo Conselho Nacional de Justiça, sob o argumento de que o Poder Judiciário possui caráter nacional. A distinção remuneratória atualmente existente é arbitrária? É possível a extensão de vantagens remuneratórias com base no princípio da isonomia, nos termos do art. 37, inc. XI, e § 12, da CF?

Pois bem.

De início, já consigno que tal equiparação é absolutamente inconstitucional, pois não é possível que se requeira administrativamente tal extensão, pois ao Conselho Nacional de Justiça não é dado conceder direitos sem amparo em lei em

sentido estrito. Se assim procedesse, estaria violando frontalmente o artigo 37, inciso X, o artigo 96, inciso II, alínea “b” e o artigo 169 da Constituição Federal.

Note-se que não se está aqui a discutir a justeza do pagamento de direitos remuneratórios iguais aos juízes, mas sim o fato de inexistir qualquer previsão legal que defina o pagamento de verbas remuneratórias uniformes aos magistrados estaduais e federais. Além disso, destaque-se a impossibilidade de concessão de vantagem remuneratória não prevista na Lei Orgânica da Magistratura Nacional e o fato de inexistir em nossa ordem jurídica um mecanismo que permita a “extensão” de privilégios odiosos, tampouco a extensão de vantagens com base no princípio da isonomia, como já assentado pelo Supremo Tribunal Federal na súmula vinculante 37:

“ Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia”

Ora, tal extensão poderia acarretar um impacto milionário aos cofres públicos, em um contexto de contenção de gastos e sacrifício de toda a sociedade brasileira no atual momento de crise econômica que assola o país, o que se revela na promulgação da polêmica Emenda Constitucional nº 095/2016, que instituiu o “Novo Regime Fiscal no âmbito dos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União”, com regras que também são aplicáveis ao Poder Judiciário.

Por qualquer viés, tal pedido de normatização pelo CNJ seria inconstitucional, seja sobre a perspectiva do devido processo legislativo, seja sobre a inobservância do devido processo financeiro orçamentário, seja pela falta de lei em sentido estrito, seja mesmo pelo viés da igualdade material.

Consoante o art. 169, da Carta Magna, as despesas com pessoal ativo e inativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderão exceder os limites estabelecidos em lei complementar. Por sua vez, o parágrafo primeiro do referido artigo, normatiza que a concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração, a criação de cargos, empregos e funções ou alteração de estrutura de carreiras, bem como a admissão ou contratação de pessoal, a qualquer título, pelos órgãos e entidades da administração direta ou indireta, só poderão ser feitas:

I – se houver prévia dotação orçamentária suficiente para atender às projeções de despesa de pessoal e aos acréscimos dela decorrentes;

II – se houver autorização específica na lei de diretrizes orçamentárias, ressalvadas as empresas públicas e as sociedades de economia mista.

Observa-se, portanto, que há um sistema desenhado pela Constituição Federal para o aumento de despesa, que não pode atravessado por uma resolução a ser emanada do Conselho Nacional de Justiça, que também deve obediência ao texto constitucional.

Nessa toada, conforme o art. 96, II, alínea “b”, da Constituição Federal, cabe ao Supremo Tribunal Federal, ao Tribunais Superiores e aos Tribunais de Justiça propor ao poder legislativo respectivo, observado o disposto no art. 169, da CF (supracitado), a criação e a extinção de cargos e a remuneração dos seus serviços auxiliares e dos juízos que lhes forem vinculados, bem como a fixação do subsídio de seus membros e dos juízes, inclusive dos tribunais inferiores – isto é, competência que refoge ao Conselho Nacional de Justiça.

Com o advento da Emenda Constitucional - EC nº 95, de 15 de dezembro de 2016, que institui o Novo Regime Fiscal, toda e qualquer ação governamental que implique em aumento de despesas, deverá ser suprido com o limite de gasto estabelecido nos termos do art. 1º, que acrescentou, entre outros, o art. 107 no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Ora, o § 1º do referido art. 107, do ADCT, assim dispõe:

“§ 1º Cada um dos limites a que se refere o caput deste artigo equivalerá:

I - para o exercício de 2017, à despesa primária paga no exercício de 2016, incluídos os restos a pagar pagos e demais operações que afetam o resultado primário, corrigida em 7,2% (sete inteiros e dois décimos por cento);
e

II - para os exercícios posteriores, ao valor do limite referente ao exercício imediatamente anterior, corrigido pela variação do Índice Nacional de Preços ao Consumidor

Amplamente - IPCA, publicado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, ou de outro índice que vier a substituí-lo, para o período de doze meses encerrado em junho do exercício anterior a que se refere a lei orçamentária.”

Portanto, nessas condições, todo e qualquer aumento nas despesas com Pessoal e Encargos Sociais do Poder Judiciário, ainda que decorrentes de sentenças judiciais, deverá obrigatoriamente ser acomodado no limite estabelecido pela EC nº 95, de 2016 e, caso venha a ultrapassá-lo, deverá ocorrer a correspondente redução nas demais despesas de manutenção e funcionamento dos respectivos órgãos.

Reafirma-se que em nosso Sistema Político Federalista Brasileiro prevalece a autonomia dos entes federados para estabelecer a política de remuneração salarial e de benefícios, com exceção do teto. Como não há vinculação entre os entes federados, é plausível que haja divergência de benefícios e salários concedidos a servidores entre os Estados e desses com a União, não havendo que se falar em violação à regra primária da isonomia, porquanto cada ente atua dentro do estreito espectro de sua competência constitucional.

Ora, a suposta resolução a ser editada pelo CNJ para criar direitos já nasceria com patente vício de legalidade, além de sua evidente imoralidade e injustiça. De se observar que não se sustenta o fundamento de que seria possível estender direitos previstos em legislações estaduais locais com fundamento no caráter unitário e nacional que a magistratura deve ter, pois não se extrai de dispositivo algum da Carta da República que é possível uma resolução administrativa criar direitos sem a existência de uma lei formal. Se assim decidisse, o Conselho Nacional de Justiça violaria o importantíssimo princípio da legalidade (art. 5º, II, da CF/88), que informa todo o ordenamento pátrio. Além disso, a própria Constituição Federal proíbe tal equiparação automática (inciso XIII do art. 37 da CF).

O normativo que estabelece regras uniformes para toda a carreira da magistratura nacional é o Estatuto da Magistratura (Lei Complementar nº 35/79) - que tem sua edição reservada ao Poder Legislativo da União. Como se vê, por expressa dicção constitucional, não é uma resolução do Conselho Nacional de Justiça hábil a tal mister, e sim o Estatuto da Magistratura, que contém as regras sobre a carreira da magistratura nacional, motivo pelo qual se confere ao Supremo

Tribunal Federal a iniciativa do processo legislativo respectivo, tudo com vistas ao estabelecimento de normatização uniforme em relação aos magistrados de todos os entes federados do País.

Não se deve confundir o caráter unitário e nacional que a magistratura deve ter, já implementado e normatizado pelo Estatuto da Magistratura, com paridade remuneratória obrigatória entre magistrados que pertencem a esferas políticas diversas, em patente violação à autonomia financeira dos Estados-Membros e da União.

Nessa linha de intelecção, a pretendida resolução a ser elaborada pelo Conselho Nacional de Justiça para tratar de forma uniforme os parâmetros remuneratórios de toda a magistratura nacional, também esbarraria na necessidade de que tais direitos constassem de leis específicas de cada uma das Unidades da Federação e que fossem também previstos na LOMAN.

Nesse sentido, a extensão dos mesmos seria a extensão de um “privilégio odioso”, e não a correção de uma situação injusta. Isso porque, como se está diante de um Estado Democrático de Direito, essa “justa equalização” precisa, necessariamente, ser referendada pelo Legislador, a não ser que se abandone o postulado de que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

O Supremo Tribunal Federal reconhece que a Lei Orgânica da Magistratura Nacional foi recepcionada pela Constituição de 1988 e, além disso, entende que o artigo 65 da Lei Complementar nº 35/79 (LOMAN) enumera, taxativamente, as vantagens que podem ser conferidas, por meio de lei ordinária federal ou estadual (jamais por resolução), aos membros da magistratura, e veda, claramente, a concessão de outras nela não previstas (AO 820 AgR/MG - MINAS GERAIS; AG.REG. na AÇÃO ORIGINÁRIA; Relator(a): Min. CELSO DE MELLO; Julgamento: 07/10/2003 Órgão Julgador: Segunda Turma).

Desse modo, enquanto não editada a lei complementar prevista pelo artigo 93, caput, da Carta Maior, os temas atinentes ao Estatuto da Magistratura permanecem sob a disciplina instituída pela LOMAN, sendo inválidas espécies normativas diversas que disponham sobre a matéria.

Por fim, vale lembrar que, se os Estados agiram dentro dos ditames constitucionais para a concretização de tais direitos aos magistrados estaduais, promulgando leis estaduais, não poderia ser dado ao próprio ente central fazê-lo por meio de atos administrativos. Cabe, assim, a cada ente federal estudar sua disponibilidade orçamentária e financeira para conceder os benefícios no processo próprio - legislativo -, e não com futura resolução a ser elaborada pelo CNJ de modo a subtrair tal exercício, ofendendo normas constitucionais de Direito Constitucional e Financeiro e elidindo o Princípio da Legalidade, colocando em evidente risco o patrimônio público.

2. CONCLUSÃO

Ante o exposto, é de fácil conclusão a impossibilidade de se estender, via resolução normativa do Conselho Nacional de Justiça, direitos previstos em legislações estaduais locais que regem os magistrados estaduais aos magistrados federais, com fundamento no caráter unitário e nacional que a magistratura deve ter, pois não se extrai de dispositivo algum da Carta da República que é possível uma resolução administrativa criar direitos sem a existência de uma lei formal. Se assim decidisse, o Conselho Nacional de Justiça violaria o importantíssimo princípio da legalidade (art. 5º, II, da CF/88), que informa todo o ordenamento pátrio. Em nosso Sistema Político Federalista Brasileiro prevalece a autonomia dos entes federados para estabelecer a política de remuneração salarial e de benefícios.

Além disso, a própria Constituição Federal proíbe tal equiparação automática (inciso XIII do art. 37 da CF). Nessa mesma linha de intelecção, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula Vinculante nº 37, que reconhece a impossibilidade de aumentar o vencimento dos servidores sob o fundamento de isonomia.

Conclui-se, portanto, que não se deve confundir o caráter unitário e nacional que a magistratura deve ter, já implementado e normatizado pelo Estatuto da Magistratura, com paridade remuneratória obrigatória entre magistrados que pertencem a esferas políticas diversas, em patente violação à autonomia financeira dos Estados-Membros e da União.

3. REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: . Acesso em: 10 Junho 2017

Bueno, Cassio Scarpinella. Novo Código de Processo Civil anotado/Cassio Scarpinella Bueno. São Paulo: Saraiva, 2015

CUNHA JR, Dirley da. Curso de Direito Constitucional. 3. ed. rev. ampl. e atual. Bahia: JusPodivm, 2009.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. São Paulo: Dialética, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional / Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008

NOVELINO, Marcelo. Manual de Direito Constitucional. 8. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.

STRECK, Lenio Luiz / Cunha, Leonardo Carneiro da / Nunes, Dierle. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Editora Saraiva, 2016.

IMPEACHMENT - CONFUSÃO JURÍDICA

LUIZ CESAR BARBOSA LOPES: Pós-graduado em Direito Penal, membro da comissão de Direito Político e Eleitoral da OAB/GO, Especialista em Direito Eleitoral, Membro da comissão de Direito Criminal da OAB/GO, Pós-graduando em Direito Agrário - PROORDER; MBA em Agronegócio pela UFPR; Especialista em Direito Tributário pela FGV; Sócio do Escritório Lopes, Oliveira e Barbosa Advogados Associados, Membro associado do Movimento em Defesa da Advocacia - MDA.

Mesmo após toda as discussões em volta do processo de impeachment da então Presidente da República, Dilma Rousseff, que se encerrou em 31 de agosto de 2016 com a cassação do mandato de Dilma, muita confusão e dúvidas ainda são corriqueiras, principalmente no meio jurídico.

Insta salientar que o processo de impeachment sempre traz à tona os limites imprecisos entre o direito e a política, sendo constante o equívoco e a confusão que nós, principalmente, na condição de operadores do direito, costumamos impingir na análise do processo de impedimento.

Esse equívoco e confusão advém do fato de que estamos sempre condicionados a examinar a questão do impeachment como se fosse uma demanda judicial a ser julgada pelo Poder Judiciário, onde questionamentos acerca de elementos probatórios decorrem do insofismável princípio do devido processo legal.

Ocorre que não é por menos que a Constituição Federal prevê o procedimento bifásico para o impeachment, composto por uma fase preambular, denominada de juízo de admissibilidade do processo, que é de competência da Câmara dos Deputados, e por uma fase final, onde ocorre o processo de julgamento, cuja competência é atribuída ao Senado Federal.

Dessa feita, o que se constata é que a função jurisdicional, no caso do impeachment, não foi reservada ao Poder Judiciário, mas às casas legislativas, órgãos eminentemente políticos, que são pautados pela parcialidade e devem levar em consideração a vontade daqueles que elegeram seus membros, tanto que a legitimidade ativa para a apresentação da denúncia por crime de responsabilidade foi conferida a qualquer cidadão no pleno gozo de seus direitos políticos^[1].

Assim, não se trata de uma demanda eleitoral ou atrelada a qualquer órgão do Poder Judiciário, onde a análise de provas pré-constituídas é condição exigida para a admissibilidade da denúncia apresentada contra o Presidente da República, haja vista que no procedimento de admissibilidade a Câmara dos Deputados profere juízo político, competindo verificar, conforme já anotou o Supremo Tribunal Federal^[2] “se a acusação é consistente, se tem ela base em alegações e fundamentos plausíveis, ou se a notícia do fato reprovável tem razoável procedência, não sendo a acusação simplesmente fruto de quizílias ou desavenças políticas.”

Portanto, o que se constata é que a denúncia que deflagra o processo de impeachment não prescinde de provas para justificar a sua apresentação e, nem mesmo, a sua admissibilidade pela Câmara dos Deputados, bastando a existência de acusação consistente fundada em alegações e fundamentos plausíveis e, também, de razoável procedência da notícia do fato reprovável.

Assim, não é crível condicionar a apresentação da denúncia por crime de responsabilidade e, muito menos, a sua admissibilidade àquelas provas que nós, operadores do direito, estamos acostumados a lidar nas querelas judiciais, sob pena de se anular o juízo político peculiar do Congresso Nacional quando do exercício do juízo de admissibilidade, processamento e julgamento do impeachment.

NOTAS

^[1] Lei nº 1.079/50. Art. 14. É permitido a qualquer cidadão denunciar o Presidente da República ou Ministro de Estado, por crime de responsabilidade, perante a Câmara dos Deputados.

^[2] (MS 21.564, Rel. p/ o ac. Min. Carlos Velloso, j. 23.09.1992, Plenário, DJ de 27.08.1993).

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS: COM ÊNFASE NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

RAIANE ACIOLI MATOS: Acadêmica de Direito
da Faculdade de Aracaju - FACAR.

RESUMO: A todos os seres humanos deve ser garantido o respeito devido, em igualdade de condições, resguardados pelo princípio de que todos são iguais perante a lei, não podendo haver distinção de nenhuma modalidade entre os brasileiros. Esse tema permeia toda Constituição Federal Brasileira e é pressuposto fundamental para vida e dignidade humana. Ao longo da história do Brasil foram promulgadas oito Constituições, sendo que uma delas, ainda no Brasil Império no ano de 1824. Ao analisar nossa história fica evidente a importância de ter estabelecido leis que prezem pela Dignidade Humana e Direitos Fundamentais, mesmo que em alguns momentos verifique-se que na prática essas leis não são plenamente respeitadas. Os Direitos Fundamentais aparecem em todas as constituições, os textos variam até que na Constituição de 1988 é dado um grande passo em prol da dignidade humana, foram dispostas as garantias individuais, dedicando-se à análise do princípio dos Direitos Fundamentais que norteia toda constituição, chamada de “Constituição Cidadã”.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais, Democracia, Garantias Individuais, Constituição, Dignidade Humana.

Sumário: 1. INTRODUÇÃO, 2. DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS CONSTITUIÇÕES, 2.1 CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988, 3. CONCLUSÃO, 4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. INTRODUÇÃO

Ao longo da sua história como país independente, o Brasil já teve oito Constituições, nelas os direitos fundamentais também conhecidos como direitos humanos, aparecem desde da primeira constituição promulgada, no entanto, esses direitos são variáveis, modificando-se ao longo da história de acordo com as necessidades e interesses do homem e condições históricas.

A Constituição de 1988 ou “Constituição Cidadã” como é chamada, é a atual constituição Brasileira, foi promulgada após o fim da Ditadura Militar, um período

marcado pela repressão. Começou a ser formulada em 1987 quando o país passava por um novo processo de redemocratização e visualiza-se a necessidade de devolver ao povo todos os direitos que haviam sido retirados deles durante o processo ditatorial. Foi promulgada no dia 5 de outubro de 1988 com o objetivo garantir os direitos sociais, econômicos, políticos e culturais que desde o período anterior haviam sido suspensos. Com característica de ser amplamente democrática e liberal, no sentido de garantir direitos aos cidadãos e diferente de todas as outras seis Cartas Magnas, a Constituição de 1988 tem texto voltado para o lado humano bem como da noção de cidadania.

Dentre as determinações da Constituição Federal Brasileira de 1988 os Direitos e Garantias Fundamentais; Dos direitos e deveres individuais e coletivos, ligados ao conceito da pessoa humana e a sua personalidade, tais como a vida, a igualdade, a dignidade, a honra, a segurança, a propriedade e a liberdade.

2. DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS CONTITUIÇÕES

O reconhecimento de que os direitos do homem são fundamentais conduziu a necessidade de salvaguardá-los de supressão pelo legislador ordinário. Definidos como um conjunto de direitos e garantias do ser humano, que tem por finalidade principal o respeito à dignidade, com proteção ao poder estatal e a garantia das condições mínimas de vida e desenvolvimento humano. Os Direitos Fundamentais são especificamente os direitos básicos individuais, sociais, políticos e jurídicos que são previstos na Constituição Federal. Tem embasamento nos princípios dos Direitos Humanos e presam pela garantia a liberdade, a vida, a igualdade, a educação, a segurança e demais que permeiem a dignidade humana.

Tamanha é a importância de prezar pela garantia dos Direitos Fundamentais, que encontramos referências em todas as Constituições Federais já promulgadas. A Constituição de 1824, foi a primeira Constituição Brasileira, ainda como Brasil Império, foi outorgada por D. Pedro I em 25 de março de 1824, e foi uma das primeiras do mundo a incluir em seu texto um rol de direitos e garantias individuais. A “Constituição do Império do Brasil”, como era chamada, em seu Art 179 garantia dos direitos humanos afirmando que “A inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, que tem por base

liberdade, segurança individual, e propriedade, é garantida pela Constituição do Império”, pela maneira seguinte:

1. Nenhum Cidadão pode ser obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude da Lei;
2. Nenhuma Lei será estabelecida sem utilidade pública;
3. Nenhuma lei terá efeito retroativo;
4. Todos podem comunicar seus pensamentos, por palavras, escritos, e publicá-los na imprensa sem censura, desde que respondam pelos abusos cometidos no exercício deste direito;
5. Ninguém pode ser perseguido por motivo de religião, uma vez que respeite a do Estado, e não ofenda a moral pública;
6. Todo o cidadão tem em sua casa um asilo inviolável;
7. Ninguém será preso sem culpa formada, exceto nos casos previstos em lei;
8. A exceção de flagrante delito, a prisão não pode ser executada, senão por ordem escrita da autoridade legítima;
9. A lei será igual para todos;
10. Desde já ficam abolidos os açoites, a tortura, a marca de ferro quente, e todas as mais penas cruéis;
11. É garantido o direito de propriedade em toda a sua plenitude;
12. Todo cidadão poderá apresentar por escrito, ao Poder Legislativo e ao Poder Executivo, reclamações, queixas, ou petições;
13. A Instrução primária é gratuita a todos os cidadãos;

Ainda que declarados os direitos, sabemos que, no que tange os direitos individuais na prática não funciona tão bem assim, a maioria da população continuava escrava, garantia-se a segurança individual, mas podia-se matar um homem sem punição. Aboliam-se as torturas, mas nas senzalas os instrumentos de castigo como o tronco, a gargalheira e o açoite continuavam sendo usados.

Décadas mais tarde, em 24 de fevereiro de 1891, foi promulgada a primeira constituição republicana do país “Constituição da República dos Estados Unidos

do Brasil” , que sobre a garantia dos Direitos Fundamentais, assegura em seu Art. 72, “ a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade”, estabeleceu novo parâmetro de igualdade, ampliando o conceito ao consagrar que a República não admite privilégios de nascimento, desconhece foros de nobreza e extingue as ordens honoríficas existentes e todas as suas prerrogativas e regalias. No entanto, o conceito de “homem livre” prevalecia como sendo ele detentor do direito de participação política, homem livre era somente aquele que tem a condição de proprietário e, portanto, renda assegurada pelo trabalho de outros.

Em 16 de julho de 1934, a Constituição brasileira inovando na consagração dos direitos fundamentais sob o título da Ordem Econômica e Social, estabeleceu que “à Nação a unidade, a liberdade, a justiça e o bem-estar social e econômico” dotando de fundamentalidade os direitos sociais, nos Arts. 115 a 143 da Constituição de 1934, “[...] deve ser organizada conforme os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna” (Art.115). A dignidade existencial passou a ser parâmetro para a ordem econômica, colocando o homem como destinatário da economia e não simples peça do capitalismo. Na ordem social trabalhista o ordenamento judicial, valorizava os Direitos Fundamentais quando regeu: a proibição de diferença de salário em decorrência de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil; salário mínimo condizente com a satisfação das necessidades do trabalhador.

Outorgada a Constituição brasileira de 1937, apelidada de “A Polaca”, foi outorgada pelo presidente [Getúlio Vargas](#) em 10 de novembro de 1937, mesmo dia em que implanta a ditadura do [Estado Novo](#), nela verificamos que os direitos do homem foram suprimidos abruptamente com a imposição totalitária de Vargas, que com forte inspiração nas constituições autoritárias, em 10 de novembro de 1937 retrocedeu no aspecto das garantias fundamentais, outorgando uma nova ordem constitucional que lhe assegurava a plenitude do poder à frente do Executivo “[...] sem Constituição, sem partidos políticos, sem imprensa livre. Embora o Art.122 reconhecesse direitos individuais, estes não tiveram efetividade, pois com a ditadura houve concentração de poderes nas mãos do Presidente da República, que governava através de decretos-leis e de leis constitucionais. ”

Em 18 de setembro de 1946, a nova Carta Constitucional revigorava os direitos fundamentais do homem, e tratavam da Nacionalidade e a Cidadania e dos Direitos e Garantias Individuais. A Constituição de 1946, que veio dentro do contexto da democratização do país, buscava restabelecer os direitos fundamentais previstos na Constituição de 1934, eram previstos nos capítulos referentes à “Nacionalidade e Cidadania”, aos “Direitos e Garantias Individuais”, dentro do Título IV – Da Declaração de Direitos (Arts. 129 a 144). No referente aos direitos individuais, foi estabelecida a total liberdade de pensamento, podendo apenas haver censura a respeito de espetáculos e diversões públicas (art. 141, 5o). A Constituição de 1946 introduziu o princípio da ubiquidade da Justiça (art. 141, 4o) ao enunciar que: “A lei não poderá excluir da apreciação do Poder judiciário qualquer lesão de direito individual”. Para Pontes de Miranda (Cf. HERKENHOFF, 1994, p. 79), essa foi a mais prestante criação do constituinte de 1946. Foi abolida a pena de morte, a não ser em caso de guerra, bem como a prisão perpétua (art. 141, § 31).

No texto da Constituição de 1967, foram mantidas as previsões de direitos e garantias individuais (Art. 150), os direitos sociais dos trabalhadores (Art. 158), assim como os direitos de nacionalidade (Art. 140) e direitos políticos (Art. 142). Verificado por tanto que não houve, desta forma, ao menos no que tange ao ponto de vista formal, rompimento com a consagração dos direitos fundamentais. Porém, há uma clara evidência de entevamento do ideário democrático, consistindo uma ruptura com a evolução que se seguia desde a proclamação da República e que somente veio a ser retomada após o Regime Militar.

2.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Verificamos que as garantias individuais e a igualdade, de alguma forma já eram tratadas nas legislações anteriores a de 1988, na Constituição de 1946, por exemplo há a edição da primeira lei específica para punição penal da discriminação racial, a Lei Afonso Arinos (Lei n. 1.390/1951), que passou a considerar “a prática de atos resultantes de preconceito de raça, de cor, de sexo ou de estado civil” como contravenção penal. Na constituição de 1967 consolidou a tendência de combate ao preconceito, tendência essa já corrente na comunidade internacional, em seu artigo 150, §1º declarando que a lei deveria punir o preconceito racial. Mas foi a promulgação da Constituição brasileira de

1988 que colocou como centro os direitos fundamentais, é possível constatar o acento forte dado aos direitos fundamentais, podendo dizer inclusive que os princípios fundamentais se encontram presentes de uma forma direta ou indireta em toda Constituição.

Sobre às ações constitucionais de proteção dos direitos fundamentais, a Constituição de 1988 consagrou a progressão que ocorreu ao longo da história constitucional brasileira, foi sem precedentes os progressos alcançados no que se refere ao reconhecimento dos Direitos Fundamentais, e trouxe avanços consideráveis que nos leva a visualizar que a preocupação maior é dar efetividade a esses direitos.

Os Direitos Sociais passaram a ser tratados com ênfase nos direitos fundamentais, e não mais na Ordem Econômica, como nas Constituições anteriores. Inspirada por ventos democráticos, a Constituição de 1988, seguindo a tendência mundial, ampliou os direitos fundamentais, além dos direitos individuais e sociais e reconheceu os direitos de solidariedade, como é o caso do direito a um meio ambiente equilibrado previsto no Art. 225.

A dignidade da pessoa humana foi erigida a fundamento do Estado Democrático de Direito (Art.1º, inc. III), consistindo que a ordem jurídica deve primar pela observância de extenuar práticas e leis que possam suprimir ou restringir a dignidade humana. Os direitos individuais foram consagrados pelo Art. 5º, que, muito embora, extenso, com setenta e oito incisos, não exclui “[...] outros decorrentes do regime e dos princípios por ela [Constituição] adotados, ou dos tratados internacionais que a República Federativa do Brasil seja parte” (§ 2º, Art. 5º). Denota-se, com isso, a preocupação do Legislador Constituinte em assegurar e constitucionalizar os direitos fundamentais do homem a fim de protegê-los dos arbítrios que ocorreram durante o Regime Militar. Assim, o Art. 6º da Constituição de 1988 consagrou a “[...] educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados” como direitos sociais. Garantiu, também, aos trabalhadores, extenso rol de direitos consagrados nos trinta e quatro incisos do Art. 7º, assim como assegurou a liberdade para associação profissional ou sindical (Art. 8º).

A par dos direitos individuais, os direitos sociais foram classificados em capítulo próprio, inserido no título Dos Direitos e Garantias Fundamentais, merecendo, portanto, especial proteção do Estado e privados de alteração legislativa, ainda que constitucional, tendente a aboli-los.

3. CONCLUSÃO

A Constituição Federal brasileira de 1988, trouxe consigo muitos dispositivos em prol da igualdade, da não discriminação, da preservação dos direitos humanos, sendo um direito fundamental. Os direitos fundamentais são inerentes ao homem por sua condição de humano, sendo a dignidade da pessoa humana um princípio fundamental que não se pode renunciar ou vender. Durante a história do Brasil houve um grande avanço nas liberdades individuais com a finalidade que a sociedade brasileira seja mais democrática e igualitária. O princípio da dignidade da pessoa humana deve ser respeitado, consubstanciado na Constituição Federal do Brasil, idealizada sob a rubrica de um Estado Democrático de Direito. A análise da evolução dos direitos fundamentais nas Constituições brasileiras permite constatar a progressão dos direitos no Brasil, em todos os níveis. No contexto, a Constituição de 1988 é aquela que, sem precedentes, coloca os direitos fundamentais no seu centro e representa a consolidação de todos os direitos conquistados

REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988.

BREGA FILHO, 2002, p. 37

CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. São Paulo: Atlas, 1999.

<http://ideg.com.br/constituicao-do-imperio-do-brazil-1824/>

<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176526/000842780.pdf?sequence=3>

www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm

DA EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO BRASIL

RAUL CESAR JUNGES CARVALHO: formado na Universidade Federal de Santa Maria - UFSM, advogado, pós-graduado em Direito Previdenciário pela Universidade Anhanguera-UNIDERP, ex-servidor público do Instituto Nacional de Serviço Social - INSS.

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo analisar a evolução da responsabilidade civil brasileira, partindo-se de uma premissa da irresponsabilidade até a culminação da responsabilidade civil objetiva, subjetiva e, em alguns casos, integral. Dessa forma, transcorremos a evolução histórica da responsabilidade civil brasileira até o presente momento, onde já se discute a responsabilidade objetiva do Estado diante de atos omissivos.

Palavras-chaves: Responsabilidade civil; Estado; Objetiva; Subjetiva.

Sumário: 1 Introdução. 2 Responsabilidade Civil. 3 Da Responsabilidade Civil do Estado. 4 Responsabilidade objetiva do estado e responsabilidade subjetiva do servidor público. 5 Responsabilidade Civil do Estado diante de atos omissivos. 6 Conclusão. 7 Referências Bibliográficas.

1. Introdução

O presente trabalho visa a transcorrer as fases evolutivas da responsabilidade civil no Brasil. Desde os tempos do absolutismo onde imperava a irresponsabilidade total até o período contemporâneo onde a responsabilidade assume diversas formas variando conforme a conduta praticada, podendo ser objetiva, subjetiva ou, até mesmo, integral.

Nesse sentido, após a fase da irresponsabilidade do Estado passamos ao período da responsabilidade subjetiva que coincide com o Código Civil de 1916, onde o Estado só possuía o dever de indenizar quando praticava condutas ilícitas.

Já com a Constituição Federal de 1946 passou-se a observar o enquadramento da responsabilidade objetiva do Estado diante de condutas lícitas

e lícitas. A responsabilidade objetiva também deu início ao estudo das excludentes da responsabilidade, a saber, culpa exclusiva da vítima, caso fortuito, força maior.

No Brasil, a regra é a responsabilidade objetiva baseada no risco administrativo, a qual permite a exclusão da responsabilidade do Estado diante de situações excludentes. Entretanto, em algumas situações opera com a teoria do risco integral, quando não se admite a exclusão da responsabilidade, como, por exemplos, dano ambiental, dano nuclear.

Diante do exposto, passamos ao estudo de como ocorreu essa evolução da responsabilidade civil do Estado.

2. Da Responsabilidade Civil

A responsabilidade origina-se a partir da violação de uma norma jurídica pré-existente – legal ou contratual. Em virtude da violação da norma jurídica é possível que haja a ocorrência de um dano e, através do instituto da responsabilidade, impor-se-á ao causador de tal dano o dever de indenizar a vítima.

É possível estabelecer diferentes espécies de responsabilidade, dependendo de qual a conduta que gerou o dano e de onde o dever de indenizar for proveniente.

Pode a responsabilidade ser civil ou penal. A responsabilidade será penal quando a norma violadora, de direito público, ensejar um ilícito penal. Da mesma maneira, quando a violação à norma ensejar um ilícito civil, consequentemente, a responsabilidade que incidirá no caso será civil.

Outra espécie de responsabilidade será possível aferir conforme a natureza jurídica da norma pré-existente violada. Assim, sendo a norma violada de ordem contratual, a responsabilidade, consequentemente, será contratual. Caso a norma violada seja a lei propriamente dita, a responsabilidade será extracontratual (ou aquiliana).

A responsabilidade poderá, também, ser subjetiva ou objetiva. Para que incida a responsabilidade subjetiva é necessário que seja comprovado o elemento culpa ou dolo, já a responsabilidade objetiva não exige que os citados elementos estejam presentes, conforme será estudado posteriormente de forma mais detalhada.

Dando continuidade ao estudo da responsabilidade, mais especificamente ao instituto da responsabilidade civil, faz-se necessário notar que o mesmo já era previsto expressamente no Código Civil de 1916. Através do Código Civil de 2002 foi dedicado título específico e autônomo para se tratar do referido tema. Inserido no citado título específico, “Da reponsabilidade civil”, constam os artigos 927 a 954, que disciplinam legalmente o tema. Ainda, o tema é disciplinado através dos artigos 186 e 187, também do Código Civil, que definem o ato ilícito.

A responsabilidade civil tem como objetivo principal a restauração do equilíbrio existente entre a vítima e o causador do dano. Predomina, assim, o princípio da *restitutio in integrum*, em que há a necessidade de recolocar a vítima à situação que estava anteriormente à lesão.^[1]

Classicamente, os elementos necessários para a composição de qualquer espécie de responsabilidade civil são a conduta humana, o nexos de causalidade e o dano, fazendo-se necessário definir brevemente estes elementos. Vejamos.

A conduta humana define-se como sendo um comportamento humano voluntário, que pode ser proveniente de ação ou omissão. Como regra geral, esta conduta humana é proveniente de um ato ilícito (artigo 186, Código Civil), mas, por vezes, poderá ser originada de um ato propriamente lícito.

O nexos de causalidade é o liame existente entre a conduta humana e o dano. Se a conduta do indivíduo não provocou dano, ou se o dano ocorrido não foi provocado pela conduta do indivíduo, não haverá motivo pelo qual responsabilizar tal indivíduo. É preciso que haja vinculação certa entre a conduta provocada e o dano ocasionado.

O dano é a violação ocasionada material, moral ou juridicamente. É o prejuízo sofrido pela vítima, que terá de ser reparado para que o equilíbrio entre as partes seja restaurado.

Historicamente, pela concepção clássica, exigia-se a existência da culpa por parte do agente causador do dano para que restasse configurada a responsabilidade civil. Entretanto, com os avanços de ordem industrial e trabalhista, e com as dificuldades encontradas pelas vítimas em comprovar cabalmente as suas reivindicações, originou-se a *teoria do risco*^[2].

Através da teoria supramencionada a culpa foi transferida para a ideia do risco, ou seja, será responsável pelo evento danoso, independente do elemento culposo, aquele que expor o outro ao risco de suportá-lo.

A teoria do risco foi concebida principalmente na França, ao final do século XIX, e é o fundamento da responsabilidade objetiva, sem culpa, que é prevista para alguns casos na legislação brasileira, conforme é possível visualizar no parágrafo único do artigo 927, artigo 931, entre outros do Código Civil.^[3]

Assim, atualmente, como regra geral, a responsabilidade será subjetiva, sendo necessário analisar, além dos elementos básicos mencionados – conduta humana, nexos causal e dano – a culpa ou o dolo do causador do dano.

Bem como, em casos específicos pela lei, ou quando a atividade naturalmente implicar risco aos direitos de outrem, a responsabilidade poderá ser objetiva, apenas fazendo-se necessário comprovar a conduta humana, nexos de causalidade e o dano, sem necessidade de se analisar o elemento culposo.

A título de complementação, vale a pena transcrever o artigo 927 e seu parágrafo único, que inauguram os dispositivos legais do Título IX, denominado “Da Responsabilidade Civil” do Código Civil:

Artigo 927: Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Nesse contexto, dentre os casos de responsabilidade objetiva previstos em nosso ordenamento legal, faz-se necessário destacar a responsabilidade civil do Estado.

3. Da Responsabilidade Civil do Estado

Conceitualmente, a responsabilidade civil do Estado é a obrigação legal que é imposta ao Estado propriamente dito de efetuar o ressarcimento dos danos causados a outrem por suas atividades.[\[4\]](#)

Em sentido histórico, no Estado despótico e absolutista o princípio da irresponsabilidade vigorava, de modo que, aqueles que sofressem prejuízo, poderiam apenas ingressar com ação em face do funcionário causador do dano, nunca contra o Estado.[\[5\]](#)

Com o passar do tempo a teoria da irresponsabilidade restou superada, passando-se a responsabilizar o Poder Público pelas ações provocadas por seus agentes, todavia, para tanto, exigia-se a comprovação do elemento culposo.

Através da responsabilização do Estado surgiram diversas teorias subjetivistas que definiam os limites e os fundamentos para que restasse concretizada a responsabilidade do Estado.

A teoria da culpa civilística introduziu o fundamento de responsabilização do Estado pelos atos causados por seus agentes, contudo, para isto fazia-se necessário a comprovação da culpa. Neste sentido, destaca-se o artigo 15 do Código Civil de 1916, que adotava a teoria em questão:

As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos dos seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano.

Além da culpa civilística, a teoria da culpa anônima, teoria da culpa presumida, teoria da falta administrativa e teoria da culpa administrativa

destacam este momento evolutivo. Dentre estas, destaca-se a teoria da culpa administrativa.

Como bem leciona Rui Stocco, no Tratado de Responsabilidade Civil:

A teoria da culpa administrativa representou o primeiro estágio da transição entre a doutrina subjetiva da culpa civil e a tese objetiva do risco administrativo que a sucedeu, pois leva em conta a ‘falta do serviço’ para dela inferir a responsabilidade da Administração. (...). Por ela não se indaga a culpa do agente administrativo, mas apenas da falta objetiva do serviço em si mesmo, como gerador da obrigação de indenizar o dano causado a terceiro. [6]

As teorias supramencionadas evoluíram, de modo que culminaram com a responsabilização objetiva do Estado. É possível estudar a responsabilidade objetiva do Estado através de duas teses principais, sendo elas a *teoria do risco administrativo* e a *teoria do risco integral*.

A teoria do risco administrativo, inaugurando a responsabilidade objetiva, prevê, a partir da ocorrência da lesão, a indenização pelo dano causado ao particular pela Administração. Ou seja, não se exige qualquer falta do serviço público (como prevê a teoria da culpa administrativa), nem se exige a comprovação de culpa de seus agentes (como prevê a teoria da culpa civilística). [7]

Através da teoria do risco administrativo dispensa-se a comprovação da culpa da Administração, contudo, permite-se que a Administração Pública demonstre a culpa da vítima, por exemplo, com o intuito de excluir ou atenuar a indenização (caso comprove-se a culpa exclusiva da vítima ou culpa concorrente).

Já a teoria do risco integral não admite qualquer hipótese de excludente. Ou seja, a Administração Pública deverá sempre indenizar o administrado do dano decorrente de sua atividade, assumindo a integralidade do risco de sua atividade.

Como dito inicialmente, o Código Civil de 1916 havia adotado a teoria da responsabilidade civil subjetiva do Estado. Todavia, com o advento da

Constituição de 1946, em seu artigo 194, a responsabilidade civil do Estado passou a ser considerada objetiva, como bem é possível notar:

Artigo 194 - As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros.

Parágrafo único - Caber-lhes-á ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes.

Isto significa que, a partir do surgimento do citado diploma legal, um dano promovido pela máquina estatal poderá ser comprovado apenas com a caracterização dos elementos: conduta, nexa causal e dano, não necessitando comprovar se houve atuação culposa ou não por parte do agente causador do dano.

Atualmente, conforme a Constituição Federal de 1988, manteve-se a responsabilidade civil do Estado como sendo objetiva, como é possível denotar através do artigo 37, § 6º do referido diploma legal, que dispõe:

As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Atenta-se que, no mesmo molde e extremamente semelhante à previsão constitucional, o Código Civil de 2002 também confirmou a responsabilização objetiva do Estado, possuindo norma expressa nesse sentido, como é possível visualizar através do artigo 43 do supracitado diploma legal:

As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.

Segundo a doutrina majoritária, a responsabilidade objetiva adotada pela Constituição Federal de 1988 é fundada no risco administrativo, isto porque, para que haja a responsabilização é necessário que haja nexo de causalidade entre o ato provocado pelo agente público e o dano ocasionado. Nos casos em que houver culpa exclusiva da vítima ou culpa concorrente desta, a responsabilidade da Administração Pública poderá ser afastada ou minorada.

Independente da teoria que se adote, é certo que a responsabilidade civil do Estado é objetiva quando restar caracterizado ato danoso praticado por agente público no exercício de atividade estatal.

Todavia, vale a pena ressaltar que parte da doutrina entende que esta responsabilidade civil objetiva persiste apenas quando for caracterizado ato comissivo, de modo que, quando uma omissão for causadora do prejuízo, será necessário analisar o elemento dolo ou culpa.

Nesse diapasão:

No nosso entendimento, qualquer que seja a qualificação imputada ao risco – risco integral ou risco administrativo – a responsabilidade do Estado será em sua plenitude OBJETIVA, em se tratando de procedimento COMISSIVO, onde basta o nexo de causalidade entre o evento danoso e o agente público lesionador, não se cogitando de culpa ou dolo de seu autor. Todavia, quando esse comportamento ilícito é OMISSIVO, isto é, quando os danos são debitados ao Estado, embora não diretamente causador por este, mas o são por ação alheia a ele, a responsabilidade é SUBJETIVA. Essa omissão se configura nos casos de inércia, culpa relacionada à irresolução, à preguiça, à hesitação, à falta de prontidão, de determinação, de presteza, de zelo, em uma palavra, quebra do dever funcional do agente administrativo.^[8]

Apesar de existirem posicionamentos divergentes quanto a pontos específicos na matéria que diz respeito à responsabilidade civil do Estado, não há qualquer discussão acerca da sua caracterização como, regra geral, sendo

objetiva. Assim, em virtude de previsão expressa constitucional e legalmente, o Estado responderá de forma objetiva pelos danos que seus agentes causarem a terceiros.

4. Responsabilidade objetiva do estado e responsabilidade subjetiva do servidor público

A responsabilidade civil pode ser objetiva ou subjetiva. Como regra geral, a responsabilidade é subjetiva, de modo que, a responsabilidade objetiva somente poderá ser aplicada quando lei expressa autorizar ou conforme o caso concreto, como bem leciona o *caput do* artigo 927 do Código Civil^[9].

A responsabilidade objetiva tem como fundamentação teórica a teoria do risco, que leva em consideração a potencialidade de causar danos, a exposição a um perigo que a atividade traz.

Como já visualizado, a responsabilidade do Estado enquadra-se como objetiva, ou seja, não carece de comprovação do elemento dolo ou culpa. Ou seja, se a vítima ingressar com ação em face do Estado, apenas compete-lhe comprovar o prejuízo que sofreu, a autoria e o nexo causal.^[10]

O Estado, pessoa jurídica de direito público, é um ente abstrato, impossibilitado de agir de forma direta. Assim, faz-se necessário a intermediação de seus agentes ou órgãos, que exercem, na prática, as funções estatais.

Não interessa se este fenômeno trata-se de representação ou não, basta analisar se o agente ou órgão causador do dano estava exercendo uma atividade estatal, para que seja possível atribuir a responsabilidade do dano causado pelo órgão ou agente ao Estado.^[11]

Visualiza-se esta atribuição conforme a previsão constitucional do artigo 37, §6º, através da qual é possível constatar que se atribui ao Estado a responsabilidade de qualquer dano que órgãos ou agentes ocasionarem, quando estes estiverem no exercício de atividade estatal. Assim, caberá ao Estado reparar o prejuízo e responsabilizar-se pelo dano causado, seja de forma objetiva (como leciona o dispositivo) ou subjetiva (para parte da doutrina, nos casos omissivos).

Através da leitura do artigo 37, § 6º da Constituição Federal, de plano, é possível extrair a previsão acima citada. Contudo, é importante esclarecer alguns conceitos que se inserem no texto legal. Vejamos.

O artigo aplica-se às pessoas jurídicas de direito público, ou seja, a Administração Direta – União, Estados e Municípios – autarquias e fundações públicas de direito público. Bem como, aplica-se às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público, ou seja, as empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos, fundações públicas de direito privado que prestem serviços públicos e pessoas privadas delegatárias de serviços públicos. Não se incluem nesse conceito as empresas públicas e sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica.

Destaca-se que, de forma literal, atribui-se a responsabilidade aos danos que os agentes das pessoas jurídicas acima citadas causarem. Insta salientar que a expressão “agente” diz respeito aos servidores públicos (agentes das pessoas jurídicas de direito público) e aos empregados das entidades de direito privado que são prestadoras de serviço público.[\[12\]](#)

A título de complementação, agente público é aquele que exerce função pública de forma temporária ou permanente, com ou sem remuneração. É um conceito amplo e genérico, que abrange diversas espécies, como servidores públicos, funcionários e até mesmo, por exemplo, o mesário em uma eleição, jurado no Tribunal do Júri.

Servidor público designa os agentes que mantem relação funcional com o Estado sob a forma de regime estatutário. Já empregado público identifica os agentes que mantém vínculo funcional com a administração pública sob regime contratual trabalhista – celetista.

Dando continuidade ao estudo da responsabilidade objetiva, atribuí-la ao Estado é, de certo modo, reconhecer a desigualdade jurídica que há entre o Estado e o particular, decorrente das prerrogativas de direito público inerente àquele. Assim, se todos os administrados são beneficiados pelos fins buscados pela Administração, todos devem suportar os riscos de tal atividade. Nesse diapasão:

A nosso ver, a fundamentação da responsabilidade estatal reside na busca de uma repartição isonômica, equânime, do ônus proveniente de atos ou dos efeitos oriundos das atividades da Administração. Evita-se, com a repartição, entre todos os cidadão, do ônus financeiro da indenização, que somente alguns suportem os prejuízos ocorridos por causa de uma atividade desempenhada pelo Estado no interesse de todos.^[13]

Deste modo, é de todo direito a vítima optar por ingressar com a ação indenizatória de responsabilidade civil em face do Estado, já que, como supracitado, deverá apenas comprovar a atuação danosa do autor, nexos causal e o prejuízo.

De modo diverso, caso a vítima ingressasse com a ação diretamente em face do servidor público, originaria mais um elemento a ser comprovado. Isto porque, a responsabilidade do servidor é subjetiva, carecendo que a culpa também seja cabalmente comprovada.

Em uma análise mais técnica e processual da matéria, destaca-se que a ação de indenização proposta pela vítima do evento danoso em face da Fazenda Pública caracteriza-se como uma ação pessoal.

Como já visualizado, a responsabilidade estatal encontra guarida constitucional, estando expressamente previsto que as pessoas jurídicas de direito público e as prestadoras de serviço público respondem de forma objetiva.

5. Responsabilidade Civil do Estado diante de atos omissivos

Atualmente, vem ganhando força a corrente doutrinária que defende a possibilidade de responsabilização do Estado diante de condutas omissivas praticadas por seus agentes. Nesse sentido, há entendimento no sentido que quando o Estado atua na condição de garante do sujeito será possível sua responsabilização objetiva, mesmo diante de atos omissivos. É o caso de homicídios ocorridos dentro de presídios, uma vez que o Estado tem o dever de garantir a incolumidade física do preso, deve ser responsabilidade de forma

objetiva caso algum detento seja assassinado por outro detento. Nesse sentido, vem decidido o Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR MORTE DE DETENTO. ARTIGOS 5º, XLIX, E 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. A responsabilidade civil estatal, segundo a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 37, § 6º, subsume-se à teoria do risco administrativo, tanto para as condutas estatais comissivas quanto para as omissivas, posto rejeitada a teoria do risco integral. 2. A omissão do Estado reclama nexos de causalidade em relação ao dano sofrido pela vítima nos casos em que o Poder Público ostenta o dever legal e a efetiva possibilidade de agir para impedir o resultado danoso. 3. É dever do Estado e direito subjetivo do preso que a execução da pena se dê de forma humanizada, garantindo-se os direitos fundamentais do detento, e o de ter preservada a sua incolumidade física e moral (artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal). 4. O dever constitucional de proteção ao detento somente se considera violado quando possível a atuação estatal no sentido de garantir os seus direitos fundamentais, pressuposto inafastável para a configuração da responsabilidade civil objetiva estatal, na forma do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal. 5. Ad impossibilia nemo tenetur, por isso que nos casos em que não é possível ao Estado agir para evitar a morte do detento (que ocorreria mesmo que o preso estivesse em liberdade), rompe-se o nexo de causalidade, afastando-se a responsabilidade do Poder Público, sob pena de adotar-se contra legem e a opinio doctorum a teoria do risco integral, ao arrepio do texto constitucional. 6. A morte do detento pode ocorrer por várias causas, como, v. g., homicídio, suicídio, acidente ou morte natural, sendo que nem sempre será possível ao Estado evitá-la, por mais que

adote as precauções exigíveis. 7. A responsabilidade civil estatal resta conjurada nas hipóteses em que o Poder Público comprova causa impeditiva da sua atuação protetiva do detento, rompendo o nexo de causalidade da sua omissão com o resultado danoso. 8. Repercussão geral constitucional que assenta a tese de que: em caso de inobservância do seu dever específico de proteção previsto no artigo 5º, inciso XLIX, da Constituição Federal, o Estado é responsável pela morte do detento. 9. In casu, o tribunal a quo assentou que incorreu a comprovação do suicídio do detento, nem outra causa capaz de romper o nexo de causalidade da sua omissão com o óbito ocorrido, restando escorreita a decisão impositiva de responsabilidade civil estatal. 10. Recurso extraordinário DESPROVIDO[14].

Não obstante, ainda prevalece na doutrina o entendimento acerca da responsabilidade subjetiva do Estado diante de atos omissivos, com fulcro na teoria do risco administrativo. Sendo assim, necessário que o particular prove a omissão estatal, dano, nexo de causalidade e culpa administrativa (serviço público não funcionou ou funcionou de forma ineficiente) para que seja possível uma indenização.

6. Conclusão

A responsabilidade civil passou por uma enorme evolução desde o período absolutista até a fase contemporânea. Tal evolução foi incentivada pela consagração de direitos e garantias fundamentais conquistadas pelo cidadão. Nesse sentido, o Estado passou de opressor a garantidor de direitos.

Atualmente, o Estado responde de maneira objetiva diante de suas condutas comissivas praticadas, podendo responsabilizar subjetivamente seus servidores pelos atos praticados, quando diante de condutas dolosas ou culposas.

Além do mais, na doutrina ainda prevalece o entendimento da responsabilidade subjetiva do Estado diante de atos omissivos, sendo necessário, para fins de indenização, que fique demonstrada a omissão estatal, dano, nexo de causalidade e culpa administrativa.

Entretanto, a jurisprudência já caminha no sentido de permitir a responsabilização objetiva do Estado diante de atos omissivos quando na posição de garante de direitos, o que, novamente, demonstra que o presente tema é sempre objeto de evolução.

7. Referências Bibliográficas

_____. **SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**. Disponível no site:

. Acesso em: 13/06/2017.

ALVIM, Arruda, **Manual de Direito Processual Civil**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais Ltda, 2005, 9ª ed., ver. atual. e ampl.

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente, **Direito Administrativo Descomplicado**. Rio de Janeiro: Forense, 2010, 18ª edição.

BARBI, Celso Agrícola, **Comentários ao Código de Processo Civil, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, vol. I, arts. 1º a 153**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, 11ª edição.

BUENO, Cassio Scarpinella, **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: procedimento comum: ordinário e sumário, 2: tomo I**. São Paulo: Saraiva, 2009, 2ª ed. rev., atual. e ampl.

CAHALI, Yussef Said, **Responsabilidade Civil do Estado**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais Ltda., 2007, 3ª ed. rev., atual. e ampl.

CARNEIRO, Athos Gusmão, **Intervenção de Terceiros**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2003, 15ª edição.

CARVALHO FILHO, José dos Santos, **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2009, 23ª edição.

CAVALIERI FILHO, Sergio, **Programa de Responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2010, 9ª edição.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, **Direito Administrativo**. São Paulo: Ed. Atlas S.A., 2010, 23ª edição.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil brasileiro, v.7**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2002,

GONÇALVES, Carlos Roberto, **Responsabilidade Civil**, São Paulo: Ed. Saraiva, 10ª edição, rev., atual. e ampl., 2007.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade, **Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010, 11ª edição.

PEREIRA, Caio Mário da Silva, **Instituições de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, 12ª edição.

PINTO, Eduardo Viana, **Responsabilidade civil de acordo com o novo Código Civil**. Porto Alegre: Síntese, 2002, 1ª edição

PORTANOVA, Rui, **Princípios do Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, 7ª edição.

STOCO, Rui, **Tratado de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, 7ª ed. rev., atual. e ampl.

THEODORO JÚNIOR, Humberto, **Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2010, 51ª edição.

VENOSA, Sílvio de Salvo, **Direito civil: responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2006, 6ª edição.

NOTAS:

[1] CAVALIERI FILHO, Sergio, *Programa de Responsabilidade civil* – 9 ed. – São Paulo: Atlas, 2010, p. 13

[2] PINTO, Eduardo Viana, *Responsabilidade civil de acordo com o novo Código Civil* – 1. ed. – Porto Alegre: Síntese, 2002, p.100

[3] CAVALIERI FILHO, Sergio, *op. cit.*, p. 17

[4] CAHALI, Yussef Said, *Responsabilidade Civil do Estado* – 3. ed. – São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais Ltda., 2007, p. 13

[5] CAVALIERI FILHO, Sergio, *op. cit.*, p. 239

[6] STOCO, Rui, *Tratado de Responsabilidade Civil* – 7. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 994

[7] *Op. cit.*, p. 995

[8] PINTO, Eduardo Viana, *op. cit.*, p.58

[9] VENOSA, Sílvio de Salvo, *Direito civil: responsabilidade civil* – 6.ed. – São Paulo: Atlas, 2006, p. 11

[10] VENOSA, Sílvio de Salvo, *op. cit.*, p. 88

[11] PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições de Direito Civil* – 12 ed – Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 129

[12] ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente, *Direito Administrativo Descomplicado* – 18 ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 726

[13] *Op. cit.*, p. 725

[14] _____. **SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**. Disponível no site:

. Acesso em: 13/06/2017.

É PRECISO UNIR E REPENSAR A JUSTIÇA LABORAL

ROBERTO MONTEIRO PINHO: Foi diretor de Relações Internacionais da Confederação Geral dos Trabalhadores (CGT), editor do Jornal da Cidade, subeditor do Jornal Tribuna da Imprensa, correspondente internacional, juiz do trabalho no regime paritário, tendo composto a Sétima e Nona Turmas e a Seção de Dissídios Coletivos - SEDIC, é membro da Associação Brasileira de Imprensa - ABI, escritor, jornalista, radialista, palestrante na área de RH, cursou sociologia, direito, é consultor sindical, no setor privado é diretor de RH, especialista em Arbitragem (Lei 9.307/96). Membro da Associação Sulamericana de Arbitragem - ASASUL, titular da Coluna Justiça do Trabalho do jornal "Tribuna da Imprensa" do RJ, (Tribuna online), colunista da Tribuna da Imprensa online), no judiciário brasileiro.

A justiça laboral não é um mero instrumento de aplicação de leis e códigos. Os que compõem sua estrutura (serventuários e juízes) precisam passar por uma profunda reflexão e avaliar qual seria o caminho a ser traçado, a partir deste momento em que a especializada agoniza em coma profundo.

Não podemos mais admitir que um grupo de pessoas utilize de forma equivocada este arcabouço de defesa dos direitos trabalhistas, se sobreponha a própria natureza e essência desta justiça, que no seu âmago é pacificadora e de urgente resultado. Porém buscar essa via, não é um caminho fácil, requer desenlace dos preceitos, um deles o que pressupõe o empregador como um mercenário explorador de trabalhadores. Partindo dessa ótica não se chega a lugar nenhum.

É admissível que o empregado possa faltar até duas vezes na audiência inaugural, sem que seu processo seja arquivado? Enquanto isso o empregador se faltar perde a ação? Seria essa uma regra saudável para o bom direito? É cômodo para o juiz decidir e fazer concessões a trabalhadores, de forma acintosa e de total despudor a moral e a leis do país.

Não vamos aqui confundir a flama da evidente parte fraca do processo. Mascaro ensina que "Ao contrário do direito comum, em nosso direito entre várias normas sobre a mesma matéria, a pirâmide que entre

elas se constitui terá no vértice, não a Constituição Federal, ou a lei federal, ou as convenções coletivas, ou o regulamento de empresa, de modo invariável e fixo. O vértice da pirâmide da hierarquia das normas trabalhistas será ocupado pela norma mais favorável ao trabalhador dentre as diferentes em vigor” (NASCIMENTO, 1977. p. 235).

O Direito Trabalhista é o ramo mais novo na ordem jurídica. O seu formato é especializado, técnico e depende de situações pontuais, a exemplo o desemprego. Julgadores interpretadores do direito (leia-se CLT), não podem transformar o comportamento jurisdicional em azougue. Daí que é preciso cautela, quanto ao sistema laboral do Princípio da norma mais favorável ao trabalhador. Essa poderá sobrepor-se às que lhe estão acima, aplicando o que for mais benéfico ao obreiro no caso concreto, porém sem perder sua validade técnico-jurídica. Essa é a questão.

O ministro Luís Roberto Barroso, do STF ao abrir os trabalhos do Brazil Forum (realizado em Londres), ouviu uma série de dados críticos em relação ao nosso país apresentados em diferentes palestras. Barroso, do STF, comentou que o Brasil, “sozinho, é responsável por 98% dos processos trabalhistas em todo o planeta Terra”.

O ministro citou o caso do Citibank, que desistiu de operar no Brasil quando detectou que aqui obtinha 1% de suas receitas, enquanto simultaneamente sofria 93% das ações trabalhistas em que é reclamado. Em seguida, Barroso comentou que 4% do PIB brasileiro é gasto com o funcionalismo público – “é um alto custo do Estado”.

Barroso também classificou a Previdência brasileira como responsável por perversa transferência de renda. “Os 32 milhões de aposentados da iniciativa privada custam o mesmo que 1 milhão de aposentados do poder público”.

Na prática essa forma não pode ser utilizada incontinentemente. Vejamos: “(...) considerando que cada litígio tem suas peculiaridades próprias, o máximo que se pode esperar de um julgamento, dentro de um Estado Democrático de Direito, é a racionalidade na decisão (que é controlada

pela sua motivação e publicação, vínculo do juiz ao ordenamento jurídico e não a conceitos metajurídicos etc)” (GOMES, 1997, p. 16).

Para “repensar a justiça laboral, reunimos os fatos que açodam este judiciário especializado, a saber: a) demora na solução dos litígios; b) acúmulo de ações sem solução; c) decisões fragilizadas por excesso dos juízes (nulidades); d) precariedade no atendimento das serventias; e) violação das prerrogativas dos advogados”.

O fato é que observado os procedimentos de juízo, evidente a tendência das decisões cunhadas por uma ideologia, contestável, frente à racionalidade das questões. Os julgadores não conseguem decidir o que é ideal, e a violação a preceitos humanísticos. O Brasil nutre a cultura, de uma nação onde a tutela do estado se formatou na proteção compulsória de tudo e de todos, daí a sua judicialização.

O PAPEL DO PODER LEGISLATIVO E O FENÔMENO DA REAÇÃO LEGISLATIVA

ELIZIANE CHAGAS SILVA: Advogada. Pós-graduada em Direito Penal e Processo Penal pelo Complexo Educacional Damásio de Jesus.

Resumo: o presente artigo tem por objetivo analisar o papel do poder e o fenômeno da reação legislativa, notadamente na doutrina e nos precedentes do Supremo Tribunal Federal.

Palavras-chave: poder legislativo, reação, jurisprudência.

SUMÁRIO: 1- Introdução. 2- Desenvolvimento. 2.1 O Poder Legislativo; 2.2 Reação Legislativa; 2.3 Jurisprudência. 3. Conclusão. 4. Referências.

INTRODUÇÃO

É de conhecimento de todos que ao Poder Legislativo cabe a tarefa precípua de elaborar atos normativos, e secundariamente, mas não menos importante, a fiscalização financeira dos demais poderes.

Não obstante tais funções, ultimamente o Poder Legislativo vem se destacando no papel de demonstrar para o Poder Judiciário que determinadas leis ou normas constitucionais, em que pese terem sido declaradas inconstitucionais, podem ser objeto de nova edição, a tal fato a doutrina tem atribuído o nome de reação legislativa.

Nessa baila, é de suma importância verificar como se dá o fenômeno da reação legislativa às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em controle de constitucionalidade.

2) DESENVOLVIMENTO

2.1 O Poder Legislativo

De acordo Bulos (2012), o Poder Legislativo é o primeiro dos Poderes do Estado, na classificação clássica de Montesquieu. A ele incumbe a função típica de criar leis.

Pela Constituição Federal, também é atribuição do Poder Legislativo a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do Poder Executivo, conforme art. 70 da Constituição Federal, fiscalização feita por meio de seu órgão auxiliar, Tribunal de Contas.

O poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe de duas casas legislativas: a Câmara dos Deputados e o Senado da República, isso na esfera federal, pois no Poder Legislativo dos Estados existem as Assembleias Legislativas, no Distrito Federal (DF) existe a Câmara Legislativa Distrital e dos Municípios as Câmaras Legislativas ou de Vereadores. (BULOS, 2012)

Nesse compasso, ao Congresso Nacional segundo o artigo 48 da CF compete,

Art. 48. Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre: I - sistema tributário, arrecadação e distribuição de rendas; II - plano plurianual, diretrizes orçamentárias, orçamento anual, operações de crédito, dívida pública e emissões de curso forçado; III - fixação e modificação do efetivo das Forças Armadas; IV - planos e programas nacionais, regionais e setoriais de desenvolvimento; V - limites do território nacional, espaço aéreo e marítimo e bens do domínio da União; VI - incorporação, subdivisão ou desmembramento de áreas de Territórios ou Estados, ouvidas as respectivas Assembléias Legislativas; VII - transferência temporária da sede do Governo Federal; VIII - concessão de anistia; IX - organização administrativa, judiciária, do Ministério Público e da Defensoria Pública da União e dos Territórios e organização judiciária e do

Ministério Público do Distrito Federal; X - criação, transformação e extinção de cargos, empregos e funções públicas, observado o que estabelece o art. 84, VI, *b*; XI - criação e extinção de Ministérios e órgãos da administração pública; XII - telecomunicações e radiodifusão; XIII - matéria financeira, cambial e monetária, instituições financeiras e suas operações; XIV - moeda, seus limites de emissão, e montante da dívida mobiliária federal. XV - fixação do subsídio dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, observado o que dispõem os arts. 39, § 4º; 150, II; 153, III; e 153, § 2º, I.

A Câmara dos Deputados compõe-se de representantes do povo, eleitos pelo sistema proporcional, em cada Estado, em cada Território e no Distrito Federal, sendo que o número total de deputados, bem como a representação por Estado e pelo Distrito federal, será estabelecido por lei complementar, proporcionalmente à população. (MORAIS, 2008)

A Câmara dos Deputados compete segundo o artigo 51 da CF,

Art. 51. Compete privativamente à Câmara dos Deputados: I - autorizar, por dois terços de seus membros, a instauração de processo contra o Presidente e o Vice-Presidente da República e os Ministros de Estado; II - proceder à tomada de contas do Presidente da República, quando não apresentadas ao Congresso Nacional dentro de sessenta dias após a abertura da sessão legislativa; III - elaborar seu regimento interno; IV - dispor sobre sua organização, funcionamento, polícia, criação, transformação ou extinção dos cargos, empregos e funções de seus serviços, e a iniciativa de lei para fixação da respectiva remuneração, observados os parâmetros estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias; V - eleger

membros do Conselho da República, nos termos do art. 89, VII.

O Senado Federal compõe-se de representantes dos Estados e do Distrito Federal, eleitos segundo o princípio majoritário, sendo que cada Estado e o DF terão três senadores, com mandato de oito anos. (MORAIS, 2008)

Ao Senado Federal, conforme artigo 52 da CF, incumbe,

Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal: I - processar e julgar o Presidente e o Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles; II processar e julgar os Ministros do Supremo Tribunal Federal, os membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, o Procurador-Geral da República e o Advogado-Geral da União nos crimes de responsabilidade; III - aprovar previamente, por voto secreto, após argüição pública, a escolha de:a) Magistrados, nos casos estabelecidos nesta Constituição;b) Ministros do Tribunal de Contas da União indicados pelo Presidente da República;c) Governador de Território;d) Presidente e diretores do banco central;e) Procurador-Geral da República;f) titulares de outros cargos que a lei determinar;IV - aprovar previamente, por voto secreto, após argüição em sessão secreta, a escolha dos chefes de missão diplomática de caráter permanente;V - autorizar operações externas de natureza financeira, de interesse da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios;VI - fixar, por proposta do Presidente da

República, limites globais para o montante da dívida consolidada da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;VII - dispor sobre limites globais e condições para as operações de crédito externo e interno da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, de suas autarquias e demais entidades controladas pelo Poder Público federal;VIII - dispor sobre limites e condições para a concessão de garantia da União em operações de crédito externo e interno;IX - estabelecer limites globais e condições para o montante da dívida mobiliária dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;XI - aprovar, por maioria absoluta e por voto secreto, a exoneração, de ofício, do Procurador-Geral da República antes do término de seu mandato;XII - elaborar seu regimento interno;XIII - dispor sobre sua organização, funcionamento, polícia, criação, transformação ou extinção dos cargos, empregos e funções de seus serviços, e a iniciativa de lei para fixação da respectiva remuneração, observados os parâmetros estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias;XIV - eleger membros do Conselho da República, nos termos do art. 89, VII.XV - avaliar periodicamente a funcionalidade do Sistema Tributário Nacional, em sua estrutura e seus componentes, e o desempenho das administrações tributárias da União, dos Estados e do Distrito Federal e dos Municípios

Como já dito anteriormente, o Poder Legislativo é fonte das leis existente no país, e isso se dá por meio do processo legislativo, que deve

ser entendido como um conjunto de preordenados que permite a feitura, a mudança e a substituição de espécies normativas. Esses preordenados são: iniciativa legislativa, emendas, votações, sanção, veto, promulgação e publicação. (BULOS, 2012)

O processo legislativo, onde se desenvolve a reação legislativa, conforme artigo 59 da CF envolverá a elaboração das seguintes espécies normativas: emendas à Constituição, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções.

2.2 Reação Legislativa

Antes de adentrar no tema propriamente dito, faz-se necessário fazer um breve apontamento sobre a eficácia subjetiva das decisões proferidas nos julgamentos de controle concentrado de constitucionalidade.

Com efeito, o artigo 102, § 2º, da Constituição Federal preceitua que “as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”.

Da leitura do dispositivo acima, verifica-se que ficam vinculados a decisão do STF: 1) os particulares; 2) o Poder Executivo (Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal); e 3) O Poder Judiciário, à exceção do STF.

Como produtor de atos normativos, o Poder Legislativo não fica vinculado às decisões do STF, pois tal exceção visa evitar a “fossilização da Constituição”. Dessa forma, o Poder Legislativo pode produzir leis e emendas com conteúdo já declarado inconstitucional pela Suprema Corte. Tal fato constitui o que a doutrina vem chamando de reação legislativa.

Nesse sentido Cardozo (2016) cita que “reação legislativa funciona como um “contra-ataque” do Congresso Nacional, com o objetivo de reverter situações de autoritarismo judiciário e “oxigenar” o sistema jurídico-normativo. Dessa

maneira, pode o Legislativo editar uma emenda constitucional ou lei ordinária com o objetivo de superar o entendimento jurisprudencial da Suprema Corte já consolidado.”

Cardozo (2016) ressalta, ainda, que:

Pode ser que o STF declare a nova norma inconstitucional, reiterando seu posicionamento anterior; no entanto, pode ser que a Suprema Corte, diante de novos argumentos jurídicos e da nova realidade social, decida modificar seu entendimento anterior, patenteadando a constitucionalidade da nova lei. Eis a “oxigenação” do Direito mencionada outrora, fenômeno de vital importância, notadamente diante da velocidade meteórica das relações sociais no mundo contemporâneo. Pode ser que o STF declare a nova norma inconstitucional, reiterando seu posicionamento anterior; no entanto, pode ser que a Suprema Corte, diante de novos argumentos jurídicos e da nova realidade social, decida modificar seu entendimento anterior, patenteadando a constitucionalidade da nova lei. Eis a “oxigenação” do Direito mencionada outrora, fenômeno de vital importância, notadamente diante da velocidade meteórica das relações sociais no mundo contemporâneo. A “superação legislativa da jurisprudência” constitui como visto, importante instrumento democrático de realização da Constituição através do Poder Legislativo.

Frisa-se que neste caso não caberá Reclamação Constitucional, será necessário a propositura de ADIN para que se analise se o ato normativo padece ou não de inconstitucionalidade.

No julgamento da ADI5105, o Supremo Tribunal Federal fez a seguinte construção, no que toca a edição de leis ordinárias e emendas constitucionais.

No caso de edição de leis ordinárias (reação legislativa), com conteúdo já declarado inconstitucional pelo STF, a referida lei nascerá com presunção relativa

de inconstitucionalidade, de modo que incumbirá ao Poder Legislativo demonstrar fundamentadamente que o precedente do STF se encontra superado.

Nesse sentido, colhe-se parte do voto do Ministro Relator Luiz Fux na ADI5105, que citando Rodrigo Bandrão, argumentou que:

Consoante afirmado, não se afigura legítima a edição de leis ordinárias que colidam frontalmente com a jurisprudência fixada pelo Supremo Tribunal Federal (leis in your face), sem que o legislador se desincumba do ônus de trazer aos autos novos argumentos, bem como de demonstrar o desacerto do posicionamento da Corte em razão de mudanças fáticas ou axiológicas, tomando como parâmetro, por óbvio, a mesma norma constitucional. Na lição irretocável de Rodrigo Brandão:

“Já no caso de o Congresso Nacional ter aprovado lei ordinária superadora de interpretação constitucional do STF, competirá ao primeiro trazer novas razões que convençam o STF do equívoco da sua orientação anterior ou da sua inadequação a um novo contexto fático, à luz do mesmo texto constitucional. A bem da verdade, lei contrária à jurisprudência constitucional do STF nasce com presunção relativa de inconstitucionalidade, já que o ônus de demonstrar, argumentativamente, que tal com norma constitui a melhor forma de concretizar a Constituição pesa sobre os ombros do legislador, por ela conflitar com o entendimento atual da Suprema Corte, a quem compete, segundo a Constituição de 1988, atuar como Guardiã da Constituição, e apresenta, a princípio, maior capacidade institucional para fazê-lo com independência da política partidária. Somente na hipótese de o STF se convencer da pertinência dos novos argumentos trazidos pelo legislador

haverá mutação constitucional por iniciativa do legislador, implementando-se a alteração informal da Constituição.”

Por outro lado, se a reação legislativa se der por meio de emenda constitucional, a invalidação da norma ocorrerá somente em caso de afronta às cláusulas pétreas - art. 60 da Constituição Federal.

Assim, se Congresso Nacional editar emenda constitucional modificando a interpretação dada pela Suprema Corte para determinado tema, essa emenda somente poderá ser declarada inconstitucional se ofender uma cláusula pétrea ou o processo legislativo para edição de emendas.

3) CONCLUSÃO

Verificou-se que os efeitos subjetivos das decisões do Supremo Tribunal Federal, em que pesem vincularem os particulares, Executivo e Judiciário, não atingem o Poder Legislativo, em sua tarefa precípua de criar leis.

Tal fato confere maior segurança jurídica ao ordenamento jurídico Brasileiro, pois retira do Poder Judiciário a incumbência de “dizer a última palavra” no que diz respeito à constitucionalidade da norma, evitando, dessa forma, também, a fossilização da constituição.

A reação/superação legislativa permite, portanto, a inovação do ordenamento jurídico, permitindo que a constituição permaneça sempre adequada ao seu tempo e a realidade social.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 1988. **Lex:VadeMecum** Ridel, São Paulo, 24. ed., 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 5105, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 01/10/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-049 DIVULG 15-03-2016 PUBLIC 16-03-2016.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CARDOZO, Matheus Augusto de Almeida. Reação Legislativa ao trabalho do Poder Judiciário – a superação legislativa da jurisprudência sob o enfoque do

Controle de Constitucionalidade. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/47219/reacao-legislativa-ao-trabalho-do-poder-judiciario-a-superacao-legislativa-da-jurisprudencia-sob-o-enfoque-do-controle-de-constitucionalidade>> Acesso em maio de 2017.

MORAIS, Alexandre. **Direito Constitucional**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

CRÍTICA À SUMULA Nº 501 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, À LUZ DA TEORIA DA LINGUAGEM

RAFAEL DRUMOND DE LIMA: Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG (graduação) e Universidad de Sevilla - Espanha. Bacharel em Direito pela Universidade de Federal da Minas Gerais (UFMG), em dezembro de 2013, com graduação "sanduíche", por meio de concurso público interno, na Universidade de Sevilha, na Espanha (1º semestre de 2013); advogado inscrito na OAB/MG sob o nº 151.788; formado pela Academia de Polícia Civil do Distrito Federal, no curso de formação para a carreira de Delegado de Polícia Civil do Distrito Federal (2016).

Resumo. Este artigo tem o objetivo de fazer uma análise crítica e minuciosa da súmula nº 501 do Superior Tribunal de Justiça. Para tanto, inicialmente, examina os precedentes dos quais resultou; após isso, estuda os princípios penais relacionados ao tema, sobretudo o da irretroatividade da norma penal e o da retroatividade da norma penal benéfica. Finalmente, propõe uma concepção material desses princípios, além de um rearranjo terminológico, a fim de concluir pela necessidade de superação da referida súmula e pela legitimidade da combinação de leis penais para fins de retroação benéfica.

Palavras-chave: súmula 501 do STJ, irretroatividade da norma penal, retroatividade da lei benéfica, combinação de leis.

Abstract. Paper which deeply analyses the Number 501 Consolidated Precedent of the Brazilian Superior Tribunal of Justice, responsible for the integrity and unification of the federal law of Brasil. To achieve this objective, We firstly examine the cases that were the base of the precedent. After that, it analyzes law's principles related to the theme, developing them. Finally, this research proposes the overruling of that precedent.

Keywords. Brazilian federal law; precedent; overruling.

Sumário. 1 Introdução. 2. Do porquê da súmula e dos precedentes que a geraram. 3. Da necessidade de superação da súmula. 4 Conclusão. 5 Referências Bibliográficas.

INTRODUÇÃO

“Mas, se o pensamento pode corromper a linguagem, também a linguagem pode corromper o pensamento”, escrevia ORWELL (1946, p. 13), para ilustrar a influência das palavras na Ciência Política. Mas a essa constatação deve ser dada a devida amplitude, e assim dizer-se que, mais que influir no pensar, sobre a língua se constroem as Ciências Humanas, que criam enormes conjuntos de conceitos, princípios, constatações e regras sobre bases fáticas não tão apreensíveis quanto as das ciências exatas.

A linguagem jurídica, normativa por natureza, necessita de um veículo para se externar: uma constituição, uma lei, uma súmula. Tais difusores, no entanto, não podem ser confundidos com a própria matéria normativa que materializam, esta sim idealmente una e indivisível, a formar um todo maior, o sistema jurídico.

Possivelmente nisso resida a dificuldade de compreendê-la e também a de controlá-la – metodologicamente. A força que exerce a linguagem nessa seção do conhecimento torna-o inevitavelmente mutável e, às vezes, arbitrário; característica, e das mais marcantes, da própria linguagem.

Do mesmo modo, é no Direito que esse fato se torna especialmente perigoso, uma vez que há, nele, a junção do fascínio gerado pela língua concatenada em forma de discurso e daquele inerente à coerção, da força invencível do Estado. Afinal, para além de normatizar, destaca-se, como função essencial do direito, o controle do poder.

Sob esse ângulo, será feita uma análise do equívoco jurisprudencial perpetuado na Súmula nº 501 do Superior Tribunal de Justiça – “[é] cabível a aplicação retroativa da Lei n. 11.343/2006, desde que o resultado da incidência das suas disposições, na íntegra, seja mais favorável ao réu do que o advindo da aplicação da Lei n. 6.368/1976, sendo vedada a combinação de leis” –, especialmente da sua parte final.

2. DO PORQUÊ DA SÚMULA E DOS PRECEDENTES QUE A GERARAM

A Lei nº 11.343/06 (Lei de Drogas) revogou a Lei nº 6.863/76 de modo completo, visando a dar novo tratamento aos crimes relacionados com as drogas ilícitas no País, para superar a defasada disciplina legal do tema na época. Mais que simplesmente alterar os tipos penais e as penas relacionadas ao porte para consumo pessoal e ao tráfico ilícito, a Nova Lei de Drogas empreendeu uma cisão na disciplina do tema, a fim de abrandar o tratamento dado ao usuário e, em contrapartida, aumentar o rigor penal imposto aos crimes relacionados com o comércio ilegal de substâncias entorpecentes.

A mudança se fundamentava, por um lado, na doutrina da redução de dano (BRASILEIRO, 2015, p. 701), abordagem do fenômeno das drogas que se propõe a diminuir os danos sociais e à saúde relacionados tanto com o uso quanto com a sua repressão de entorpecentes, e, por outro, na política de guerra às drogas, notabilizada nos Estados Unidos da América a partir dos anos 1970, por meio do Presidente Richard Nixon, e com grande expansão por toda a América Latina. Por paradoxal que possa parecer, esse antagonismo axiológico refletia o discurso político hegemônico da sua época, que só atualmente parece se enfraquecer.

Nessa linha, quanto ao delito de porte de drogas para consumo pessoal, a Lei nº 11.343/06 excluiu a possibilidade de aplicação de penas privativas de liberdade, antes imponível no patamar de seis meses a dois anos de detenção[1]. A alteração, aliás, chamada pela doutrina de “despenalização”, gerou grande discussão sobre a descriminalização ou não do delito, formando-se três correntes sobre o tema: a que pregava a supressão da figura delituosa, a que defendia o surgimento de uma terceira espécie de infração penal e a que preconizava a manutenção pura e simples do caráter criminoso da conduta. A última, majoritária, prevaleceu no Supremo Tribunal Federal[2].

Seguindo a linha oposta, o tratamento imprimido ao tráfico de drogas e a crimes correlatos foi duramente intensificado, o que mostrou franca adesão do Brasil à continuação da política criminal de controle das drogas por meio de penas privativas de liberdade, semelhantemente ao que ocorria nos EUA, e já em franca contradição ao que se dava na Europa Ocidental. A pena privativa de liberdade mínima para a modalidade principal de tráfico de drogas (art. 33, *caput*, da Nova Lei) passou de três para cinco anos de reclusão.

Não se pode omitir, todavia, que o tratamento do comércio ilegal de drogas tornou-se mais complexo, a fim de mitigar o áspero tratamento legal que seria imposto ao pequeno traficante, ou seja, o primário e sem envolvimento com o crime organizado. Para tanto, criou-se uma causa de diminuição de pena de um a dois terços (art. 33, §4º) para o agente que ostente bons antecedentes e primariedade, além de não integrar organização criminosa nem se dedicar a atividades criminosas. Apesar de não se tratar de privilégio no sentido técnico-jurídico, o tráfico minorado ficou conhecido no mundo forense como “tráfico privilegiado”, o que denota que a atual consciência jurídica média distingue com clareza o traficante meramente eventual do que integra o crime organizado.

Para reforçar a ideia de que o pensar jurídico contemporâneo vem cindindo o tráfico minorado daquele em que não incide o §3º do art. 33, convém aludir à recente decisão do Supremo Tribunal Federal[3] que, de modo paradigmático, afastou a hediondez do tráfico “privilegiado”, fato que passa a conferir-lhe tratamento penal muito mais brando, sobretudo no campo da execução penal.

Não demorou, porém, para essa inevitável heterogeneização de tratamento instaurar uma intensa discussão doutrinária e jurisprudencial em torno da sua retroatividade, e reacender a antiga polêmica em torno da vedação à combinação de leis para fins de retroação benéfica da lei penal. Tal se deve à circunstância de que, embora tenha havido aumento da pena mínima relacionada ao crime, esta poderia se tornar ainda mais baixa do que à imposta pela antiga lei de drogas, quando fosse aplicada a causa de diminuição de pena do “tráfico privilegiado”.

As duas primeiras conclusões, amparadas no ensinamento de Nelson HUNGRIA (1949, p. 110), tomavam como premissa a vedação à combinação de leis para se encontrar a sanção penal mais favorável ao réu, argumentando que o juiz se alçava, ao combinar leis, à condição de legislador, criando uma terceira lei (*lex tertia*).

A primeira propunha, então, a aplicação da antiga pena – de três anos –, sem a possibilidade de incidência do privilégio, uma vez que este integrava a pena mais rigorosa e, portanto, irretroativa. Defendia-se que a retroatividade da *lex mitior* não implica a imperiosidade de uma pena em concreto menor que a

aplicada por meio das regras da *lex gravior*, limitando-se a operar no plano abstrato. O expediente, contudo, não consegue superar o mais raso confronto com o princípio retroatividade da lei penal mais benéfica – afinal, admiti-lo seria o mesmo que negar a retroação da menor pena, para impor sanção maior a quem delinquisse sob o império da lei mais benéfica, em claro contrassenso.

A segunda, por sua vez, preconizava o oposto: na hipótese de aplicação da causa de diminuição de pena, o julgador deveria aplicar a nova pena, mais grave, como base para a diminuição, quando isso importasse em uma pena menor do que a aplicação da pena da Lei nº 6.368/76 sem a minorante. A norma deixaria de operar no plano abstrato, e a lei benéfica seria a que fosse, no plano concreto, a menor imposição, ao final da aplicação da pena.

A última solução foi a que prevaleceu, seja doutrinária, seja jurisprudencialmente, servindo de fundamento para a edição da Súmula 501 do STJ, objeto da análise e da crítica empreendidas neste artigo, como se pode ver dos precedentes a seguir[4]:

" [...] A Lei nº 11.343/06, ao revogar a Lei nº 6.368/76, disciplinou por inteiro o sistema de repressão ao tráfico ilícito de drogas e, ao tempo em que conferiu tratamento mais rigoroso aos traficantes, aumentando a pena mínima cominada abstratamente ao delito de 3 (três) para 5 (cinco) anos, instituiu causa especial de diminuição de pena de 1/6 a 2/3, e ainda reduziu o menor patamar de exasperação pelas causas especiais de aumento de pena de 1/3 (um terço) para 1/6 (um sexto). 2. A concessão da minorante do parágrafo 4º do artigo 33 e a aplicação da majorante no patamar do artigo 40, ambos da Lei 11.343/06 sobre a pena fixada com base no preceito secundário do artigo 12 da Lei nº 6.368/76 não decorreria de mera retroatividade de lei nova mais benéfica, mas de verdadeira aplicação conjugada das normas revogada e revogadora, sendo de todo inviável, já que o sistema revogador instituiu causa de diminuição de pena e reduziu o menor patamar da

exasperação pelas causas de aumento de pena justamente porque aumentara a pena mínima cominada abstratamente ao delito de 3 (três) para 5 (cinco) anos. 3. Conquanto se reconheça na lei revogadora as hipóteses de nova causa de diminuição da pena, bem como de aumento de pena em patamar menor, não se pode pinçar uma regra de uma lei e uma regra da outra lei para o fim de beneficiar o réu porque assim haveria a criação de uma terceira lei que, além de evidenciar atividade legiferante, vedada ao Poder Judiciário, deixa de considerar a norma como um sistema uno, coerente e harmônico.[...]" (AgRg no REsp 1212535 PR, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 02/04/2013, DJe 11/04/2013)

" [...] é descabida a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 à reprimenda cominada nos termos da Lei n. 6.368/1976. Na verdade, o condenado faz jus à aplicação integral da lei nova se esta lhe for benéfica. Em se tratando de tráfico de drogas, tal análise é feita caso a caso e consiste em verificar, essencialmente, se estariam preenchidos os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, de forma que, a partir da aplicação dessa causa de diminuição, a reprimenda final fosse menor do que aquela fixada nos termos da Lei n. 6.368/1976. [...]" (AgRg no HC 199324/MS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 04/12/2012, DJe 14/12/2012)

" [...] A Constituição Federal reconhece, no art. 5º inciso XL, como garantia fundamental, o princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica. Desse modo, o advento de lei penal mais favorável ao acusado impõe sua imediata aplicação, mesmo após o trânsito em julgado da condenação. Todavia, a verificação da lex mitior, no confronto de leis, é feita

in concreto, visto que a norma aparentemente mais benéfica, num determinado caso, pode não ser. Assim, pode haver, conforme a situação, retroatividade da regra nova ou ultra-atividade da norma antiga. II – A norma insculpida no art. 33, § 4º da Lei nº 11.343/06 inovou no ordenamento jurídico pátrio ao prever uma causa de diminuição de pena explicitamente vinculada ao novo apenamento previsto no caput do art. 33. III - Portanto, não há que se admitir sua aplicação em combinação ao conteúdo do preceito secundário do tipo referente ao tráfico na antiga lei (Art.12 da Lei nº 6.368/76) gerando daí uma terceira norma não elaborada e jamais prevista pelo legislador. IV - Dessa forma, a aplicação da referida minorante, inexoravelmente, deve incidir tão somente em relação à pena prevista no caput do artigo 33 da Lei nº 11.343/06. V - Em homenagem ao princípio da extra-atividade (retroatividade ou ultra-atividade) da lei penal mais benéfica deve-se, caso a caso, verificar qual a situação mais vantajosa ao condenado: se a aplicação das penas insertas na antiga lei - em que a pena mínima é mais baixa - ou a aplicação da nova lei na qual há a possibilidade de incidência da causa de diminuição, recaindo sobre quantum mais elevado. Contudo, jamais a combinação dos textos que levaria a uma regra inédita.[...]" (EREsp 1094499 MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 12/05/2010, DJe 18/08/2010)

" [...] A redução da pena de 1/6 até 2/3, prevista no art. 33, parág. 4º da Lei 11.343/06, objetivou suavizar a situação do acusado primário, de bons antecedentes, que não se dedica a atividades criminosas nem integra organização criminosa, proibida, de qualquer forma, a conversão em restritiva de direito. 2. Embora o referido parágrafo tenha a natureza de direito material, porquanto cuida de regra

de aplicação da pena, tema regulado no Código Penal Brasileiro, mostra-se indevida e inadequada a sua aplicação retroativa à aquelas situações consumadas ainda na vigência da Lei 6.368/76, pois o Magistrado que assim procede está, em verdade, cindindo leis para criar uma terceira norma - uma lei de drogas que prevê pena mínima para o crime de tráfico de 3 anos, passível de redução de 1/6 até 2/3, para agentes primários e de bons antecedentes, possibilitando, em tese, a fixação da sanção em apenas 1 ano de reclusão; contudo, essa norma jamais existiu no ordenamento jurídico brasileiro, não podendo ser instituída por via de interpretação.[...] Na hipótese, o § 4o. faz referência expressa ao caput do art. 33 da nova Lei de Drogas, sendo parte integrante deste, que aumentou a pena mínima para o crime de tráfico de 3 para 5 anos. Sua razão de ser está nesse aumento, para afastar qualquer possível ofensa ao princípio da proporcionalidade, permitindo ao Magistrado que, diante da situação concreta, mitigue a sanção penal do traficante ocasional ou do réu primário, de bons antecedentes e não integrante de organização criminosa; assim, não há como interpretá-lo isoladamente do contexto da novel legislação.[...] A solução que atende ao princípio da retroatividade da lei mais benéfica (art. 2o. do CPB e 5º., XL da CF/88), sem todavia, quebrar a unidade lógica do sistema jurídico, vedando que o intérprete da Lei possa extrair apenas os conteúdos das normas que julgue conveniente, é aquela que permite a aplicação, em sua integralidade, de uma ou de outra Lei, competindo ao Magistrado singular, ao Juiz da VEC ou ao Tribunal Estadual decidir, diante do caso concreto, aquilo que for melhor ao acusado ou sentenciado.[...]" (HC 86797 SP, Rel. Ministro

NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 11/03/2008, DJe 07/04/2008)

"[...] inadmissível a combinação de leis, de modo a ser inviável a aplicação da causa de diminuição de pena prevista § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06 ao preceito secundário do art. 12 da Lei nº 6.368/76 (antiga lei de drogas). 6. Resultou consignado, entretanto, que não fica afastada a possibilidade de incidência da referida minorante à pena cominada no art. 33 da Lei nº 11.343/06, desde que tal operação seja mais favorável ao réu.[...]" (HC 132634 PR, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 06/11/2012, DJe 21/05/2013)

A despeito da posição dominante, a proposta deste artigo consiste em demonstrar o acerto de uma terceira posição, que rechaça a vedação à combinação de leis, para fazer retroagir o direito penal material ou o híbrido (normas processuais de ressonância material), independentemente do modo como foi materializado pelo legislador. Por consistir no tópico principal do presente estudo, será tratado em separado.

3. DA NECESSIDADE DE SUPERAÇÃO DA SÚMULA

Para uma efetiva análise crítica da Súmula nº 501 do STJ, faz-se necessário, em primeiro lugar, a exposição do que se entende pelo princípio da irretroatividade da norma penal, à luz da sua principal exceção: a retroatividade da lei penal benéfica.

O referido princípio, cláusula pétrea no direito brasileiro (art. 5º, XL, da CRFB), impede que uma lei mais gravosa retroaja para alcançar situações fáticas anteriores, ainda que não julgadas definitivamente. Por outro lado, como exceção ou, mais propriamente, como um princípio à parte, está a retroatividade da lei penal mais benéfica, a impor a extra-atividade retroativa da lei penal que, de qualquer modo, beneficie o réu.

Pode-se dizer que tal definição representa uma compreensão superficial do princípio. Para adequá-la a moderna teoria da norma jurídica, torna-

se imprescindível cogitar de um conceito material de retroatividade da lei mais benéfica, assim como da atualização do seu conceito, notadamente no que tange aos termos empregados.

Para isso, parte-se do fundamento que o inspirou: seria inconcebível em um Estado que se pretendesse de direito democrático, impor a alguém uma sanção penal, drástica por natureza, mais rigorosa do que aquela que o direito punitivo atual compreende necessária para alcançar a finalidade da punição. Neste ponto, aliás, não importa a concepção de finalidade da pena que se adote; se se chegou à conclusão de que não é imprescindível impô-la, não há legitimidade em assim proceder, afinal a sanção penal é a *ultima ratio*.

Voltando-se aos termos usados para conceituar os mencionados princípios, não é admissível manter o termo “lei” como vocábulo crucial para a sua definição. Isso porque “lei” atualmente representa tão somente um dos veículos por que se pode chegar a um preceito normativo, extraível, também, de outras fontes, a exemplo de princípios nem sequer veiculados, expressamente, por algum diploma legal ou constitucional (“princípios implícitos”). Dessa maneira, é forçoso empregar o termo “norma”, que no estado atual da ciência jurídica significa o comando normativo resultante da interpretação de todos os elementos do sistema jurídico.

Assentada essas premissas, chega-se ao citado conceito material de irretroatividade ou retroatividade benéfica penal, isto é, a norma penal mais grave é irretroativa, e a mais benéfica, ao contrário, aplica-se aos casos pretéritos, ainda que já julgados com trânsito em julgado.

Diante disso, parece ficar em evidência o desacerto da Súmula Vinculante em análise, assim como o da própria ideia de que o juiz estaria criando uma nova lei ao combinar preceitos mais favoráveis veiculados por mais de um diploma legal. Afinal, se o fundamento da retroatividade benéfica é o de aplicar a consciência jurídico-penal atual (se menos rigorosa), que influência poderia ter o simples modo como ela vem a ser expressa, o seu mero veículo de materialização – a lei.

Aceitar a tese do imortal penalista Nelson Hungria equivaleria a admitir que a forma deveria prevalecer sobre o conteúdo que ela concretiza. Como

conceber que um câmbio de tratamento penal poderia ter diferentes amplitudes se estatuído por uma, duas ou três leis?

Consequentemente, tem-se que o que retroage ou tem aplicação ultrativa, quanto ao tráfico de drogas, não é o art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/06 ou o preceito secundário do art. 16 da Lei nº 6.368/76, respectivamente, mas sim o tratamento jurídico penal mais benéfico dado à matéria.

4. CONCLUSÃO

Em conclusão do que se vem de dizer, tem-se, então, que, em relação aos fatos anteriores à nova Lei de Drogas, a pena mínima de três anos imposta pela antiga Lei não pode ser aumentada por aquela – pois violaria a irretroatividade da norma penal mais gravosa –, mas a causa de diminuição de pena, por instituir verdadeira bifurcação na disciplina do tráfico de drogas, deve, sim, ser aplicada aos fatos delituosos pretéritos – sob pena de transgressão à retroatividade da norma penal mais benéfica.

Em suma, a única compreensão que se harmoniza com a retroatividade da norma mais benéfica é a aplicação da causa de diminuição de pena da nova Lei de Drogas sobre a pena da antiga Lei.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ORWELL, George, *Politics and the English Language*. Oxford: Oxford City Press, 2009

BRASILEIRO, Renato. *Legislação Criminal Especial Comentada*. Salvador: Ed. Juspodium, 2015

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal, Vol. I, Tomo II*. Rio de Janeiro: Forense, 1978

NOTAS:

[1] - **Art. 16**. Adquirir, guardar ou trazer consigo, para o uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - Detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de (vinte) a 50 (cinquenta) dias-multa.

[2] - Julgados do Supremo Tribunal Federal. RE 430105 QO/RJ, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 13.2.2007. Informativo n.º 456/2007

[3] - Julgados do Supremo Tribunal Federal. HC 118.533/MS, rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, 24/06/2017. Informativo n.º 831/2016.

[4] - Fonte: *website* do STJ. Disponível em:
<http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp#TITITEMA0>

A AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A FAZENDA PÚBLICA

EDUARDO HENRIQUE FERREIRA:
Advogado da União. Bacharelado em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia. Pós-graduado em Direito Constitucional pelo Complexo Educacional Damásio de Jesus.

RESUMO: O presente artigo, após demonstrar o incentivo do Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015) à *conciliação*, visa esclarecer o instituto da audiência de conciliação ou de mediação no novel diploma processual, tendo em vista a previsão de sua realização como regra e as relevantes peculiaridades inseridas, tais como a criação de *centros judiciários de solução consensual de conflitos* (art. 165 do Novo CPC) e o estabelecimento de *multa* para o caso de não comparecimento injustificado (art. 334, § 8º, do Novo CPC).

Busca-se, ainda, delinear as implicações do referido instituto em face da Fazenda Pública, considerando as peculiaridades do Direito Processual Público e a indisponibilidade do interesse público tutelado por seus representantes processuais.

Palavras-chave: Novo Código de Processo Civil, solução consensual de conflitos, autocomposição, audiência de conciliação ou de mediação, Fazenda Pública.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. A AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (LEI 13.105/2015). 2. ASPECTOS RELACIONADOS À FAZENDA PÚBLICA. CONCLUSÃO. BIBLIOGRAFIA.

INTRODUÇÃO

Com o advento do Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015), a *solução consensual dos conflitos*, já tão cara à doutrina processualista, porém prevista de forma tímida no Código de Processo Civil de 1973, ganhou considerável *destaque*.

Sobre o incentivo à conciliação, princípio que inspira o novo sistema processual, Sérgio Murilo Diniz Braga consigna que:

“A tonalidade conciliatória do novo CPC é ressaltada em suas normas principiológicas, ao consagrar o incentivo estatal à conciliação, à mediação e outros meios de solução consensual de conflitos, no art. 3º, §§ 1º, 2º e 3º. Ao tratar do procedimento comum, no Título I, do Livro I, o novo CPC inseriu o Capítulo V, tratando exclusivamente da audiência de conciliação e mediação, arts. 334 e seguintes, que não se aplica ao processo trabalhista (Res. 203, TST 15/3/16).

(...)

Para que se concretize o tom conciliatório contido no novo CPC, necessário que haja uma mudança da cultura, hoje, belicosa, para um espírito de consenso. Algumas inovações contidas na lei processual – como a previsibilidade das decisões, as multas processuais, a sucumbência progressiva e a maior celeridade e efetividade, seja parcial, seja total dos provimentos jurisdicionais – são importantes elementos para o desestímulo à beligerância irresponsável e revelam um forte indicador para a introdução de uma cultura conciliatória na Justiça Comum”.[\[1\]](#)

O viés conciliatório do Novo CPC é constatado desde suas normas principiológicas, como a *consagração da arbitragem* (art. 3º, § 1º) e o *incentivo estatal à conciliação, à mediação* e outros meios de solução consensual dos conflitos (art. 3º, §§ 2º e 3º), até previsões específicas, tal qual a *audiência de conciliação e mediação* (art. 334).

Dispõe o art. 3º, § 1º, do Novo CPC que é permitida a *arbitragem*, na forma da lei, instituto regulamentado pela Lei 9.307/96, na qual o Novo Diploma Processual introduziu diversas alterações de forma a assegurar a harmonia do sistema, como a previsão de que a Administração Pública direta e indireta poderá se valer da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis (art. 1º, § 2º).

Já nos §§ 2º e 3º do art. 3º do Digesto Processual Civil, o legislador consagrou que o Estado deve, sempre que possível, promover a solução consensual dos conflitos, bem como que 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.

Sobre tão importante alteração, destaca Fredie Didier Jr. a existência de uma política pública de tratamento adequado dos conflitos jurídicos por meio do princípio do estímulo à solução do litígio por *autocomposição*:

“Instituiu-se, no Brasil, a política pública de tratamento adequado dos conflitos jurídicos, com claro estímulo à solução por autocomposição (Resolução n. 125/2012 do Conselho Nacional de Justiça).

Compreende-se que a solução negociada não é apenas um meio eficaz e econômico de resolução dos litígios: trata-se de importante instrumento de desenvolvimento da cidadania, em que os interessados passam a ser protagonistas da construção da decisão jurídica que regula as suas relações. Neste sentido, o estímulo à autocomposição pode ser entendido como um reforço da participação popular no exercício do poder – no caso, o poder de solução dos litígios. Tem, também por isso, forte caráter democrático.

O Conselho Nacional de Justiça vem exercendo um relevante papel como gestor desta política pública, no âmbito do Poder Judiciário. A Resolução n. 125/2010 do CNJ confirma isso – a ela será dedicado o próximo item.

O Poder Legislativo tem reiteradamente incentivado a autocomposição, com a edição de diversas leis neste sentido. O CPC ratifica e reforça essa tendência: a) dedica um capítulo inteiro para regular a mediação e a conciliação (arts. 165-175); b) estrutura o procedimento de modo a pôr a tentativa de autocomposição como ato anterior ao oferecimento da defesa pelo réu (arts. 334 e 695); c) permite a homologação judicial de acordo extrajudicial de qualquer natureza (Art. 515, III; art. 725, VIII); d) permite que, no acordo judicial, seja incluída matéria estranha ao objeto litigioso do processo (Art. 515, § 2º); e) permite acordos processuais (sobre o processo, não sobre o objeto do litígio) atípicos (Art. 190).

(...)

Até mesmo no âmbito do Poder Executivo, a solução negociada é estimulada. A criação de regras que permitem a autocomposição

administrativa (por exemplo, a possibilidade de acordos de parcelamento envolvendo dívidas fiscais) e a instalação de câmaras administrativas de conciliação revelam bem essa tendência – ver item mais à frente.

Pode-se, inclusive, defender atualmente a existência de um princípio do estímulo da solução por autocomposição – obviamente para os casos em que ela é recomendável. Trata-se de princípio que orienta toda a atividade estatal na solução dos conflitos jurídicos”.^[2]

Cumprido, portanto, distinguir, de forma breve, os meios de solução consensual dos conflitos.

A *autocomposição*, gênero, é a forma voluntária de solução de conflitos por meio do consentimento espontâneo de um dos contendores em sacrificar interesse próprio, total ou parcialmente, em favor do interesse alheio, podendo ocorrer das seguintes formas: a) *transação*, quando são feitas concessões recíprocas para a solução do conflito; e b) *submissão*, na qual há a submissão de um dos conflitantes à pretensão do outro, sendo denominada, em juízo, de *renúncia* quando feita pelo autor e *reconhecimento da procedência do pedido* nos casos em que praticada pelo réu.

Deve-se destacar, ainda, a criação dos *centros judiciários de solução consensual de conflitos*, previstos no art. 165 do Novo CPC, aos quais incumbem a realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e o desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

À luz do § 2º do aludido dispositivo legal, o *conciliador* atuará preferencialmente nos casos em que *não há vínculo anterior entre as partes*, podendo sugerir soluções para o litígio, *vedada* a utilização de qualquer tipo de constrangimento ou intimidação para que as partes conciliem.

Por sua vez, o *mediador*, nos termos do § 3º do art. 165 do Novo CPC, atuará preferencialmente nos casos em que *houver vínculo anterior entre as partes* e auxiliará os interessados a compreenderem as questões e os interesses em conflito, possibilitando o *restabelecimento da comunicação* e a identificação, por si próprios, das *soluções consensuais* que gerem benefícios mútuos.

A conciliação e a mediação são pautadas pelos princípios da *independência*, da *imparcialidade*, da *autonomia da vontade*, da *confidencialidade*, da *oralidade*, da *informalidade* e da *decisão informada*, a teor do art. 166 do Novo CPC.

Os conciliadores, os mediadores e as câmaras privadas de conciliação e mediação devem ser inscritos em cadastro nacional e em cadastro de Tribunal de Justiça ou de Tribunal Regional Federal, os quais devem manter registro dos profissionais habilitados, com indicação de sua área profissional (art. 167 do CPC), podendo as partes escolher o conciliador, mediador ou câmara privada para atuar no conflito (art. 168 do CPC).

É importante consignar, por fim, que a regulamentação feita pelo Código Processual não exclui outras formas de conciliação e mediação extrajudiciais vinculadas a órgãos institucionais ou realizadas por meio de profissionais independentes, admitindo-se o seu regramento por lei específica, conforme o art. 175 do CPC.

1. A AUDIÊNCIA DE CONCILIAÇÃO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (LEI 13.105/2015)

No Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105), a *audiência de conciliação ou de mediação* está regulamentada pelo art. 334, segundo o qual, preenchidos os requisitos essenciais da petição inicial e não sendo o caso de improcedência liminar do pedido, cumpre ao magistrado designar audiência para fins de conciliação ou mediação com *antecedência mínima* de 30 (trinta) dias, devendo o réu ser citado com no mínimo 20 (vinte) dias de antecedência, na qual, sempre que possível, haverá a atuação do conciliador ou mediador.

É possível a realização de mais de uma sessão destinada à conciliação ou mediação, desde que não exceda a 2 (dois) meses da data de realização da primeira sessão e haja necessidade para a composição das partes, a teor do § 2º do art. 334 da Lei Processual.

A intimação do autor para a audiência será feita na pessoa de seu advogado, *ex vi* do art. 334, § 3º, haja vista já haver procurador constituído e não ser necessária a intimação pessoal.

O § 4º do art. 334 do Novo CPC, demonstrando que a audiência de conciliação ou de mediação passou a ser a regra em nosso sistema processual, estabelece 2 (duas) exceções à sua realização. Assim, o referido ato não será realizado: a) se *ambas* as partes manifestarem, expressamente, *desinteresse* na composição consensual; e b) quando *não se admitir* a autocomposição.

Sobre o ponto, Fredie Didier Jr. esclarece o seguinte:

“Há, porém, duas hipóteses em que a audiência de conciliação ou mediação não deverá ser designada (art. 334, § 4º, CPC):

I – se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual. Note que há necessidade de manifestação expressa de vontade de ambas as partes. O autor deverá indicar, na petição inicial, seu desinteresse na autocomposição (Art. 319, II, CPC), e o réu, por petição, apresentada com dez dias de antecedência, contados da data da audiência (art. 334, § 5º, CPC).

(...)

Se houver litisconsórcio, o desinteresse na realização da audiência deve ser manifestado por todos os litisconsortes (Art. 334, § 6º, CPC). Há, aqui, um problema: a solução por autocomposição (transação, renúncia ou reconhecimento da procedência do pedido) não pode ser imposta a um litisconsorte que não a deseje. Assim, se o caso for de litisconsórcio simples, não há problema em que apenas um deles resolva o litígio consensualmente; se o caso for de litisconsórcio unitário, ou todos concordam com a autocomposição, ou nada feito.

II – Também não será marcada a audiência de conciliação ou mediação no processo em que não se admita a autocomposição”.^[3]

Cumpra ao autor indicar, na petição inicial, seu desinteresse na autocomposição; e ao réu, por petição apresentada com 10 (dez) dias de antecedência, contados da data da audiência. E, em caso de litisconsórcio, todos os litisconsortes devem manifestar o seu desinteresse na realização da audiência para que esta não ocorra. É o que dispõem os §§ 5º e 6º do art. 334 da Lei Adjetiva.

Manifestado o desinteresse na audiência de conciliação ou de mediação pelo réu, o prazo para a sua resposta começa a fluir da data do protocolo do pedido de cancelamento do ato, nos termos do art. 335, I.

O § 8º do art. 334 admite a realização da audiência em questão por *meio eletrônico*, nos termos da lei, o que atende à informatização do processo judicial e facilita a participação dos interessados.

Importante previsão é a do § 8º do dispositivo legal em comento, que considera *ato atentatório à dignidade da justiça* o não comparecimento injustificado do autor ou do réu à audiência de conciliação, estipulando *multa* de até 2% (dois por cento) da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, revertida em favor da União, quando o feito tramitar na Justiça Federal, ou do Estado, quando a competência for da Justiça Estadual.

Por se tratar de ato que visa solucionar o conflito, as partes devem estar acompanhadas por seus advogados ou por defensores públicos, podendo constituir representante, por meio de procuração específica, com poderes para negociar e transigir (art. 334 §§ 9º e 10).

Alcançada a autocomposição, deverá haver a sua *redução a termo* e a *homologação por sentença*, exigência feita pelo § 11 do art. 334 do Digesto Instrumental.

2. ASPECTOS RELACIONADOS À FAZENDA PÚBLICA

Explicitada a regulamentação normativa da audiência de conciliação e mediação, passamos a expor as peculiaridades do instituto em face da Fazenda Pública.

De início, cumpre destacar que, considerando que o Poder Público possui *prazo em dobro* para todas as suas manifestações processuais, contado da intimação pessoal, por carga, remessa ou meio eletrônico, a teor do art. 183 do Novo Código de Processo Civil, o prazo de 20 (vinte) dias entre a citação do réu e a realização da audiência de conciliação deve ser contado em dobro.

Ademais, por se tratar de prazo processual, incide a regra do art. 219 do mesmo diploma legal, computando-se apenas os *dias úteis*.

Importante questão no tocante à Fazenda Pública se refere à hipótese de não realização da audiência quando não for admitida a autocomposição, tendo em vista

estar em jogo, na maioria das vezes em que for parte a Administração Pública, *direito indisponível*.

Tal previsão deve ser compreendida com cautela, uma vez que não se deve confundir a impossibilidade de autocomposição com a indisponibilidade do direito objeto da demanda.

Sobre o tema, Fredie Didier Jr. pondera que:

“Não se pode confundir “não admitir autocomposição”, situação que autoriza a dispensa da audiência, em ser “indisponível o direito litigioso”. Em muitos casos, o direito litigioso é indisponível, mas é possível haver autocomposição. Em ação de alimentos, é possível haver o reconhecimento da procedência do pedido pelo réu e acordo quanto ao valor e forma de pagamento; em processos coletivos, em que o direito litigioso também é indisponível, é possível celebrar compromisso de ajustamento de conduta (art. 5º, § 5º, Lei n. 7.247/1985).

Na verdade, é rara a hipótese em que se veda peremptoriamente a autocomposição. O Poder Público, por exemplo, somente pode resolver o conflito por autocomposição quando houver autorização normativa para isso – fora dessas hipóteses, não há como realizar a autocomposição. Nesses casos, o réu será citado para apresentar resposta, no prazo legal, sem a intimação para comparecer à audiência, que não se realizará (art. 335, III, CPC).

Isso não quer dizer que não há possibilidade de autocomposição nos processos de que faça parte ente público. Há, ao contrário, forte tendência legislativa no sentido de permitir a solução consensual dos conflitos envolvendo entes públicos. A criação de câmaras administrativas de conciliação e mediação é um claro indicativo nesse sentido (art. 174, CPC). Cada ente federado disciplinará, por lei própria, a forma e os limites da autocomposição de que façam parte”.[\[4\]](#)

Com efeito, ainda que o interesse público e, por conseguinte, os direitos tutelados pela Fazenda Pública, sejam indisponíveis, admite-se a autocomposição em certas situações, tais como a forma de efetivação de determinada decisão judicial e as hipóteses em que o acordo melhor atenda aos interesses do Estado.

A Administração Pública rege-se pelo princípio da *indisponibilidade do interesse público*, segundo o qual os interesses perseguidos são qualificados como próprios da coletividade e não se encontram à livre disposição do administrador, o qual tem o poder-dever de concretizá-los em estrita conformidade com a lei.

O interesse público divide-se em *primário*, composto pelos fins a que se destina a Administração Pública, e *secundário*, que corresponde aos interesses imediatos do Estado na qualidade de pessoa jurídica titular de direitos e obrigações.

Embora o patrimônio público seja, em regra, indisponível, por pertencer à coletividade, é dever da Administração buscar a solução mais adequada ao interesse público primário, o que inclui a realização de autocomposição quando esta se mostrar necessária ou benéfica à sua consecução.

Transigir não significa, necessariamente, abrir mão do interesse público, mas, em determinadas hipóteses, buscá-lo de forma mais eficiente, proporcional e razoável, não havendo nenhuma incompatibilidade, em princípio, entre ambos.

Dessa forma, tratando-se de direito patrimonial, do qual a Administração pode dispor em nome do interesse público primário, *é possível* a autocomposição entre os litigantes.

Nesse sentido já se manifestou o Egrégio Supremo Tribunal Federal:

Poder Público. Transação. Validade. Em regra, os bens e o interesse público são indisponíveis, porque pertencem à coletividade. É, por isso, o Administrador, mero gestor da coisa pública, não tem disponibilidade sobre os interesses confiados à sua guarda e realização. Todavia, há casos em que o princípio da indisponibilidade do interesse público deve ser atenuado, mormente quando se tem em vista que a solução adotada pela Administração é a que melhor atenderá à últimação deste interesse. Assim, tendo o acórdão recorrido concluído pela não onerosidade do acordo celebrado, decidir de forma diversa implicaria o reexame da matéria fático-probatória, o que é vedado nesta instância recursal (Súm. 279/STF). Recurso extraordinário não conhecido. (RE 253885, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Primeira Turma,

julgado em 04/06/2002, DJ 21-06-2002 PP-00118 EMENT VOL-02074-04 PP-00796)

No mesmo sentido é a jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça, o qual admite, inclusive, a *transação administrativa* realizada entre servidores públicos e a Administração quanto ao pagamento de valores. Confira-se:

PROCESSUAL. ADMINISTRATIVO. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 458 E 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. REAJUSTE DE 28,86%. EXECUÇÃO INDIVIDUAL DE SENTENÇA PROFERIDA EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ACORDO EXTRAJUDICIAL. HOMOLOGAÇÃO PELO JUÍZO. IRRELEVÂNCIA NO CASO. TRANSAÇÃO CELEBRADA ANTES DA EDIÇÃO DA MP. 2.169/2001. FICHAS FINANCEIRAS. COMPROVAÇÃO DO PAGAMENTO ADMINISTRATIVO. CABIMENTO.

1. A Corte de origem apreciou todas as questões relevantes ao deslinde da controvérsia de modo integral e adequado, apenas não adotando a tese vertida pelo agravante. Os fundamentos do aresto a quo são cristalinos. Inexistem, portanto, omissões, contradições, obscuridades ou ausência de motivação a sanar.

2. A transação administrativa realizada entre servidores públicos e a Administração constitui ato jurídico perfeito e válido, não havendo necessidade de homologação judicial do acordo e da presença de advogado para sua celebração. Precedentes.

3. As fichas financeiras colacionadas pela administração constituem provas legítimas para a comprovação do pagamento das parcelas devidas a título do reajuste de 28,86%, a teor do disposto no art. 332 do Código de Processo Civil. Precedente.

4. Desnecessária a homologação de acordos firmados em data anterior à edição da MP 2.169/2001, se ausente demanda judicial individual entre servidor e Administração, como na espécie. Precedentes.

5. Agravo regimental não provido.

(AgRg nos EDcl no AREsp 248.879/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/02/2013, DJ e 15/02/2013)

Pontue-se, no entanto, que a Administração somente pode resolver o conflito por meio de autocomposição nas hipóteses em que haja autorização normativa para tanto, o que restringe a sua liberdade em eventual conciliação.

Deve ser destacada, ainda, a existência de câmaras administrativas de mediação e conciliação, cuja possibilidade de criação pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios está prevista no art. 174 do Código de Processo Civil, possuindo atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, tais como dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da Administração Pública, avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública e promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

Assim, reconhecida a possibilidade, ainda que restrita de autocomposição pela Fazenda Pública, não há falar em impossibilidade absoluta de realização de audiência de conciliação e mediação nas hipóteses em que o Estado for parte.

Portanto, a viabilidade da audiência de conciliação e mediação quando for parte o Poder Público deve ser aferida casuisticamente, considerando as circunstâncias do caso concreto

Por fim, destaque-se que a penalidade prevista no § 8º do art. 334 do Novo CPC, que sanciona com multa de até 2% (dois por cento) da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa o não comparecimento injustificado do autor ou do réu à audiência de conciliação, nem sempre possuirá efetividade em face do Poder Público, visto que é revertida em favor da União, quando a causa tramitar na Justiça Federal, ou do Estado, em se tratando de demanda processada na Justiça Estadual.

CONCLUSÃO

À luz do que foi exposto, é possível concluir que a previsão como regra da audiência de conciliação e mediação representa uma *importante evolução* no

sistema processual brasileiro, sobretudo diante do estímulo à autocomposição, cada vez mais incentivada na sociedade contemporânea e tônica presente no Novo Código de Processo Civil.

De outro lado, constatou-se que o Poder Público, mesmo diante de suas peculiaridades e da indisponibilidade do interesse público e dos direitos tutelados, pode, em determinadas situações, realizar autocomposição.

Assim, quando a Fazenda Pública for parte no litígio, a audiência de conciliação e mediação, prevista no art. 334 do Código de Processo Civil, não deve ser, *a priori*, dispensada com fulcro no inciso II do § 4º do aludido dispositivo legal, devendo ser aferida a possibilidade de autocomposição no caso concreto.

BIBLIOGRAFIA

BARROS, Guilherme Freire de Melo. O Poder Público em Juízo para Concursos. 5ª ed. rev., ampl. e atual. - Salvador: Ed. *JusPodivm*, 2015.

BRAGA, Sérgio Murilo Diniz. Novo Código de Processo Civil. 2ª Edição – 2016, Belo Horizonte: Editora Líder, 2016.

BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de Direito Processual Civil – Lei Nº 13.105, de 16.03.2015 – Vol. Único – 3ª ed – São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. Novo Código de Processo Civil Anotado. São Paulo: Saraiva, 2015.

CIANCI, Mirna; MEGNA, Bruno Lopes. *Fazenda Pública e Negócios Jurídicos Processuais no Novo CPC: Pontos de Partida para o Futuro*. CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique. *Negócios processuais*. Salvador: Juspodivm, 2015.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. A Fazenda Pública em Juízo / Leonardo Carneiro da Cunha – 13ª. ed., totalmente reformulada – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

DIDIER JR, Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento / Fredie Didier Jr – 17ª ed. – Salvador: Ed. *JusPodivm*, 2015.

_____. Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela / Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira – 10ª. ed. – Salvador: Ed. *JusPodivm*, 2015.

FUX, Luiz. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Novo CPC Comparado – Código de Processo Civil Lei 13.105/2015. Luiz Fux e Daniel Amorim Assumpção Neves – 3ª ed. – São Paulo: Ed. Método, 2016.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Direito processual civil esquematizado® / Marcus Vinicius Rios Gonçalves; coordenador Pedro Lenza. – 6ª. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil – Volume único / Daniel Amorim Assumpção Neves – 8ª. ed. Salvador: Ed. *JusPodivm*, 2016.

SOUZA, Luciane Moessa de. *Meios consensuais de solução de conflitos envolvendo entes públicos e a mediação de conflitos coletivos*. Tese de Doutorado. Florianópolis: UFSC, 2010.

NOTAS:

[1] BRAGA, Sérgio Murilo Diniz. Novo Código de Processo Civil. 2ª Edição – 2016, Belo Horizonte: Editora Líder, 2016. p. 16.

[2] DIDER JR, Fredie. Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento / Fredie Didier Jr – 17ª ed. – Salvador: Ed. *JusPodivm*, 2015. p. 273-274.

[3] *Idem*, 624-625.

[4] *Ibidem*, p. 625.

A POSSIBILIDADE, EXCEPCIONAL, DE O HABEAS CORPUS SER UTILIZADO COMO SUBSTITUTO DE REVISÃO CRIMINAL

EDUARDO GUIMARÃES BORGES:
Especialista em Direitos e Princípios
Constitucionais pela UCAM - Universidade
Cândido Mendes.

RESUMO: o artigo 621 do Código de Processo Penal consagra as hipóteses de Revisão Criminal. Esta é uma importante via de impugnação autônoma que visa desconstituir a coisa julgada desfavorável ao condenado. Ocorre que, sendo uma ação de conhecimento, o procedimento é um tanto quanto moroso. Assim, à luz da celeridade, do devido processo legal e da dignidade da pessoa humana, admite-se, excepcionalmente, em caso de flagrante ilegalidade, perceptível de plano, em havendo violação de matéria de ordem pública, utilizar o *habeas corpus* como sucedâneo de Revisão Criminal, eis a análise do presente artigo.

PALAVRAS-CHAVE: segurança jurídica. *Habeas Corpus*. Sucedâneo de Revisão Criminal. *Collateral Attack*.

SUMÁRIO: 1. Introdução 2. Desenvolvimento 3. Conclusão 4. Referências Bibliográficas.

1. Introdução

A coisa julgada é um importante instrumento de garantia da segurança jurídica. É ela quem torna as decisões judiciais dignas de confiança, evitando-se, assim, seja frustrada legítimas expectativas dos jurisdicionados.

O artigo 5º, *caput* da Constituição Federal prevê a segurança (leia-se, segurança jurídica), ao lado da vida, igualdade, liberdade e propriedade, como um direito fundamental individual.

O inciso XXXVI do aludido dispositivo, por sua vez, assegura a coisa julgada, “*a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada*”.

Ocorre que, em situações excepcionais, considerando que não há direitos absolutos, é possível, no caso concreto, à luz da ponderação, conferir maior

densidade a outros valores/direitos constitucionais, flexibilizando, neste contexto, a coisa julgada.

De tal modo, surge a Revisão Criminal como um importante instrumento que afasta a coisa julgada. No caso, a liberdade individual e o senso de justiça prevalecem sobre a segurança jurídica nas hipóteses previstas no artigo 621 do Código de Processo Penal.

Conforme Renato Brasileiro (2016, p. 2525),

No ordenamento pátrio, a revisão criminal pode ser compreendida como ação autônoma de impugnação, da competência originária dos Tribunais (ou das Turmas Recursais, no âmbito dos Juizados), a ser ajuizada após o trânsito em julgado de sentença condenatória ou absolutória imprópria (leia-se, exclusivamente em favor do acusado), visando à desconstituição da coisa julgada, sempre que a decisão impugnada estiver contaminada por erro judiciário. Seus pressupostos fundamentais são: 1) A existência de sentença condenatória ou absolutória imprópria com trânsito em julgado; 2) A demonstração do erro judiciário (CPP, art. 621, I, II, e III) (DE LIMA, 2016, p. 2525).

O procedimento da Revisão Criminal, todavia, é extremamente longo, o que pode resultar em grave prejuízo ao condenado. Em havendo risco à liberdade de locomoção do indivíduo, e sendo a coisa julgada produzida a partir de flagrante ilegalidade, verificável de plano, admite-se, excepcionalmente, a utilização do *Habeas Corpus*, remédio constitucional célere e eficaz, na perspectiva de assegurar a liberdade de locomoção ao indivíduo. Esta análise é, em síntese, o objetivo do presente trabalho.

2. Desenvolvimento

A Revisão Criminal é uma via autônoma de impugnação da coisa julgada. É de competência originária dos tribunais ou de turmas recursais criminais. Consiste em ação de conhecimento de cognição exauriente e não tem, em regra, efeito suspensivo.

Em situações excepcionais a doutrina admite a utilização do *Habeas Corpus* como sucedâneo de Revisão Criminal. Sobre o tema, Eugênio Pacelli de Oliveira (2011, p. 925) indaga,

Eis, então, uma questão de alto grau de complexidade. Poderia o *habeas corpus* cumprir o papel da ação de revisão criminal, ou seja, enfrentando a coisa julgada?

Em primeiro lugar, responde-se afirmativamente a questão, no que toca, especificamente, ao fato de o *habeas corpus* poder rescindir a coisa julgada. Basta ver o disposto no art. 648, III e VI, nos quais se contempla o citado writ para combater condenações proferidas por juiz absolutamente incompetente, ou veiculadas em processo absolutamente nulo. Então, a coisa julgada, em si, não seria o problema.

Segundo Nucci (2012, p. 1104),

Explica Florência de Abreu que a ampliação do alcance do *habeas corpus* deveu-se à ausência, no nosso mecanismo processual, de outros remédios igualmente enérgicos e expedidos para o amparo de outros direitos primários do indivíduo (...). Na jurisprudência, convém destacar, “O writ previsto no art. 5º, inciso LXVIII, da Constituição Federal, destina-se, a priori, a assegurar a liberdade de locomoção das pessoas, mas pode também ser utilizado, em situações excepcionais, para combater ilegalidades flagrantes, poupando o paciente de eventuais sofrimentos e a sociedade de processos inúteis, como no caso de julgamento por Juízo absolutamente incompetente” (TJSP, HC 448.390-3/7, Franco da Rocha. 4ª C., rel. Canellas de Godoy, 10.02.2004, v.u., JUBI 96/04).

Insta dizer que as hipóteses de cabimento de *habeas corpus* não podem ser interpretadas de forma restritiva, pois trata-se de uma garantia individual. Inclusive, o artigo 648, I do Código de Processo Penal estabelece que a coação considerar-se-á ilegal quando não houver justa causa. Portanto, o writ não se limita aos casos de prisão.

Lopes JR. (2012, p. 1337) discorre sobre o *habeas corpus* como instrumento de *Collateral Attack*,

O alcance do *writ* não só se limita aos casos de prisão, pois também pode ser utilizado como instrumento para *collateralattack*, possibilitando que seja uma via alternativa de ataque aos atos judiciais, e inclusive contra sentença transitada em julgado.

Em sintonia com a balizada doutrina acima mencionada, a Corte Cidadã já se manifestou nos seguintes termos:

CRIMINAL. HABEAS CORPUS. REVISÃO CRIMINAL. FUNGIBILIDADE. NULIDADE ABSOLUTA. INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO. SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO. CABIMENTO. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. ORDEM CONCEDIDA. Cabe habeas corpus contra sentença transitada em julgado, que se encontra eivada de nulidade absoluta, por incompetência de juízo, ainda que a sentença já tenha transitado em julgado, tendo em vista tratar-se de matéria de ordem pública. Possuindo o habeas corpus e a revisão criminal a natureza de ação, nada impede a aplicação do princípio da fungibilidade. Ordem concedida. (STJ - HC: 13207 SP 2000/0046405-8, Relator: Ministro GILSON DIPP, Data de Julgamento: 28/08/2001, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJ 08.10.2001 p. 228).

3. Conclusão

O *habeas corpus* é um importante instrumento da liberdade de locomoção. A interpretação das hipóteses de cabimento, considerando que é uma garantia individual, deve ser ampliativa.

Além da prisão, o *writ* pode ser utilizado como instrumento para *colateral attack*, isto é, possibilita que seja uma via alternativa de ataque aos atos judiciais, e inclusive contra sentença transitada em julgado.

A celeridade (art. 5º, LXXVIII da CRB/88) e o devido processo legal (art. 5º, LIV da CRB/88), direitos individuais que gravitam em torno da dignidade da pessoa humana enquanto fundamento da república (art. 1º, III da CRB/88), devem preponderar sobre a segurança jurídica, de modo a admitir o *habeas corpus* como sucedâneo de Revisão Criminal quando a coisa julgada foi formada em flagrante ilegalidade, perceptível de plano, violando matéria de ordem pública.

4. Referências Bibliográficas

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 9ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, pág. 1337.

DE LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de Processo Penal*. 4ª ed. Salvador: Ed.JusPodvm, 2016, p.2525.

DE OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. 15ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p.925.

NUCCI, Guilherme de Souza, *Código de Processo Penal Comentado*. 11ª edição. São Paulo: Editora RT, 2012, p. 1104.

GUARDA COMPARTILHADA: UM ESTUDO EMPÍRICO SOBRE SUA APLICABILIDADE NA COMARCA DE IGAPORÃ-BA A PARTIR DA VIGÊNCIA DA LEI 11.698/2008

THAIS MINELLE SILVA DE SOUZA:
Bacharelanda em Direito pela Faculdade Guanambi.

Bruno Miola da Silva(Orientador)[\[1\]](#)

RESUMO: A guarda compartilhada no Brasil tem gerado fortes discussões no que concerne o melhor interesse da criança. O presente estudo tem por objetivos analisar a opinião dos genitores sobre o conhecimento e aceitabilidade da guarda compartilhada, bem como, compreender as perspectivas dos operadores do direito sobre a guarda compartilhada na comarca de Igaporã - Bahia. Trata-se de um estudo empírico descritivo, com análise quantitativa e qualitativa, desenvolvido na comarca de Igaporã-Bahia entre os meses de Setembro e Outubro de 2016. A pesquisa foi dividida em duas partes com aplicabilidade em públicos diferentes. A primeira parte do estudo composta pela análise qualitativa (bloco A) foi feita através de aplicação de questionário semi-estruturado 30 (trinta) pais e/ou mães em separação conjugal. A segunda etapa (bloco B) foi aplicada a 4(quatro) operadores do Direito a partir de questionário aberto. A guarda compartilhada é um modalidade em que os pais após o divórcio continuam exercendo os direitos e deveres de forma semelhante para com os filhos, e permanecendo sob autoridade equitativa a ambos.O estudo demonstrou que os genitores em sua maioria conhecem a guarda compartilhada, concordam com esta modalidade, preferem que as relações parentais existam, porém a maioria está em situação de guarda unilateral. Foi identificado que os Operadores do Direito em sua maioria não concordam em parte ou integralmente que a melhor opção seja a guarda compartilhada, uma vez existe influências do meio familiar sobre a real aplicabilidade da modalidade. Ainda há carência de estudos sobre a temática diante dos resultados obtidos para que de fato ocorra o melhor interesse da criança.

Palavras chave: Aplicabilidade; Genitores; Guarda Compartilhada; Melhor interesse do menor.

ABSTRACT: The shared custody in Brazil has generated heated discussions regarding the child's best interest. This study aims to analyze the opinions of parents about the knowledge and acceptance of shared custody, as well as understand the perspectives of law professionals on shared custody in the district of *Igaporã-Bahia*. This is a descriptive empirical study with a quantitative and qualitative analysis, developed in the region of Bahia Igaporã-between the months of September and October 2016. The survey was divided into two parts with applicability to different audiences. The first part of the study consists of the qualitative analysis (block A) was performed using a semi structured questionnaire thirty (30) parents and/or mothers in marital separation. The second step (B block) was applied to four (4). The right of the operators from open questionnaire. The shared custody is a mode in which the parents after divorce continue exercising the rights and duties in a similar fashion to the children, and remaining under equitable authority ambos.O study showed that parents mostly know the shared custody, agree with this mode, they prefer that parental relationships exist, but most are in unilateral guard situation. It was identified that the jurists mostly disagree fully or partially that the best option is joint custody, as there is influence of family environment on the actual applicability of the sport. There is still a lack of studies on the subject before the results that actually occur the child's best interest.

Keywords: Applicability; Parents; Shared Guard; Best interests of the minor.

1. INTRODUÇÃO

A partir da vigência da lei 11.698/2008 a qual altera os arts. 1.583 e 1.584 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada ocorre o poder igualitário dos genitores para criação do menor em casos de separação conjugal (BRASIL, 2008). Nessa perspectiva surgem no Brasil e ainda prevalece na atualidade discussões acerca deste tipo de modalidade de guarda com vistas ao melhor interesse da criança.

As figuras paterna e materna são fundamentais para o bom crescimento e desenvolvimento da criança ou adolescente, desta forma a Guarda Compartilhada aparece como àquela que melhor atende as necessidades do menor, uma vez que anteriormente a este modelo, apenas havia a guarda unilateral, à qual não abrangia a participação dos genitores de forma igualitária na vida dos filhos.

Vale salientar que apesar de a guarda compartilhada trazer consigo a divisão do poder entre pais sobre os filhos, de forma a distribuir as responsabilidades e direitos de maneira proporcional como princípio, à sua aplicabilidade sofrerá influências específicas de cada caso. Diante disso as características das relações familiares poderão cooperar ou contrapor a sua real efetivação, já que o poder será igual para o pai e mãe, assim sendo os laços entre estes, sejam eles positivos ou negativos, exercerá repercussões significativas sobre o modelo de criação do menor.

A partir da problemática levantada por diversos estudos acerca da Guarda Compartilhada no que tange a sua aplicabilidade e efetivação, despertou-se a necessidade de realizar uma pesquisa sobre esse tipo de modalidade de guarda na cidade de Igaporã, por ser local de moradia da autora surgindo interesse de desenvolvimento da investigação para conhecimento e diagnóstico situacional.

Nessa perspectiva para melhor compreensão da temática na localidade escolhida buscou-se investigar genitores e operadores do direito para entender como o modelo de guarda é visto por quem a vivencia na prática do ponto de vista das experiências e da jurisprudência. Neste sentido o presente estudo tem por objetivos conhecer a opinião de genitores sobre o conhecimento e aceitabilidade da guarda compartilhada e analisar as perspectivas de operadores do direito sobre a guarda compartilhada na comarca de Igaporã - Bahia.

2. MATERIAL E MÉTODOS

Trata-se de um estudo empírico, descritivo, com análise quantitativa e qualitativa, desenvolvido na comarca de Igaporã-Bahia entre os meses de

setembro e outubro de 2016. A pesquisa foi dividida em duas partes com aplicabilidade em públicos diferentes.

A primeira parte do estudo composta pela análise quantitativa (bloco A) foi feita através de aplicação de questionário semi-estruturado, contendo itens de respostas variando do tipo de guarda (compartilhada ou unilateral) ou dados referente à guarda com resposta *Sim* ou *Não*, e foi aplicada aos pais em situação de separação conjugal, totalizando uma amostra de 30 pais ou mãe.

A amostra foi aleatória e intencional, sendo incluídos genitores em situação de separação conjugal com guarda dos filhos que se dispuseram participar da pesquisa e sendo excluídos aqueles que se recusaram.

Os dados do bloco A, após conferência e validação, foram digitados e tratados no programa estatístico Epi-info Version 3.5.2., onde os resultados das variáveis estudadas foram distribuídos em frequências.

A segunda etapa da análise (bloco B) foi feita com os operadores do direito através de questionário aberto com as respostas transcritas minuciosamente para composição do banco de dados compondo a parte qualitativa da presente pesquisa. A amostra foi composta por 4 profissionais, sendo 2 advogados representando a categoria composta por 6 indivíduos, uma vez que os demais não dispuseram a responder em três momentos de solicitação dos autores, 1 promotor e 1 juiz.

Os dados do bloco B foram dispostos em trecho de falas mais importantes e os entrevistados foram identificados por numeração (Operador 1, Operador 2... e assim sucessivamente).

Foi desenvolvido nos princípios éticos, no qual o participante da pesquisa teve respaldo diante do anonimato, sendo conscientizado disto, além de tomar conhecimento dos riscos da escolha pela contribuição no estudo, assim como dos benefícios da participação na pesquisa.

3. RESULTADOS E DISCUSSÃO

Para iniciar a abordagem acerca da temática aqui discutida foi feita uma breve contextualização sobre a Guarda Compartilhada. Os resultados obtidos na

presente pesquisa acerca da aplicabilidade da guarda compartilhada em Igaporã-Bahia foram dispostos em duas categorias, a saber: O conhecimento da população de pais em separação conjugal acerca da guarda compartilhada e a importância e o posicionamento dos operadores do direito.

3.1 DA GUARDA COMPARTILHADA

A guarda compartilhada é um instituto em que os filhos de pais em situação de separação conjugal, possam continuar exercendo os direitos e deveres aos seus filhos, para a tomada de decisões conjuntas em relação aos menores.

No código civil de 1916, exercia o marido o pátrio poder, aquele que tinha a guarda exclusiva dos filhos, sendo que a mulher era submetida as ordens do marido, como expõe Pereira (1910, p. 234) “O pátrio poder é o todo que resulta do conjunto dos diversos direitos que a lei concede ao pai sobre a pessoa e bens do filho famílias”.

Já no código civil de 2002, foi introduzido o novo modelo de família, o poder familiar, em que ambos os pais tem direitos e deveres com os seus filhos, exercendo de forma igualitária influência na criação do menor diante da separação conjugal.

O novo código optou por designar esse instituto como poder familiar, pecando gravemente ao mais se preocupar em retirar da expressão a palavra “pátrio”, por relacioná-la impropriamente ao pai (quando recentemente já lhe foi atribuído aos pais e não exclusivamente ao genitor), do que cuidar para incluir na identificação o seu real conteúdo, antes de poder, como visto, representa uma obrigação do pais, e não da família, como sugere o nome proposto (RODRIGUES, 2005. p. 355).

Como consta, a lei 11.698/2008, a qual foi aprovada em 13 de Junho de 2008, vigorando os direitos e deveres dos genitores que não coabitam sob o mesmo teto e consagrando o princípio da igualdade, previsto no art. 5º caput da Constituição Federal de 1988 "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de

qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do seu direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade” (BRASIL,2008).

O objetivo desse tipo de guarda é manter os laços de afetividade, buscando amenizar os efeitos que a separação pode acarretar nos filhos, ao mesmo tempo em que tenta manter de forma igualitária a função parental, consagrando o direito da criança e dos pais (MARTINS; SOLDÁ, 2010).

Em 22 de Dezembro de 2014 foi sancionada, a Lei nº 13.508/2014 em que o código civil estabelece a Guarda Compartilhada como regra, modificando os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634, determinam que a “Guarda Compartilhada é obrigatória”, havendo discordância entre os pais. Como consta sua primeira modificação, fundamenta-se no art. 1584 parágrafo 2º que se encontra da seguinte forma:

Art. 1.584 - § 2o – Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor (BRASIL, 2014).

Maria Berenice Dias (2008) expõe que cabe ao juiz esclarecer aos pais o conceito de guarda compartilhada e os benefícios da mesma fazendo com que estejam presentes de forma ativa na vida dos filhos, objetivando concretizar os direitos do menor.

Ao se buscar o cenário da guarda compartilhada no Brasil o IBGE traz estatísticas do Registro civil de 2013 até Dezembro de 2014, em que 86,3 % das mulheres possuem a guarda unilateral dos filhos, e que a guarda compartilhada é uma situação pouca observada, pouca aplicada no país, apesar de apresentar um aumento de 6,0% em 2012 para 6,8% em 2013 (BRASIL, 2013).

3.2 CONCEPÇÕES DE GENITORES EM SEPARAÇÃO CONJUGAL ACERCA DA GUARDA COMPARTILHADA

Diante da população de pais pesquisada no que concerne ao tipo de guarda que ocorre após o divórcio, dos entrevistados apenas 10% possuem a guarda compartilhada, sendo que 90% dos indivíduos possui o tipo unilateral como disposto na tabela 1.

Tabela 1 - Tipo de guarda entre pais e mães em situação de divórcio. Igaporã – Bahia - Brasil, setembro a outubro de 2016.

Tipo de guarda	n (%)
Unilateral	27 (90%)
Compartilhada	3 (10%)
Total	30 (100%)

Fonte: Dados da pesquisa. Igaporã – Bahia, 2016.

A lei [LEI Nº 11.698, DE 13 DE JUNHO DE 2008 no inciso primeiro traz a guarda unilateral como àquela que pertence a um dos genitores ou alguém que o substitua, já na compartilhada a responsabilidade pertence a ambos, mãe e pai, atribuindo poder igual para as partes](#) (BRASIL, 2008).

Destaca-se o pequeno percentual de guarda compartilhada, uma vez que para Machado e Conceição (2014), trata-se da mais evoluída de todas as guardas, pois os pais participam integralmente da vida dos filhos sendo o interesse centrado no menor. Neste sentido o modelo de guarda deve ser disseminado para conhecimento de pais em separação conjugal que passam por período de escolha do pátrio poder, para que seja o filho, o maior beneficiado diante da situação.

Para os itens relacionados a características acerca da atuação do genitor ou genitora frente à guarda, a maioria dos pesquisados evidenciaram percentuais positivos para os fatores estudados, a saber: a presença do genitor (76,3%); acerca da oferta da pensão alimentícia (76,3%); convívio dos menores com os avós

(93,3%); conhecimento da alienação parental (76,3%); no caso de formação de novas famílias a opinião de concorda com o convívio com padrasto/madrasta (73,3%) e participação da vida do menor (60%), dados dispostos na tabela 2.

Tabela 2 - Característica da guarda entre pais e mães em situação de divórcio. Igaporã – Bahia - Brasil, setembro a outubro de 2016.

Itens relacionados à guarda entre os pais	Sim	Não	Total
	n (%)	n (%)	n (%)
O genitor ou genitora é presente?	23 (76,3%)	7 (23,3%)	30 (100%)
O genitor (a) oferece pensão alimentícia?	23 (76,3%)	7 (23,3%)	30 (100%)
Os menores tem convívio com os avós paternos e maternos?	28 (93,3%)	2 (6,7%)	30 (100%)
Você conhece a alienação parental?	23 (76,3%)	7 (23,3%)	30 (100%)
Quando os genitores já possuem outra família, você concorda que seu filho tenha convívio com o padrasto ou madrasta?	22 (73,3%)	8 (26,7%)	30 (100%)
O genitor ou a genitora participa da criação, educação, lazer e saúde dos menores?	18 (60%)	12 (40%)	30 (100%)

Fonte: Dados da pesquisa. Igaporã – Bahia, 2016.

Diante dos dados supramencionados percebe-se a positividade do que foi encontrada por representação de percentual correspondente a maioria, já que segundo Martins e Soldá (2010), além de suprir as necessidades financeiras, dentre elas a alimentícia, também é fundamental haver o afeto parental, partindo dos pais e da família materna e paterna, diminuindo assim os impactos da

separação sobre a criança ou adolescente, sendo a guarda compartilhada àquela que dá condições para que isso ocorra.

No que tange a alienação parental a qual a maioria dos indivíduos entrevistados afirmam conhecer a Lei Nº 12.318, de 26 de agosto de 2010 traz que:

Art. 2º Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este (BRASIL 2010).

Em contrapartida a negatividade dos resultados no que tange a participação da vida do filho foi relativamente alta (40%), o que se torna preocupante, pois é de extrema importância para a criança e adolescente e possivelmente pode associar-se ao número elevado de guardas unilaterais (90%), variável que necessita de estudos mais minuciosos.

Ao se questionar sobre a guarda compartilhada propriamente dita a maioria da população de pais estudada, afirmaram conhecer a guarda compartilhada (70%) e concordarem com a guarda compartilhada (63,3%), como consta na tabela 3. Diante disso levanta-se questionamentos, bem como a necessidade de novos estudos mais aprofundados nesta população, já que diante destes resultados apenas 10%, dado trazido na tabela 1, utilizam esta modalidade de guarda, o que precisa de maiores discussões e pesquisas para entendimento situacional.

Tabela 3 - Conhecimento e opinião de pais e mães em situação de divórcio sobre a guarda compartilhada. Igaporã – Bahia - Brasil, setembro a outubro de 2016.

Aspectos relacionados à guarda compartilhada	Sim n (%)	Não n (%)	Total n (%)

Você conhece guarda compartilhada	21 (70%)	9 (30%)	30 (100%)
Você concorda com a guarda compartilhada?	19 (63,3%)	11 (36,7%)	30 (100%)

Fonte: Dados da pesquisa. Igaporã – Bahia, 2016.

Um estudo desenvolvido por Brito e Gonsalves (2013) identificou que a manutenção do convívio da criança com ambos os pais consistiu no principal motivo para opção da guarda compartilhada, porém apesar da maioria populacional demonstrar conhecimento da importância nas relações parentais, bem como o que é a guarda compartilhada e posicionarem a favor deste tipo de guarda, na realidade a maioria ainda possuem a guarda unilateral como vigente na comarca de Igaporã demonstrando a baixa aplicabilidade da guarda compartilhada na cidade.

Neste sentido, pode-se observar que a Guarda Compartilhada encontra-se em maior consonância com a atualidade e, se mostra mais adequada por haver uma preocupação maior quanto aos princípios da proteção integral e do melhor interesse da criança. Além de incentivar os pais a conviverem juntos, demonstrando para os filhos que estes não são culpados pela separação, evitando-se, assim, danos mais graves à criança, pois esta se sente mais protegida e menos culpada. (GALVÃO, 2012). Assim é necessária uma melhor compreensão situacional uma vez que a maioria dos entrevistados concordam com a guarda compartilhada porém não a utilizam.

3.3 A GUARDA COMPARTILHADA E A PERCEPÇÃO DOS OPERADORES DO DIREITO

A guarda compartilhada tem sido bastante discutida e são várias as opiniões dos operadores do direito, neste sentido é de grande importância a perspectiva e o papel destes indivíduos na aplicabilidade da guarda. Neste sentido ao se investigar sobre ser essa modalidade a melhor opção para criança dois

operadores responderam que existe influência no meio familiar para que de fato ela seja positiva, como pode ser visto nas falas a seguir:

Acredito que é necessário observar o ambiente familiar para chegar a uma conclusão, pois em algumas famílias esta modalidade de guarda será a melhor opção para a criança, de modo que a mesma terá a oportunidade de conviver diariamente com ambos os genitores...Ocorre que, em outros ambientes familiares é notável que a guarda compartilhada não será uma boa opção a ser aplicada devido ao meio conturbado em que vive os pais...prejudicando o desenvolvimento e a formação destas crianças (Operador 1).

Sim. Desde que estabeleça os critérios para um entendimento tranquilo entre os pais, assim, a criança terá uma maior segurança na convivência com ambos, além disso, os pais poderão participar ativamente e equitativamente no que dispõe da educação e afeto para com filho (Operador 2).

Em contrapartida dois dos operadores entrevistados responderam negativamente para guarda compartilhada como a melhor opção explícita nas falas:

Não. Porque é uma excepcionalidade, é uma maneira de o legislador amenizar os impactos da separação do casal, correto é o filho está junto com a mãe(regra), para ter uma boa educação, lazer, criação sob a convivência de seus pais (Operador 3).

Depende do perfil de cada casal de pais, no nosso interior não é a melhor opção para criança, porque vivemos em uma região onde os casais que se separam não tem conhecimento ainda do que significa o que é poder familiar, temos uma cultura machista, embora seja a regra do nosso sistema jurídico, na nossa região não se aplica

que principalmente quando há conflito entre o casal que se separa...(Operador 4).

Um estudo realizado por Ross e Baertani (2016) identificou que a modalidade de guarda compartilhada não apresentou resultados satisfatórios para minimizar os efeitos dos conflitos existentes entre os ex-cônjuges sobre a criança e ou adolescente, fazendo com que os filhos perdessem o referencial de autoridade, de lar e de segurança. Apesar da convivência com os dois genitores não havia uma rotina de entendimento mãe/pai/criança. O que corrobora com a opinião dos operadores neste estudo.

Para a aplicação da lei da guarda compartilhada mesmo com a discordância dos pais os operadores relatam em seus discursos que sim, que por regra a modalidade de guarda é aplicada por lei. Entretanto um dos operadores se posiciona frente ao questionamento remetendo a negatividade da obrigatoriedade quando não há concordância entre as partes, que acarreta negativamente a criança ou adolescente como pode ser visualizado na fala a seguir:

Sim, pode ser aplicada. Entretanto, o conflito entre pais, é um elemento negativo para a guarda compartilhada, pois, muitos acabam por questão de magoa, transformando a questão em resistência para que a criança tenha a participação igualitária dos pais (Operador 2).

O posicionamento dos juristas é respaldado no art. 1.584 §2º da Lei 13.058/2014 (BRASIL, 2014):

§2º” Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor”.

No que diz respeito ao aspecto negativo anteriormente mencionado na fala do operador, as críticas ou desvantagem, trazidas pela doutrina, correspondem à dificuldade de uma convivência harmônica entre o pai/mãe, onde um dos genitores não querem assumir a guarda do filho e até mesmo a questão da alternância de residência, que pode ocorrer devido esta ser uma possibilidade dentro do instituto (GALVÃO, 2012).

Quanto à consideração da opinião da criança para efeito de decisão judicial houve controvérsias nos discursos dos operadores, sendo que três responderam que sim e apenas um referiu que não:

Não, pois se considera que a criança não possui discernimento suficiente para escolha (Operador 1).

Sim. Em termos é claro, pois a partir de 12 anos, quando a criança entra na fase adolescência, ela tem o direito de escolher com qual dos pais pode ficar, porem, essa opinião é relativa, em razão do juiz levar em consideração o momento, a condição dos pais, e o psicológico da criança...(Operador 2).

Sim. A depender da criança, especialmente para que a justiça possa verificar os aspectos psicológicos da medida, sempre que possível fazendo constar do respectivo processo um laudo elaborado pelo profissional da psicologia infantil (Operador 3).

Pode. Desde que a criança tenha condições emocionais, psicológicas de decidir com quem ela deva ficar... Cabendo lembrar que o estatuto da criança e do adolescente diz que com idade superiora 12 anos que já é adolescente é sempre obrigatório o juiz colher a manifestação do adolescente sobre acerca com quem ele quer ficar (Operador 4).

De acordo o art.28 §1º da Lei 8.069/90 do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), que sim a criança deve ser ouvida (BRASIL, 2014, p. 18):

Art. 28 A colocação em família substituta far-se-á mediante guarda, tutela ou adoção, independentemente da situação jurídica da criança ou do adolescente, nos termos da lei.

§1º sempre que possível, a criança ou adolescente deverá ser previamente ouvido e a sua opinião devidamente considerada.

Acerca do critério para que a guarda compartilhada seja aplicada os operadores posicionaram que:

Não havendo acordo entre os pais quanto à guarda a ser aplicada no caso, o juiz usará o critério determinado por lei e aplicará o compartilhamento (Operador 1).

O entendimento entre as partes é o principal critério, porém, há uma diversidade de questões que devem ser levadas em consideração para que seja aplicada de forma justa e sabia a guarda compartilhada (Operador 2).

...a guarda compartilhada se constitui em medida excepcional, somente se aplicando quando há ruptura da convivência entre os pais... (Operador 3).

Harmonia entre o casal, que é difícil porque quando a um processo de separação sabe-se que sempre há magoas, raiva, ódio e rancores, e geralmente os pais procuram ate inconscientemente projetar esses ódio, esse estado de animo nos filhos...(Operador 4).

Nota-se que a estrutura familiar é o principal fator observado para decisão sobre guarda compartilhada segundo os operadores para que seja aplicado o melhor interesse para a criança ou adolescente.

Sim, pois possui natureza eminentemente constitucional (Operador 1).

Sim, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente esta previsto na constituição federal de 1988, em seu artigo 227, caput, e no estatuto da criança e do adolescente em seus artigos 4º caput, e 5º ... (Operador 2).

Sim. Porque a criança é, em regra, incapaz de discernir as ações e atos de ordem comportamental, sendo de imperiosa necessidade de preservar os chamados direitos fundamentais a que se faz jus a criança... (Operador 3).

O estatuto da criança e do adolescente traz que toda legislação menoril impõe a observância desse princípio o melhor interesse da criança e do adolescente mais como há o rompimento da separação que é um fato da vida não podemos negar que esse princípio fica um pouco abalado... a guarda compartilhada seria uma forma de proteção integral que a criança pudesse continuar sob a égide de ambos os pais minorando aquelas sequelas decorrentes da ruptura conjugal, mais a grande maioria dos casos... não consegue atingir esse desiderato... (Operador 4).

E na Lei nº 8.069/90 do Estatuto da criança e do adolescente em seus artigos 4º caput, e 5º. Portanto, estando previsto no ordenamento jurídico, trata-se de elemento imprescindível a ser seguido quando postos em causa os interesses da criança (BRASIL, 2014, p. 12).

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Art. 5º Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na

forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.

Quando questionados acerca da opinião sobre as consequências da guarda compartilhada os operadores expõem posicionamento tanto positivo como negativo como nas falas:

Acredito que poderá haver tanto consequências positivas quanto negativas. As crianças terão a oportunidade de continuar convivendo diariamente com seus pais, proporcionando a estes meios de participar ativamente da vida de seus filhos. Quanto as consequências negativas, acredito que sendo imposta a guarda compartilhada em um meio não apropriado, poderá haver um mal desenvolvimento da criança que cresce muitas vezes com traumas (Operador 1).

As consequências ou efeitos da guarda compartilhada são positivas, desde que exista um entendimento entre os pais... Na questão negativa, havendo um conflito entre os pais, a criança acaba ficando em uma divisória, tendo que conviver com os aborrecimentos e divergências dos pais...(Operador 2)

Com a aplicação da guarda compartilhada os pais, como consta do mencionado instituto, passam a ter os mesmos direitos de acesso e convivência direta com a criança, sendo importante que dita convivência, seja exercida dentro do mais profundo equilíbrio e harmonia (Operador 3).

Pressupõe que ambos os pais exerçam o poder familiar não há divisão do poder familiar, as obrigações são equitativas...inclusive alimentares de acordo as condições financeiras... (Operador 4)

Em confronto ao que foi evidenciado pelos operadores que apresentaram pontos negativos como conseqüências da guarda compartilhada Galvão (2012) traz que não se pode justificar os conflitos pelo tipo de guarda adotada, pois estes são inerentes ao homem, sendo este o único capaz de solucionar qualquer controvérsia existente na sua vida conjugal ou, até mesmo após a sua ruptura. Assim sendo a Guarda Compartilhada encontra-se em maior consonância com a atualidade e, se mostra mais adequada, por haver uma preocupação maior quanto aos princípios da proteção integral e do melhor interesse da criança.

Todavia, a aplicabilidade da Guarda Compartilhada é suscetível ha alguns fatores, em razão da cultura existente, pois, como já expocado, a cidade onde foi realizada a pesquisa, teve um índice pequeno de aplicação da guarda compartilhada, isso se deve, a necessidade da criança está sempre ao lado da mãe, e quando ocorre a ruptura do relacionamento conjugal seja por qualquer circunstância, os pais não mantem um relacionameto amigável, em vista disto, os genitores saem de casa, se isolam do âmbito familiar, ou mesmo remetem para outra cidade para não manter convívio com sua ex-conjuge, portanto, não colocam o convívio com os filhos com prioridade, até mesmo, impõem como algo que atrapalhe sua vida a partir da separação.

Ressalta ainda, que muitos após a separação, se abstem do cumprimento de sua obrigação alimentar, e por consequencia deixam de exercer também o seu direito de convívio com a criança.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Evidencia-se a baixa aplicabilidade do modelo de guarda compartilhada na comarca de Igaporã, onde apesar de concordarem com a modalidade aqui discutida bem como conhecerem em sua maioria os genitores em grande parte possuem guarda unilateral, além disso, os operadores do direito apontam pontos positivos e negativos para este tipo de guarda, fato que direciona a necessidade de estudos que contemple novas vertentes mais minuciosas acerca da temática na cidade estudada, buscando para o município a mais acertada alternativa com vistas ao melhor interesse do menor.

A pesquisa se limitou no que se refere à participação de maior público, porém traz contribuições significativas uma vez que revela olhares acerca da

guarda compartilhada que tem sido tão discutida e que ainda merece novos estudos para elucidação de lacunas tão questionadas na área do direito.

Por se tratar de um tema que está sendo constantemente debatido, mesmo que pouco compreendido, principalmente no que tange aos impactos sociais trazidos na vida das crianças e adolescentes, é que pode se tomar como apoio, as palavras de Levy (2008, p.54), onde expõe que “o modelo de guarda compartilhada tem um importante papel para reduzir os danos sofridos pelos filhos em razão da ruptura conjugal”.

REFERÊNCIAS

1- BRASIL. **Estatísticas do registro Civil 2013- IBGE**. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/imprensa/ppts/00000019925012122014502109119665.pdf>. Acessado em 24 Set 2016.

2- BRASIL. Estatuto da criança e do adolescente e legislação correlata [recurso eletrônico] : Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990, e legislação correlata. – 12. ed. – Brasília : Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2014. 241 p. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/responsabilidade-social/acessibilidade/legislacao-pdf/estatuto-da-crianca-e-do-adolescente>. Acessado em 13 Out 2016.

3- BRASIL, Presidência da República, Casa Civil. **LEI Nº 11.698, DE 13 DE JUNHO DE 2008**. Altera os arts. 1.583 e 1.584 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada. Brasília – DF, 13 DE JUNHO DE 2008. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2007-2010/2008/Lei/L11698.htm. Acessado em 24 Set 2016.

4- BRASIL, Presidência da República, Casa Civil. Lei Nº 12.318, de 26 de agosto de 2010. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm. Acessado em 24 de Out 2016.

5- BRASIL, Presidência da República, Casa Civil. **LEI Nº 13.058, DE 22 DE DEZEMBRO DE 2014**. Altera os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispor sobre sua aplicação. Brasília - DF, 22 de dezembro de 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2014/Lei/L13058.htm. . Acessado em 24 de outubro de 2016.

6- BRITO, L. M. T.; GONSALVES, E. N.. Guarda compartilhada: alguns argumentos e conteúdos da jurisprudência. **Rev. direito GV**, São Paulo , v. 9, n. 1, p. 299-317, June 2013 . Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322013000100011&lng=en&nrm=iso . Acessado em 24 Out. 2016.

7- DIAS, M. B. **Guarda Compartilhada. Revista jurídica Consulex**. Brasília, DF: Consulex, v.12, n.275, 30 jun 2008, p26.

8- GALVÃO, J. S. G. Guarda compartilhada: Uma análise de compatibilidade frente ao princípio da proteção integral. SynThesis **Revista Digital FAPAM**, Pará de Minas, n.3, 86 - 98, abr. 2012. Disponível em: <http://fapam.web797.kinghost.net/revista/volume3/8%20Jaqueline%2086%20-%2098.pdf>. Acessado em 15 de Set 2016.

9- LEVY, Fernanda Rocha Lourenço. **Guarda de filhos: os conflitos no exercício do poder familiar**. São Paulo: Atlas, 2008, p.54.

10- MACHADO, J. C.; CONCEIÇÃO, G. A Possibilidade de Fixação da Guarda Compartilhada nas Famílias Homoafetivas. **Revista Eletrônica de Iniciação Científica**. Itajaí, Centro de Ciências Sociais e Jurídicas da UNIVALI. v. 5, n.2, p. 277-296, 2º Trimestre de 2014. Disponível em: www.univali.br/ricc. Acesso em 5 Set 2016.

11- MARTINS, P. C. R.; SOLDÁ, A. M. O princípio do melhor interesse da criança e

A guarda compartilhada. **Revista Científica do ITPAC**. Volume 3. Número 3. Julho de 2010.

12- PEREIRA, L. **Direitos de família**. Rio de Janeiro: Fonseca Filho, 1910, p. 234

13- RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: direito de família**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 355

14- ROSS, M. M.; BERTANI, B. C. A Guarda Compartilhada Frente aos Enunciados da Lei nº 13.058/14. **Revista Destaques Acadêmicos**, Lajeado, v. 8, n. 2, 2016. Disponível em: <http://www.univates.br/revistas/index.php/destaques/article/viewFile/1024/1011>. Acessado em 10 Set 2016.

NOTAS:

[1] Advogado, Msc. em Direito. Docente da Faculdade Guanambi – FG.

A PATERNIDADE SOCIOAFETIVA NA SOCIEDADE BRASILEIRA CONTEMPORÂNEA.

EDUARDO HENRIQUE FERREIRA: Advogado da União. Bacharelado em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia. Pós-graduado em Direito Constitucional pelo Complexo Educacional Damásio de Jesus.

RESUMO: O presente artigo tem por escopo estabelecer os contornos do *instituto da família* no atual contexto social, à luz do artigo 226 da Constituição Federal, bem como elucidar o conceito de paternidade socioafetiva frente à evolução da sociedade, cada vez mais presente e tutelado pelo Direito de Família. Objetiva-se, após uma análise inicial sobre os temas objetos do estudo, expor os entendimentos jurisprudenciais sobre a matéria e a sua evolução no intuito de acompanhar a realidade fática.

Palavras-chave: Direito de Família, conceito de família, paternidade biológica, paternidade socioafetiva, registro.

SUMÁRIO: RESUMO INTRODUÇÃO 1.A EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE FAMÍLIA 2.A PATERNIDADE E O ESTADO DE FILIAÇÃO 3.PATERNIDADE BIOLÓGICA x PATERNIDADE SOCIOAFETIVA CONCLUSÃO BIBLIOGRAFIA

INTRODUÇÃO

Com o advento da Constituição Federal de 1988 e, alguns anos depois, do Código Civil de 2002, o Direito Civil como um todo passou por relevantes transformações, sobretudo no tocante ao Direito de Família.

De fato, no Código Civil de 1916, a instituição familiar era fundada exclusivamente no casamento, única forma de constituir família; eminentemente patriarcal e hierarquizada, consagrando o homem como chefe em uma *relação de verticalidade*; unicamente biológica, do que decorria a distinção entre filhos *biológicos e adotivos, legítimos e ilegítimos, etc.; heteroparental*, visto que,

por ser biológica, era necessariamente composta por um homem e uma mulher; e um instituto com fim em si mesmo.

Atentos à evolução da sociedade, o legislador constituinte, na Constituição Federal de 1988, e o legislador ordinário, no Código Civil de 2002, consagraram as transformações sociais no Direito positivo, conferindo à família um caráter pluralista, podendo ser constituída não só pelo *casamento*, mas também de outras formas, tais como a *união estável*, a *formação monoparental* e *anaparental*, etc.; *igualitário*, não havendo mais verticalidade na relação familiar, mas sim igualdade substancial; *democrático*; *biológico e socioafetivo*, tornando prescindível o vínculo genético para o seu reconhecimento; *heteroparental*, *homoparental* ou *monoparental*; e *instrumental* ou *eudemonista*, deixando de ser um fim em si mesmo, passando a se conceber a *família* como um meio de proteger a pessoa humana e assegurar a realização pessoal de cada um de seus componentes.

Nesse contexto se insere a *paternidade socioafetiva*, que, ao lado da paternidade biológica, possibilita o reconhecimento do vínculo familiar com fundamento no *afeto* e independentemente de laços genéticos, dando ensejo a relevantes debates sobre a relação entre as duas formas de constituição da família.

1. A EVOLUÇÃO DO CONCEITO DE FAMÍLIA

O conceito de família é uma construção cultural e, portanto, suscetível de alterações no tempo e no espaço. Em razão dessa fluidez, é relevante estabelecer paradigmas no Direito de Família.

O Código Civil de 1916 e as leis editadas durante a sua vigência disciplinavam a família por meio do casamento, de forma *patriarcal*, *hierarquizada* e *heteroparental*. Apenas mais recentemente, no final do Século XX, é que novos elementos foram acrescentados à instituição familiar, como o reconhecimento dos vínculos afetivos, que deu ensejo a diversas transformações, entre elas a formação da família *socioafetiva*, a *igualdade* entre filhos biológicos e adotivos e o *reconhecimento* da *família homoparental*.

Com a Constituição Federal de 1988, inaugurou-se uma nova escala de valores, à luz da *dignidade da pessoa humana*, com três eixos fundamentais: a) a entidade familiar é *plural* e não mais singular, possuindo várias formas de constituição (art. 226 da CF); b) alteração do sistema de filiação, *coibindo-se* menções discriminatórias decorrentes do fato de ter a

concepção ocorrido no âmbito ou externamente ao casamento (art. 227, § 6º, da CF); e c) consagração do princípio da *igualdade* entre homens e mulheres (art. 5º, I, e 226, § 5º, da CF).

Outro ponto positivo da Lei Maior de 1988 foi a abertura de caminhos à formação da entidade familiar, sob a valorização do *planejamento familiar*, com respaldo nos princípios da *dignidade humana* e na *paternidade responsável* para equacionar o dilema da *limitação da natalidade*.

Como exemplo da abertura do conceito de família, cite-se o Enunciado nº 364 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, que prevê que “o conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas”. Assim, a pessoa sozinha, denominada *single*, embora não seja família de si mesma, merece a proteção do *bem de família*.

Assim, profundas modificações foram inseridas no conceito de família, ampliando-o consideravelmente, nele se assentando a regulamentação da *união estável* como *entidade familiar*, revisadas normas de contestação da *legitimidade* do filho; reafirmada a *igualdade* entre os filhos em direitos e qualificações; atenuado o princípio da *imutabilidade* do regime de bens no casamento; imposto *limite* ao parentesco, na linha colateral, até o quarto grau; reformado o instituto da *adoção*; e disciplinada a dissolução da sociedade conjugal em virtude da revogação tácita das normas materiais da Lei do Divórcio (Lei 6.515/77).

As relativas ao direito de família implementadas pela Constituição Federal de 1988 e pelo Código Civil de 2002 atestam a *função social* desempenhada pela Família, possuindo como marco inicial a proclamação de igualdade absoluta dos cônjuges e dos filhos.

2. A PATERNIDADE E O ESTADO DE FILIAÇÃO

Sobre a paternidade e o estado de filiação, impende salientar a *igualdade* entre os filhos consagrada na Constituição Federal de 1988 e no Código Civil de 2002, alijando a antiga noção de filhos *legítimos* e *ilegítimos*.

Nesse sentido são os arts. 227, § 6º, da Constituição Federal e 1.596 do Código Civil:

Ar. 227, CF. (...)

§ 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Art. 1.596. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Superou-se, assim, a antiga dicotomia discriminatória que distinguia os filhos concebidos no âmbito da relação conjugal e aqueles havidos fora dela.

O reconhecimento da filiação pode ocorrer de forma voluntária ou mediante provocação judicial.

O reconhecimento voluntário ou espontâneo da filiação, denominado *perfilhação*, ocorre, em regra, extrajudicialmente, sobretudo nos casos de filhos havidos fora do casamento, uma vez que há presunção relativa de que aqueles concebidos no âmbito do casamento sejam filhos do cônjuge, nos termos do art. 1.597 do Código Civil. Veja-se:

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

I — nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal;

II — nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento;

III — havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

IV — havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;

V — havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido

O inciso I estabelece a presunção em favor dos filhos nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de iniciada a convivência conjugal, considerando o tempo natural de gestação e que a noiva já poderia ter casado grávida.

A seu turno, o inciso II estabelece um prazo maior, com o fim de abranger todo o período gestacional, tendo em vista que a concepção pode ocorrer no último dia antes da dissolução da sociedade conjugal.

Os incisos III, IV e V referem-se à inseminação artificial. A fecundação artificial *homóloga* é a provida com material genético de ambos os cônjuges, razão pela qual são presumidamente concebidos na constância do casamento os filhos havidos desta forma, mesmo que falecido o marido, e a qualquer tempo, no caso de *embriões excedentários*. No tocante à concepção artificial heteróloga, que utiliza material genético de terceiro, só incidirá a presunção se existente prévia autorização do marido.

O reconhecimento *voluntário* configura ato formal, de livre vontade, irretratável, incondicional e personalíssimo.

De outro lado, o reconhecimento *judicial* da paternidade decorre da denominada ação investigatória, pretensão imprescritível, nos termos do art. 27 da Lei 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente).

Art. 27. O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça.

Nesse ponto, ganha relevo a Lei 8.560/92, que regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento, segundo a qual o reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é *irrevogável* e será feito: a) no registro de nascimento; b) por escritura pública ou escrito particular, a ser arquivado em cartório; c) por testamento, ainda que incidentalmente manifestado; e d) por manifestação expressa e direta perante o juiz, ainda que o reconhecimento não haja sido o objeto único e principal do ato que o contém.

Fenômeno que ganha cada vez mais destaque na sociedade contemporânea é o da paternidade socioafetiva, fundamentada no princípio do afeto, que possibilita o reconhecimento da paternidade fora das hipóteses tradicionais previstas em lei.

Sobre o tema, Pablo Stolze Gagliano elucida que:

“O que vivemos hoje, no moderno Direito Civil, é o reconhecimento da importância da paternidade (ou maternidade) biológica, mas sem fazer prevalecer a verdade genética sobre a afetiva, ou seja, situações há em que a filiação é, ao longo do tempo, construída com base na socioafetividade, independentemente de vínculo genético, prevalecendo em face da própria verdade biológica.

Estamos, pois, a tratar da paternidade ou maternidade socioafetiva, que reputamos a face mais encantadora do nosso atual Direito de Família, com reflexos na própria jurisprudência do STJ:

(...)

Da mesma forma, também já se reconheceu a maternidade socioafetiva.

Por tudo isso, já se fala, nos dias de hoje, para situações consolidadas no afeto e ao longo do tempo, na possibilidade de se ajuizar ação de investigação de paternidade socioafetiva, (...).

A ideia já está consagrada, há algum tempo, na sabedoria popular, na afirmação, tantas vezes ouvida, de que “pai é quem cria”.

E é isso mesmo.

PAI ou MÃE, em sentido próprio, é quem não vê outra forma de vida, senão amando o seu filho.

Independentemente do vínculo sanguíneo, o vínculo do coração é reconhecido pelo Estado com a consagração jurídica da “paternidade socioafetiva”.

E, nessa linha, é possível, do ponto de vista fático e – por que não dizer? – jurídico, o reconhecimento de uma pluralidade de laços afetivos, com a eventual admissão de uma multiparentalidade”^[1].

No mesmo sentido é a cátedra de Maria Berenice Dias:

“A filiação que resulta da posse do estado de filho constitui modalidade de parentesco civil de “outra origem”, isto é, de origem afetiva (CC 1.593). A filiação socioafetiva corresponde à verdade aparente e decorre do direito à filiação. A consagração da afetividade como direito fundamental subtrai a resistência em admitir a igualdade entre a filiação biológica e a socioafetiva.

A necessidade de manter a estabilidade da família faz com que se atribua papel secundário à verdade biológica. A constância social da relação entre pais e filhos caracteriza uma paternidade que existe não pelo simples fato biológico ou por força de presunção legal, mas em decorrência de uma convivência afetiva. Constituído o vínculo de parentalidade, mesmo quando desligado da verdade biológica, prestigia-se a situação que preserva o elo da afetividade. Pai afetivo é aquele que ocupa, na vida do filho, o lugar do pai (a função). É uma espécie de adoção de fato. É aquele que ao dar abrigo, carinho, educação, amor... ao filho, expõe o foro mínimo da filiação, apresentando-se em todos os momentos, inclusive naqueles em que se toma a lição de casa e/ou verifica o boletim escolar. Enfim, é o pai das emoções, dos sentimentos e é o filho do olhar embevecido que reflete aqueles sentimentos que sobre ele se projetam...”[2].

Destaque-se, inclusive, o teor do Enunciado nº 341 da IV Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, segundo o qual a obrigação alimentar pode decorrer da relação socioafetiva.

ENUNCIADO Nº 341: Para os fins do art. 1.696, a relação socioafetiva pode ser elemento gerador de obrigação alimentar.

Feitos os esclarecimentos preliminares, cumpre investigar a relação da paternidade biológica com a paternidade socioafetiva no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro.

3. PATERNIDADE BIOLÓGICA x PATERNIDADE SOCIOAFETIVA

De início, cumpre destacar que pende controvérsia acerca da prevalência da paternidade socioafetiva em detrimento da paternidade biológica, tendo o Supremo Tribunal Federal reconhecido repercussão geral sobre o tema no Agravo em Recurso Extraordinário nº 692.186, de relatoria do Ministro Luiz Fux, sobrestando-se os recursos que envolvem a mesma questão.

Confirmam-se as ementas do recurso extraordinário em tela e de *decisum* do Superior Tribunal de Justiça que determinou o sobrestamento de feito com idêntica controvérsia:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DIREITO CIVIL. AÇÃO DE ANULAÇÃO DE ASSENTO DE

NASCIMENTO. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. IMPRESCRITIBILIDADE. RETIFICAÇÃO DE REGISTRO. PATERNIDADE BIOLÓGICA. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. CONTROVÉRSIA GRAVITANTE EM TORNO DA PREVALÊNCIA DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA EM DETRIMENTO DA PATERNIDADE BIOLÓGICA. ART. 226, CAPUT, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PLENÁRIO VIRTUAL. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. (ARE 692186 RG, Relator(a): Min. LUIZ FUX, julgado em 29/11/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-034 DIVULG 20-02-2013 PUBLIC 21-02-2013)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO DE ANULAÇÃO DE ASSENTO DE NASCIMENTO. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. IMPRESCRITIBILIDADE. RETIFICAÇÃO DE REGISTRO. PATERNIDADE BIOLÓGICA. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. CONTROVÉRSIA GRAVITANTE EM TORNO DA PREVALÊNCIA DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA EM DETRIMENTO DA PATERNIDADE BIOLÓGICA. RECONHECIMENTO DA REPERCUSSÃO GERAL. SOBRESTAMENTO. TEMA 622/STF.

1. O Supremo Tribunal Federal, ao examinar o ARE n. 692.186/PB, posteriormente reatuado como RE n. 841.528/PB, e substituído pelo RE n. 898.060/SC, decidiu que possui repercussão geral a discussão quanto à prevalência da paternidade socioafetiva em detrimento da paternidade biológica (Tema 622/STF).

2. Em obediência ao art. 1.030, inciso III, do novo Código de Processo Civil, c/c. o art. 328-A do RISTF, impõe-se a manutenção do sobrestamento do presente recurso extraordinário até o julgamento do mérito do Tema.

Agravo interno improvido.

(AgInt no RE nos EDcl no REsp 1417598/CE, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, CORTE ESPECIAL, julgado em 16/11/2016, DJe 24/11/2016)

Não obstante, cumpre registrar que existe precedente do Superior Tribunal de Justiça reconhecendo a preponderância da paternidade socioafetiva sobre a biológica em situação na qual o pai biológico, após se omitir na assunção da paternidade, pretende a anulação do registro civil no qual consta o pai socioafetivo:

PROCESSUAL CIVIL. CIVIL. RECURSO ESPECIAL. REGISTRO CIVIL. ANULAÇÃO PEDIDA POR PAI BIOLÓGICO. LEGITIMIDADE ATIVA. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. PREPONDERÂNCIA.

1. A paternidade biológica não tem o condão de vincular, inexoravelmente, a filiação, apesar de deter peso específico ponderável, ante o liame genético para definir questões relativas à filiação.

2. Pressupõe, no entanto, para a sua prevalência, da concorrência de elementos imateriais que efetivamente demonstram a ação volitiva do genitor em tomar posse da condição de pai ou mãe.

3. A filiação socioafetiva, por seu turno, ainda que despida de ascendência genética, constitui uma relação de fato que deve ser reconhecida e amparada juridicamente. Isso porque a parentalidade que nasce de uma decisão espontânea, frise-se, arrimada em boa-fé, deve ter guarida no Direito de Família.

4. Nas relações familiares, o princípio da boa-fé objetiva deve ser observado e visto sob suas funções integrativas e limitadoras, traduzidas pela figura do *venire contra factum proprium* (proibição de comportamento contraditório), que exige coerência comportamental daqueles que buscam a tutela jurisdicional para a solução de conflitos no âmbito do Direito de Família.

5. Na hipótese, a evidente má-fé da genitora e a incúria do recorrido, que conscientemente deixou de agir para tornar pública sua condição de pai biológico e, quiçá, buscar a construção da necessária paternidade socioafetiva, toma-lhes o direito de se insurgirem contra os fatos consolidados.

6. A omissão do recorrido, que contribuiu decisivamente para a perpetuação do engodo urdido pela mãe, atrai o entendimento de que a ninguém é dado alegrar a própria torpeza em seu proveito (*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*) e

faz fenecer a sua legitimidade para pleitear o direito de buscar a alteração no registro de nascimento de sua filha biológica.

7. Recurso especial provido.

(REsp 1087163/RJ, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/08/2011, DJe 31/08/2011)

Em que pese a natural existência de pontos controversos, pela matéria, surgem várias questões sobre a paternidade socioafetiva.

O Superior Tribunal de Justiça possui jurisprudência dominante no sentido de que é admitida a desconstituição do registro quando a paternidade registral não condiz com a biológica, declarada pelo indivíduo durante união estável estabelecida com a genitora, crendo ser o pai biológico, mediante erro, desde que não tenha criado vínculo de afetividade com a criança, visto que não é possível obrigar o pai registral que, mediante erro substancial, manteve relação de afeto decorrente de vício de consentimento, sem que voluntária e conscientemente tenha assentido. A propósito:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. 1. PREFACIAL. PAI REGISTRAL INTERDITADO. DEMANDA AJUIZADA POR CURADOR. REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL. POSSIBILIDADE. 2. MÉRITO. DECLARANTE, SOB A PRESUNÇÃO *PATER IS EST*, INDUZIDO A ERRO. VERIFICAÇÃO. RELAÇÕES DE AFETO ESTABELECIDAS ENTRE PAI E FILHO REGISTRAM CALCADAS NO VÍCIO DE CONSENTIMENTO ORIGINÁRIO. ROMPIMENTO DEFINITIVO. FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA. NÃO CONFIGURAÇÃO. 3. GENITORA QUE SE RECUSA A REALIZAR O EXAME DE DNA NA FILHA. PONDERAÇÃO DE INTERESSES E DAS DEMAIS PROVAS DOS AUTOS. 4. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

1. O curador atua como representante processual do titular do direito material, não podendo ser confundido com o substituto processual. O fundamento de que o curador não possui legitimidade para ajuizar a ação de impugnação de registro não prospera, pois não é

parte da demanda, mas atua em juízo para suprir a incapacidade processual do pai registral interdito.

2. É possível a desconstituição do registro quando a paternidade registral, em desacordo com a verdade biológica, efetuada e declarada por indivíduo que, na fluência da união estável estabelecida com a genitora da criança, acredita, verdadeiramente, ser o pai biológico desta (incidindo, portanto, em erro), sem estabelecer vínculo de afetividade com a infante. Não se pode obrigar o pai registral, induzido a erro substancial, a manter uma relação de afeto, igualmente calcada no vício de consentimento originário, impondo-lhe os deveres daí advindos, sem que, voluntária e conscientemente, o queira. A filiação socioafetiva pressupõe a vontade e a voluntariedade do apontado pai de ser assim reconhecida juridicamente, circunstância, inequivocamente, ausente na hipótese dos autos. A socioafetividade se consolidaria caso o demandante, mesmo após ter obtido ciência da verdade dos fatos, ou seja, de que não é pai biológico da requerida, mantivesse com esta, voluntariamente, o vínculo de afetividade, sem o vício que o inquinava.

3. Nas situações em que a genitora é quem se recusa a realizar o exame de DNA na filha, não é aplicável o enunciado n. 301 da Súmula de Jurisprudência do STJ. Controvérsia que deve ser solucionada a partir da ponderação dos melhores interesses da descendente, levando-se em consideração a eficácia probatória da negativa da mãe, de acordo com as demais provas dos autos, já que inadmissível a produção compulsória do exame. Diante das peculiaridades do caso, notadamente em face da comprovação da inexistência da afetividade paterno-filial e da ausência de interesse em construí-la, impositiva a desconstituição do registro.

4. Recurso especial desprovido.

(REsp 1508671/MG, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/10/2016, DJe 09/11/2016)

No caso em exame, o Egrégio Tribunal concluiu que, para o reconhecimento da paternidade socioafetiva, é imprescindível a vontade e a voluntariedade do pai, as quais não restaram demonstradas na hipótese.

Impende destacar, no entanto, que foi decidido, em *obter dictum*, que a socioafetividade seria considerada se o pretense pai, após obter ciência de que não é pai biológico, mantivesse voluntariamente e conscientemente o vínculo de afetividade.

Outra questão bastante discutida no âmbito da paternidade socioafetiva é a possibilidade de sua consolidação em se tratando da prática denominada “adoção à brasileira”, consistente em registrar, de forma ilícita, filho alheio como próprio, sem observância dos procedimentos atinentes à adoção.

O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento consolidado no sentido de que a “adoção à brasileira”, em que pese a sua ilicitude, pode dar origem ao vínculo socioafetivo entre o pai de registro e o filho registrado, o qual prevalece em detrimento da ausência de vínculo biológico.

Segundo Maria Berenice Dias:

“A chamada “adoção à brasileira” também constitui vínculo de filiação socioafetiva. Ainda que registrar filho alheio como próprio configure delito contra o estado de filiação (CP 242), nem por isso deixa de produzir efeitos, não podendo gerar irresponsabilidades ou impunidades. Como foi o envolvimento afetivo que gerou a posse do estado de filho, o rompimento da convivência não apaga o vínculo de filiação que não pode ser desconstituído. Assim, se depois do registro, separam-se os pais, nem por isso desaparece o vínculo de parentalidade. Persistindo a certeza de quem é o pai, ou seja, mantida a posse do estado de filiação, não há como desconstituir o registro” [3].

No seguinte precedente, decidiu-se que o vínculo socioafetivo entre o pai de registro, que se relacionava com a mãe biológica, e o filho registrado pela prática de “adoção à brasileira”, ainda que fundada em “piedade”, não configura negócio jurídico passível de distrato ou submetido a condição resolutiva consistente no término do relacionamento com a genitora:

RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO AO ART. 535, II DO CPC/1973. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. RECONHECIMENTO ESPONTÂNEO DA PATERNIDADE PELO COMPANHEIRO DA MÃE. INEXISTÊNCIA DE ERRO SUBSTANCIAL QUANTO À PESSOA. FORMAÇÃO DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. IMPOSSIBILIDADE DE ANULAÇÃO DO REGISTRO. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. SIMILITUDE FÁTICA NÃO COMPROVADA.

1. Não há violação ao artigo 535, II, do CPC/1973, quando embora rejeitados os embargos de declaração, a matéria em exame foi devidamente enfrentada pelo Tribunal de origem, que emitiu pronunciamento de forma fundamentada, ainda que em sentido contrário à pretensão da recorrente.

2. A "adoção à brasileira", ainda que fundamentada na "piedade" e muito embora seja expediente à margem do ordenamento pátrio, quando se fizer fonte de vínculo socioafetiva entre o pai de registro e o filho registrado, não consubstancia negócio jurídico sujeito a distrato por mera liberalidade, tampouco avença submetida à condição resolutiva, consistente no término do relacionamento com a genitora.

3. Em conformidade com os princípios do Código Civil de 2002 e da Constituição Federal de 1988, o êxito, em ação negatória de paternidade, depende da demonstração, a um só tempo, da inexistência de origem biológica e também de que não tenha sido constituído o estado de filiação, fortemente marcado pelas relações socioafetivas e edificado, na maioria das vezes, na convivência familiar.

4. Nos casos em que inexistente erro substancial quanto à pessoa dos filhos reconhecidos, não tendo o pai falsa noção a respeito das crianças, não será possível a alteração desta situação, ainda que seja realizada prova da filiação biológica com resultado negativo.

5. Em linha de princípio, somente o pai registral possui legitimidade para a ação na qual se busca impugnar a paternidade - usualmente denominada de ação negatória de paternidade -, não

podendo ser ajuizada por terceiros com mero interesse econômico. (REsp 1412946/MG, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 17/03/2016, DJe 22/04/2016)

6. A interposição recursal com base na alínea "c" do permissivo constitucional exige a demonstração analítica da alegada divergência, fazendo-se necessária a transcrição dos trechos que configurem o dissenso e a menção às circunstâncias que identifiquem os casos confrontados.

7. Recurso especial provido.

(REsp 1333360/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 18/10/2016, DJe 07/12/2016)

Em sentido contrário, no REsp 1.330.404/RS, de relatoria do Ministro Marco Aurélio Bellize, decidiu-se que se o pai registral, sob a presunção *pater is est*, foi induzido a erro, o vínculo socioafetivo entre pai e filho registrais foi inteiramente embasado no vício de consentimento originário e houve o rompimento da relação afetiva logo após o conhecimento da verdade dos fatos, não há configuração da paternidade socioafetiva:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. 1. PREFACIAL. PRINCÍPIOS DA CONCENTRAÇÃO DA DEFESA NA CONTESTAÇÃO E DA ADSTRIÇÃO. VIOLAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. EMENDA DA INICIAL, AQUIESCIDA PELA PARTE REQUERIDA, COM REITERAÇÃO DAS MATÉRIAS DE DEFESAS DESENVOLVIDAS NO CURSO DO PROCESSO. 2. MÉRITO. DECLARANTE, SOB A PRESUNÇÃO *PATER IS EST*, INDUZIDO A ERRO. VERIFICAÇÃO. RELAÇÃO DE AFETO ESTABELECIDADA ENTRE PAI E FILHO REGISTRAIS CALCADA NO VÍCIO DE CONSENTIMENTO ORIGINÁRIO. ROMPIMENTO DEFINITIVO. FILIAÇÃO SOCIOAFETIVA. NÃO CONFIGURAÇÃO. 3. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

(...)

2. A controvérsia instaurada no presente recurso especial centra-se em saber se a paternidade registral, em desacordo com a verdade biológica, efetuada e declarada por indivíduo que, na fluência da união estável estabelecida com a genitora da criança,

acredita, verdadeiramente, ser o pai biológico desta (incidindo, portanto, em erro), daí estabelecendo vínculo de afetividade durante os primeiros cinco/seis anos de vida do infante, pode ou não ser desconstituída.

2.1. Ao declarante, por ocasião do registro, não se impõe a prova de que é o genitor da criança a ser registrada. O assento de nascimento traz, em si, esta presunção, que somente pode vir a ser ilidida pelo declarante caso este demonstre ter incorrido, seriamente, em vício de consentimento, circunstância, como assinalado, verificada no caso dos autos. Consta-se, por conseguinte, que **a simples ausência de convergência entre a paternidade declarada no assento de nascimento e a paternidade biológica, por si, não autoriza a invalidação do registro. Ao marido/companheiro incumbe alegar e comprovar a ocorrência de erro ou falsidade, nos termos dos arts. 1.601 c.c 1.604 do Código Civil. Diversa, entretanto, é a hipótese em que o indivíduo, ciente de que não é o genitor da criança, voluntária e expressamente declara o ser perante o Oficial de Registro das Pessoas Naturais ("adoção à brasileira"), estabelecendo com esta, a partir daí, vínculo da afetividade paterno-filial. A consolidação de tal situação (em que pese antijurídica e, inclusive, tipificada no art. 242, CP), em atenção ao melhor e prioritário interesse da criança, não pode ser modificada pelo pai registral e socioafetivo, afigurando-se irrelevante, nesse caso, a verdade biológica.** Jurisprudência consolidada do STJ.

2.2. A filiação socioafetiva, da qual a denominada adoção à brasileira consubstancia espécie, detém integral respaldo do ordenamento jurídico nacional, a considerar a incumbência constitucional atribuída ao Estado de proteger toda e qualquer forma de entidade familiar, independentemente de sua origem (art. 227, CF).

2.3. O estabelecimento da filiação socioafetiva perpassa, necessariamente, pela vontade e, mesmo, pela voluntariedade do apontado pai, ao despende afeto, de ser reconhecido como tal. É dizer: as manifestações de afeto e carinho por parte de pessoa próxima à criança somente terão o condão de convolarem-se numa relação de filiação, se, além da caracterização do estado de posse de filho, houver, por parte daquele que despense o afeto, a clara e inequívoca

intenção de ser concebido juridicamente como pai ou mãe daquela criança. Portanto, a higidez da vontade e da voluntariedade de ser reconhecido juridicamente como pai, daquele que despande afeto e carinho a outrem, consubstancia pressuposto à configuração de toda e qualquer filiação socioafetiva. Não se concebe, pois, a conformação desta espécie de filiação, quando o apontado pai incorre em qualquer dos vícios de consentimento. **Na hipótese dos autos, a incontroversa relação de afeto estabelecida entre pai e filho registrai (durante os primeiros cinco/seis anos de vida do infante), calcada no vício de consentimento originário, afigurou-se completamente rompida diante da ciência da verdade dos fatos pelo pai registral, há mais de oito anos. E, também em virtude da realidade dos fatos, que passaram a ser de conhecimento do pai registral, o restabelecimento do aludido vínculo, desde então, nos termos deduzidos, mostrou-se absolutamente impossível.**

2.4. Sem proceder a qualquer consideração de ordem moral, não se pode obrigar o pai registral, induzido a erro substancial, a manter uma relação de afeto, igualmente calcada no vício de consentimento originário, impondo-lhe os deveres daí advindos, sem que, voluntária e conscientemente, o queira. Como assinalado, a filiação socioafetiva pressupõe a vontade e a voluntariedade do apontado pai de ser assim reconhecido juridicamente, circunstância, inequivocamente, ausente na hipótese dos autos. **Registre-se, porque relevante: Encontrar-se-ia, inegavelmente, consolidada a filiação socioafetiva, se o demandante, mesmo após ter obtido ciência da verdade dos fatos, ou seja, de que não é pai biológico do requerido, mantivesse com este, voluntariamente, o vínculo de afetividade, sem o vício que o inquinava.**

2.5. Cabe ao marido (ou ao companheiro), e somente a ele, fundado em erro, contestar a paternidade de criança supostamente oriunda da relação estabelecida com a genitora desta, de modo a romper a relação paterno-filial então conformada, deixando-se assente, contudo, a possibilidade de o vínculo de afetividade vir a se sobrepor ao vício, caso, após o pleno conhecimento da verdade dos

fatos, seja esta a vontade do consorte/companheiro (hipótese, é certo, que não comportaria posterior alteração).

3. Recurso Especial provido, para julgar procedente a ação negatória de paternidade.

(REsp 1330404/RS, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 05/02/2015, DJe 19/02/2015).

O Superior Tribunal de Justiça já consignou também que “*no contexto da chamada "adoção à brasileira", quando é o filho quem busca a paternidade biológica, não se lhe pode negar esse direito com fundamento na filiação socioafetiva desenvolvida com o pai registral, sobretudo quando este não contesta o pedido*” (REsp 1417598/CE, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 17/12/2015, DJe 18/02/2016).

Verifica-se, portanto, que a procedência da *ação negatória de paternidade* exige a demonstração da inexistência de vínculo biológico e de estado de filiação decorrente da relação socioafetiva, o qual se concretiza notadamente nas hipóteses em que não há a pecha de erro substancial quanto ao filho reconhecido.

Nesse sentido é o precedente a seguir colacionado, no qual o Tribunal da cidadania concluiu que ainda que a paternidade biológica seja posteriormente negada por exame de DNA, não é possível o afastamento do vínculo familiar exclusivamente por herdeiros, especialmente porque havia provas de relação socioafetiva entre o pai e a filha e não foi comprovado o vício de consentimento:

RECURSO ESPECIAL - AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE OBJETIVANDO A ANULAÇÃO DE REGISTRO DE NASCIMENTO - ILEGITIMIDADE ATIVA DOS HERDEIROS DO DE CUJUS PARA A AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE - EXAME DE DNA NEGATIVO - PREPONDERÂNCIA DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA - VÍCIO DE CONSENTIMENTO NÃO COMPROVADO. INSURGÊNCIA DA RÉ.

Hipótese: Controvérsia acerca do reconhecimento da ilegitimidade dos filhos/sucedores do suposto pai da recorrente, para o pleito de ajuizamento de negatória de paternidade a qual servirá,

eventualmente, para anulação do registro de nascimento dessas, com base em vício de consentimento do pai registral.

1. Somente o pai registral tem legitimidade ativa para impugnar o ato de reconhecimento de filho, por ser ação de estado, que protege direito personalíssimo e indisponível do genitor. Precedentes.

2. A paternidade biológica feita constar em registro civil a contar de livre manifestação emanada do próprio declarante, ainda que negada por posterior exame de DNA, não pode ser afastada em demanda proposta exclusivamente por herdeiros, mormente havendo provas dos fortes laços socioafetivos entre o pai e a filha, não tendo o primeiro, mesmo ciente do resultado do exame de pesquisa genética, portanto, ainda em vida, adotado qualquer medida desconstitutiva de liame. Precedentes.

2.1. A divergência entre a paternidade declarada no assento de nascimento e a paternidade biológica não autoriza, por si só, a desconstituição do registro, que somente poderia ser anulado, uma vez comprovado erro ou falsidade, o que no caso, inexistiu, ocorrendo, apenas, mera alegação de vícios por parte dos recorridos.

3. Recurso especial provido, a fim de julgar extinto o processo, sem resolução do mérito, ante a ilegitimidade ativa dos autores, nos termos da sentença, a qual fica desde já restabelecida.

(REsp 1131076/PR, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 06/10/2016, DJe 11/11/2016)

No julgado a seguir, foi reafirmada a jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça, com aplicação do Enunciado 83 da Súmula do Tribunal, segundo o qual *“não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida”*, para assentar a improcedência de ação negatória de paternidade quando fundada apenas na ausência de origem genética em detrimento da paternidade socioafetiva:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE CUMULADA COM ANULAÇÃO DE REGISTRO CIVIL. ACÓRDÃO EM SINTONIA COM O ENTENDIMENTO FIRMADO

NO STJ. SÚMULA 83 DO STJ. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.

1. O STJ sedimentou o entendimento de que "em conformidade com os princípios do Código Civil de 2002 e da Constituição Federal de 1988, o êxito em ação negatória de paternidade depende da demonstração, a um só tempo, da inexistência de origem biológica e também de que não tenha sido constituído o estado de filiação, fortemente marcado pelas relações socioafetivas e edificado na convivência familiar. Vale dizer que a pretensão voltada à impugnação da paternidade não pode prosperar, quando fundada apenas na origem genética, mas em aberto conflito com a paternidade socioafetiva. (REsp 1059214/RS, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 16/02/2012, DJe 12/03/2012).

2. Não merece reparos a decisão hostilizada, pois o acórdão recorrido julgou no mesmo sentido da jurisprudência desta Corte Superior. No caso concreto, as razões recursais encontram óbice na Súmula 83 do STJ, que determina a pronta rejeição dos recursos a ele dirigidos, quando o entendimento adotado pelo e. Tribunal de origem estiver em conformidade com a jurisprudência aqui sedimentada, entendimento aplicável também aos recursos especiais fundados na alínea "a" do permissivo constitucional.

3. Agravo interno não provido.

(AgInt no AREsp 697.848/SC, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 06/09/2016, DJe 13/09/2016)

De outro lado, o Colendo Superior Tribunal de Justiça já reconheceu a possibilidade de *adoção póstuma* lastreada na socioafetividade, desde que comprovada a inequívoca *vontade* do falecido em adotar, a qual deve observar as mesmas regras do reconhecimento da paternidade socioafetiva, exigindo-se a comprovação do *tratamento do menor como filho* e a *publicidade* desta condição:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO DE FAMÍLIA. PROCESSUAL CIVIL. ADOÇÃO PÓSTUMA. SOCIOAFETIVIDADE. ART. 1.593 DO CÓDIGO CIVIL.

POSSIBILIDADE. ART. 42, § 6º, DA ECA. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. POSSIBILIDADE. MAGISTRADO COMO DESTINATÁRIO DAS PROVAS. CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA.

1. A socioafetividade é contemplada pelo art. 1.593 do Código Civil, no sentido de que "o parentesco é natural ou civil, conforme resulte da consanguinidade ou outra origem".

2. A comprovação da inequívoca vontade do *de cuius* em adotar, prevista no art. 42, § 6º, do ECA, deve observar, segundo a jurisprudência desta Corte, as mesmas regras que comprovam a filiação socioafetiva, quais sejam: o tratamento do menor como se filho fosse e o conhecimento público dessa condição.

3. A paternidade socioafetiva realiza a própria dignidade da pessoa humana por permitir que um indivíduo tenha reconhecido seu histórico de vida e a condição social ostentada, valorizando, além dos aspectos formais, como a regular adoção, a verdade real dos fatos.

4. A posse de estado de filho, que consiste no desfrute público e contínuo da condição de filho legítimo, restou atestada pelas instâncias ordinárias.

5. Os princípios da livre admissibilidade da prova e do livre convencimento do juiz (art. 130 do CPC) permitem ao julgador determinar as provas que entender necessárias à instrução do processo, bem como indeferir aquelas que considerar inúteis ou protelatórias.

6. Recurso especial não provido.

(REsp 1500999/RJ, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 12/04/2016, DJe 19/04/2016)

Postas a controvérsias e debates jurisprudenciais contemporâneos no tocante à paternidade socioafetiva, constata-se a relevância do instituto no atual ordenamento jurídico brasileiro, que tem como um de seus fundamentos a *dignidade* da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), e a necessidade de definir os seus reais contornos, aguardando-se o julgamento do Recurso Extraordinário nº

898.060/SC (Tema 622/STF), no qual se discute sobre a *prevalência* da paternidade socioafetiva em detrimento da biológica.

CONCLUSÃO

A paternidade socioafetiva se insere em um contexto no qual o conceito de família foi deveras ampliado pelo legislador constituinte, com vistas a melhor tutelar tão relevante instituição, em atenção ao princípio da *dignidade* da pessoa humana (art. 1º, III, da CF) e à incumbência atribuída ao Estado de *proteger* toda e qualquer forma de entidade familiar, independentemente de sua origem (art. 227, CF).

No presente estudo, procurou-se, após traçar a evolução do conceito de família após o advento da Constituição Federal de 1988 e o Código Civil de 2002, estabelecer as hipóteses de reconhecimento de paternidade e, por fim, esclarecer os contornos do instituto da paternidade socioafetiva, cuja tutela já foi chancelada pela jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça e é objeto de intensos debates jurisprudenciais.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA, Renata Barbosa de; RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. Direito Civil: Famílias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ANGELUCI, Cleber Affonso. Amor tem preço? Revista CEJ, Brasília, n. 35, p. 47-53, out./dez. 2006.

BARROS, Sérgio Resende. A ideologia do afeto. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 4, n. 14, p. 05-10, jul./set. 2002.

BOEIRA, José Bernardo Ramos. Investigação de Paternidade, Posse do Estado de Filho: Paternidade socioafetiva. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias / Maria Berenice Dias. – 10ª. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. Direito de família. 22^a. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2007.

FACHIN, Luiz Edson. Comentários ao novo Código Civil. Rio de Janeiro: Forense, vol. XVIII, 2003.

_____. Família hoje. A nova família: problemas e perspectivas. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Direito das Famílias. 3^a. edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. Estabelecimento da filiação e paternidade presumida. Porto Alegre: Del Rey, 1996.

_____. Da Paternidade: relação biológica e afetiva. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

_____. Direito além do Novo Código Civil. Revista Brasileira de Direito de Família.

Porto Alegre: Síntese, v. 5, n. 17, p. 07-35, abr./mai. 2003.

GAGLIANO, Pablo Stolze. Manual de direito civil; volume único / Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho. – São Paulo: Saraiva, 2017.

GROENINGA, Giselle Câmara. Descumprimento do dever de convivência: danos morais por abandono afetivo: a interdisciplina sintoniza o direito de família como o direito à família. *In*: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes (Coord.) A outra face do poder judiciário. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

GROENINGA, Giselle Câmara. A função do afeto nos “contratos” familiares. *In*: DIAS, Maria Berenice; BASTOS, Eliene Ferreira; MORAES, Naime Márcio Martins (Coord.). Afeto e Estruturas Familiares. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2010.

GOMES, Orlando. Direito de Família. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito de família. Vol. 2. 11ª. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2006.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, Direito de Família, volume 6, 8ª. edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. Instruções de direito Civil. Direito de família. Vol. 5. 16ª. ed. Rio de Janeiro:

Ed. Forense, 2006.

ISHIDA, Válder Kenji. Direito de Família e sua interpretação doutrinária e jurisprudencial. São Paulo: Saraiva, 2003.

LÔBO, Paulo. Direito Civil: Famílias. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MAIDANA, Jédison Daltrozo. O fenômeno da paternidade socioafetiva: a filiação e a

revolução da genética. Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: Síntese, IBDFAM, v. 6, n. 24, Jun/jul., 2004.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Org.). Repensando o Direito de família. Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família, Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

_____. Princípios Fundamentais e Norteadores para a Organização Jurídica da Família. Tese de Doutorado. Universidade Federal do Paraná – UFPR, Curitiba, 2004.

_____. Afeto, Ética e Família e o Novo Código Civil Brasileiro: anais do IV Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

_____. Direito de Família. Uma Abordagem Psicanalítica. Belo horizonte: Ed. Del Rey, 2006.

PEREIRA, Tânia da Silva; OLIVEIRA, Guilherme de. Cuidado e vulnerabilidade. São Paulo: Atlas, 2009.

ROSSOT, Rafael Bucco. O afeto nas relações familiares e a faceta substancial do princípio da convivência familiar. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões, ano 11, nº. 9, abr./mai. 2009. Porto Alegre: Magíster; Belo Horizonte: IBDFAM.

VILLELA. João Baptista. O modelo constitucional da filiação. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

WALD. Arnaldo. O novo direito de família. 16^a. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2006.

NOTAS:

[1] GAGLIANO, Pablo Stolze. Manual de direito civil; volume único / Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho. – São Paulo: Saraiva, 2017. p. 1299-1300.

[2] DIAS, Maria Berenice. Manual de direito das famílias / Maria Berenice Dias. – 10. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 406.

[3] Idem, p. 407.

DA NECESSIDADE DE NORMATIZAÇÃO DETALHADA SOBRE AS REGRAS PARA REQUISIÇÃO DE SERVIDORES PELA JUSTIÇA ELEITORAL

ÉRICA IZABEL DA ROCHA COSTA: Formada em Direito pela Universidade Paulista - UNIP. Formada em Letras-Português pela Universidade de Brasília - UnB. Analista Processual / MPU/ Direito. Atualmente atua como Assessora jurídica na Procuradoria Regional do Trabalho da 10ª Região.

Resumo: Tendo em vista a multiplicidade de requisições de servidores sem a observância dos atos normativos que regem o instituto da requisição por parte da Justiça Eleitoral, especialmente no que diz respeito às sucessivas prorrogações, que acarretam grave repercussão na prestação dos serviços públicos dos órgãos requisitados, afigura-se, pois, premente a discussão sobre esse instituto no âmbito administrativo, a fim de se estabelecer seu alcance e limites.

Palavras-chaves: Direito administrativo. Requisição de servidores. Justiça Eleitoral. Requisições abusivas.

1. INTRODUÇÃO

O ordenamento jurídico pátrio ainda carece de ato normativo que discipline de forma minudente as requisições de servidores públicos, de modo que se estabeleça critérios objetivos a serem observados, uma vez que é de fácil constatação na prática administrativa casos de uso distorcido do referido instituto pela Justiça Eleitoral, de que são exemplos: servidores requisitados em desacordo com as normas vigentes, extrapolação do tempo de requisição e sucessivas prorrogações, excesso de requisição, requisições nominadas condutas que, além de desnaturar o instituto, tem causado graves prejuízos a prestação dos serviços públicos dos órgãos requisitados.

Como se sabe, o poder de requisição da Justiça Eleitoral foi outorgado pelo legislador em um tempo em que essa justiça não possuía quadro de pessoal próprio e suficiente para a realização de suas atividades. Atualmente, a despeito de permanecer o poder de requisição da Justiça Eleitoral, tal ato deve ser

excepcional, limitado e instruído com as justificativas pertinentes, de modo a não prejudicar as atividades finalísticas dos órgãos requisitados. Uma das principais controvérsias jurídicas é precisamente sobre o alcance da limitação temporal imposta, a seguir examinada.

2. DAS REQUISIÇÕES ABUSIVAS PRO PARTE DA JUSTIÇA ELEITORAL

De início, cumpre asseverar que não se desconhece que a finalidade do instituto da requisição de servidores é auxiliar a Justiça Eleitoral em situações excepcionais para a realização de sua importante missão institucional, contribuindo para o aperfeiçoamento do processo eleitoral e dos valores informadores do regime democrático. Nesse contexto, o instituto da requisição deve ser tido como instrumento útil na implementação dos ideais democráticos e republicanos. No entanto, tal instituto deve ser harmonizado com os demais princípios que regem a atuação da Administração Pública, como o princípio da legalidade, da moralidade, da impessoalidade, da eficiência, dentre outros.

Como se sabe, a Justiça Eleitoral possui quadro de pessoal fixo, de modo que o instituto da requisição só deve ser utilizado para atendimento de específico interesse público pontual que deu ensejo a requisição, não podendo servir como subterfúgio para o preenchimento permanente dos quadros funcionais do órgão requisitante, uma vez que tais cargos devem ser providos por meio de concurso público, por expressa determinação constitucional. O poder de requisição da Justiça Eleitoral foi outorgado pelo legislador em um tempo em que essa justiça não possuía quadro de pessoal próprio e suficiente para a realização de suas atividades. No atual contexto, a despeito de permanecer o poder de requisição da Justiça Eleitoral, tal ato deve ser excepcional, limitado e instruído com as justificativas pertinentes, de modo a não prejudicar as atividades finalísticas dos órgãos requisitados.

As sucessivas prorrogações, feitas de forma ilimitada, desqualificam o instituto da requisição, que deve ser utilizado apenas para suprimento de necessidade episódica. A inobservância de um condicionamento temporal revela um patente desvio de finalidade, maculando o ato administrativo. A perenização da requisição desnatura o instituto, que deve ocorrer apenas no campo da excepcionalidade.

Deve ser posto em revelo, por primeiro, a Lei nº 6.999/1982, que disciplina a requisição de servidores pela Justiça Eleitoral, em especial aos seguintes dispositivos:

Art . 1º - O afastamento de servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios, dos Municípios e das autarquias, para prestar serviços à Justiça Eleitoral, dar-se-á na forma estabelecias por esta Lei.

Art . 2º - As requisições para os Cartórios Eleitorais deverão recair em servidor lotado na área de jurisdição do respectivo Juízo Eleitoral, salvo em casos especiais, a critério do Tribunal Superior Eleitoral.

§ 1º - As requisições serão feitas pelo prazo de 1 (um) ano, prorrogável, e não excederão a 1 (um) servidor por 10.000 (dez mil) ou fração superior a 5.000 (cinco mil) eleitores inscritos na Zona Eleitoral.

§ 2º - Independentemente da proporção prevista no, parágrafo anterior, admitir-se-á a requisição de 1 (um) servidor.

Art . 3º - No caso de acúmulo ocasional de serviço na Zona Eleitoral e observado o disposto no art. 2º e seus parágrafos desta Lei, poderão ser requisitados outros servidores pelo prazo máximo e improrrogável de 6 (seis) meses.

§ 1º - Os limites estabelecidos nos parágrafos do artigo anterior só poderão ser excedidos em casos excepcionais, a juízo do Tribunal Superior Eleitoral.

§ 2º - Esgotado o prazo de 6 (seis) meses, o servidor será desligado automaticamente da Justiça Eleitoral, retomando a sua repartição de origem.

§ 3º - Na hipótese prevista neste artigo, somente após decorrido 1 (um) ano poderá haver nova requisição do mesmo servidor.

Art . 4º - Exceto no caso de nomeação para cargo em comissão, as requisições para as Secretarias dos Tribunais Eleitorais, serão feitas por prazo certo, não excedente de 1 (um) ano.

Parágrafo único - Esgotado o prazo fixado neste artigo, proceder-se-á na forma dos §§ 2º e 3º do artigo anterior.

Art . 5º - Os servidores atualmente requisitados para as Secretarias dos Tribunais Eleitorais poderão ter suas requisições renovadas anualmente.

Um das principais controvérsias jurídicas é precisamente sobre o alcance da limitação temporal imposta. A requisição de servidor não pode ser entendida como prorrogável inúmeras vezes, a critério do órgão requisitante. Como já asseado, trata-se de medida de caráter excepcional, que visa suprir as deficiências temporárias da Justiça Eleitoral. Essa característica excepcional da requisição não se coaduna com uma interpretação ampla, que autorize prorrogações sucessivas e ilimitadas, de modo a manter indefinidamente o vínculo de servidores requisitados com Justiça Eleitoral. Ademais, deve ser observado o princípio basilar da hermenêutica jurídica que determina a interpretação restritiva das regras excepcionais.

No entanto, o Tribunal Superior Eleitoral (TSE), órgão competente para a expedição de normas relativas à organização e ao funcionamento da Justiça Eleitoral, consoante previsto na Constituição Federal e na Lei nº 4.737/1965, elaborou a Resolução nº 23.255/2010, sem limitar a quantidade de prorrogações, não se atentando, como ato regulamentar, para a Lei nº 6.999/82, que estabelece um tempo de duração fixo e limita a sua ampliação.

O Tribunal de Contas da União (TCU), ao examinar o tema da requisição de servidores pela Justiça Eleitoral, no bojo do Acórdão nº 199/2011, do Plenário, apontou que os procedimentos adotados pela Justiça Eleitoral estariam desvirtuando o instituto da requisição ao extrapolar os termos da Lei nº 6.999/1982 e determinou a adoção de medidas para que as requisições dos cartórios eleitorais sejam realizadas de forma temporária, com prazo previamente determinado e sem identificação nominal do servidor.

Como já consignado, a requisição exige aplicação parcimoniosa. Prorrogações ilimitadas distorcem o instituto e o propósito da Lei nº 6.999/82, com ofensa aos princípios constitucionais da legalidade, da impessoalidade, da eficiência e do acesso aos cargos públicos por meio de concurso público. Assim, apesar da prerrogativa de requisições e da incontestável importância da Justiça Eleitoral, a questão posta em exame deve ser discutida e melhor definida pelo legislador pátrio.

Tal normatização servirá, inclusive, para evitar a situação de permanência do vínculo do servidor com a justiça eleitoral, evitando, conseqüentemente, que ocorra o distanciamento excessivo do servidor das funções públicas do seu cargo.

Com o advento da Lei nº 13.328/16, a matéria tenderia a ganhar contornos mais claros para os órgãos e entidades envolvidos, já que foram prescritas regras objetivas no caso de requisição de servidores públicos federais, quais sejam: a requisição de servidor ou empregado público da administração pública federal direta, autárquica e fundacional passa a ser realizada pelo prazo de até 3 (três) anos, sendo possível a continuação da requisição, desde que com o dispêndio financeiro respectivo, como se se tratasse de operação de cessão no âmbito administrativo. Eis o que prevê o diploma legal em tela nos artigos 105 a 108, abaixo transcritos, in verbis:

CAPÍTULO XVII
DA REQUISIÇÃO DE SERVIDORES POR OUTROS
PODERES

Art. 105. A requisição de servidor ou empregado público da administração pública federal direta, autárquica e fundacional será realizada pelo prazo de até 3 (três) anos para a:

- I - Justiça Eleitoral;
- II - Procuradoria-Geral Eleitoral;
- III - Defensoria Pública da União.

Parágrafo único. O poder de requisição da Defensoria Pública da União observará o disposto no [parágrafo único do art. 4º da Lei nº 9.020, de 30 de março de 1995](#).

Art. 106. Após o prazo estabelecido no art. 105, é facultada a permanência do servidor ou empregado, por igual período, mediante manifestação formal de interesse do órgão requisitante e reembolso das parcelas de natureza permanente da remuneração ou salário já incorporadas, inclusive das vantagens pessoais, da gratificação de desempenho a que fizer jus no órgão ou entidade de origem e dos respectivos encargos sociais.

Art. 107. Quando o servidor ou empregado encontrar-se requisitado para órgão relacionado no art. 105 na data de publicação desta Lei, o órgão requisitante disporá de 6 (seis) meses para manifestar interesse na permanência do servidor, passando a efetuar o respectivo reembolso ao término desse prazo, contado:

I - da data de entrada em vigor desta Lei, quando requisitado por período igual ou superior a 3 (três) anos; ou

II - da data em que completar 3 (três) anos ininterruptos de requisição, observado o prazo de requisição, quando requisitado por período inferior a 3 (três) anos.

Art. 108. O não reembolso implica o retorno imediato do servidor ou empregado ao órgão ou entidade de origem, mediante notificação ao órgão requisitante.

Parágrafo único. Não atendida a notificação pelo órgão requisitante, o servidor será notificado, diretamente, para se apresentar ao órgão de origem no prazo máximo de 30 (trinta) dias, sob pena de caracterização de ausência imotivada.

Ocorre que a referida lei cuida apenas da requisição de servidor e empregado público da administração pública federal direta, autárquica e

fundacional, além de que não trata sobre a questão das requisições inominadas, que devem ser combatidas.

Ora, não obstante a recente alteração legislativa promovida pela Lei nº 13.328/16 quanto à requisição de servidor ou empregado público pela administração pública federal direta, autárquica e fundacional, subsiste o problema da extrapolação do exercício da prerrogativa de requisição por parte da Justiça Eleitoral, no tocante às prorrogações excessivas, continuadas e à revelia dos órgãos requisitados. Além disso, permanece a preocupação com a eventual renovação das requisições dos mesmos servidores, por meio de novo procedimento administrativo, como forma de burla à necessidade de reembolso da remuneração daqueles cuja requisição já tenha completado 3 (três) anos, conduta que não pode ser admitida, uma vez o órgão eleitoral que assim agir estará desrespeitando a intenção do legislador ordinário de regularizar tal situação.

As requisições nominais, por meio das quais o requisitante escolhe o servidor que pretende requisitar, também devem ser combatidas. Nesse contexto, também não encontra guarida no ordenamento jurídico a recente Resolução nº 23.484, de 30 de junho de 2016, do Tribunal Superior Eleitoral, que prevê que *"as requisições poderão ser nominais, mediante a indicação do juiz eleitoral ou do tribunal eleitoral"* (art. 3º, parágrafo único), dispositivo que permite que a Justiça Eleitoral continue recorrendo ordinariamente a essa prática.

Como já dito, as requisições devem resguardar os princípios constitucionais da impessoalidade e da moralidade, bem como observar o entendimento do TCU a respeito do tema, de modo a conviver e harmonizar o instituto da requisição com as demais regras aplicáveis à gestão de servidores públicos. O órgão ou entidade que recebeu o pedido de requisição não está obrigado a disponibilizar servidor nominalmente identificado, ficando sob sua responsabilidade a escolha entre aqueles que detenham as qualidades técnicas necessárias para desempenhar as atividades pretendidas pelo requisitante.

Por fim, diante dessa realidade de requisições excessivas, com prorrogações ilimitadas e feitas, muitas das vezes, de forma nominal pela Justiça Eleitoral, subsiste a necessidade de disciplina uniforme do instituto no ordenamento jurídico nacional, para disciplinar as requisições de servidores

públicos, ressaltando-se o caráter da excepcionalidade e temporariedade que regem o instituto, de modo a não se permitir que as situações jurídicas supra descritas continuem a acarretar desequilíbrio para os órgãos que possuem servidores requisitados.

3. CONCLUSÃO

Como aqui realçado, a requisição de servidores é medida excepcional, pois visa suprir as deficiências temporárias da Justiça Eleitoral. Essa característica excepcional da requisição não se coaduna com uma interpretação ampla, que autorize prorrogações sucessivas e ilimitadas, de modo a manter indefinidamente o vínculo de servidores requisitados com Justiça Eleitoral.

A requisição exige aplicação parcimoniosa. Prorrogações ilimitadas distorcem o instituto e o propósito da Lei nº 6.999/82, com ofensa aos princípios constitucionais da legalidade, da impessoalidade, da eficiência e do acesso aos cargos públicos por meio de concurso público. Assim, apesar da prerrogativa de requisições e da incontestável importância da Justiça Eleitoral, a questão posta em exame deve ser discutida e melhor delineada pelo legislador pátrio.

Não obstante a recente alteração legislativa promovida pela Lei nº 13.328/16 quanto à requisição de servidor ou empregado público pela administração pública federal direta, autárquica e fundacional, subsiste o problema da extrapolação do exercício da prerrogativa de requisição por parte da Justiça Eleitoral, no tocante às prorrogações excessivas, continuadas e à revelia dos órgãos requisitados, questões que ainda carecem de tratamento normativo.

4. REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, 30ª edição. São Paulo: Atlas, 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 18ª edição. São Paulo: Atlas, 2005.

MANUTENÇÃO DO DESACATO COMO CRIME

RAFAELLE JHONATHAS DE SOUSA GUIMARAES:
Bacharel em Direito pela Universidade Paulista, aprovado no XIX Exame de Ordem Unificado e Policial Civil do Estado de São Paulo. Realizou diversos cursos pela Academia de Polícia Civil de São Paulo-ACADEPOL e Ministério da Justiça-SENASP. Postulante ao cargo de Delegado de Polícia.

Resumo: Fim da controvérsia, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que a conduta tipificada como desacato a funcionário público é objeto de tutela penal e coloca uma pedra, por ora, sobre a discussão acerca da sua descriminalização.

Sumário: Introdução. Desenvolvimento. Conclusão.

INTRODUÇÃO

Em sessão recente, o pretório julgou o HC 379269/MS que contestava sua criminalização, sustentando a rubrica do tipo restringir o direito fundamental de liberdade de expressão e pensamento, abarcadas em nossa carta constitucional e tratados ratificados. A 3ª Turma do referido Tribunal Superior, por maioria dos votos, reconheceu o caráter criminoso do comportamento de proferir ofensas aos servidores, tendo deste modo, o colegiado confirmando a tutela penal já prevista no diploma criminal.

Ao longo do julgado, os desembargadores que compunham a seção sustentaram suas teses, em sentido favorável a criminalização da atitude, como forma de garantir maior proteção ao servidor do Estado. Embora decidido por maioria dos votos, alguns votos ganham atenção por suas fundamentações.

O relator o Ministro Reynaldo Soares da Fonseca e o Ministro Ribeiro Dantas, ambos votos vencidos, sustentaram suas teses em favor da descriminalização. Reynaldo socorrendo-se no princípio da Liberdade de expressão presente no artigo 5º, IV e IX da Constituição Federal, sustentando resumidamente, o Brasil ao ser signatário do Pacto de San José da Costa Rica, mantendo a tipificação do crime de desacato, violaria fortemente a liberdade de expressão, como direito fundamental, devendo os excessos praticados pelos particulares frente aos que servem o Estado, serem tratados e punidos dentro de outros tipos penais,

entre eles os crimes de injúria e difamação. Dantas, seguindo o voto do relator, sustentou que a tutela penal da ação de desacatar serve como blindagem aqueles cometedores de abusos em suas funções, considerando desta forma, qualquer crítica ou ideia negativa como ofensa a sua honra.

DESENVOLVIMENTO

O voto vencedor proferido pelo ministro Antonio Saldanha Palheiro assente ao tutelar o desacato como infração é uma salvaguarda complementar aos trabalhadores estatais. Salientou ainda, não haver qualquer vedação ao direito de liberdade de expressão assegurado em pactos internacionais, uma vez que o tipo penal prevendo o delito de desacato não proíbe qualquer manifestação por parte dos cidadãos, apenas determina a responsabilidade penal que estes venham a suportar na ocorrência de manifestações e firmam os limites éticos de sociabilidade e boa educação para com seus pares, por ora servidores do Estado.

Ao nosso sentir, parece acertado o posicionamento, em razão da liberdade de expressão e pensamento avocada na questão não pode ser confundida com destemperança e falta de respeito. Aliás, o próprio mandamento pátrio, fonte formal imediata do direito penal, protege a intimidade, a vida privada, a honra e imagem das pessoas, e a lei punirá qualquer discriminação atentória aos direitos e liberdades fundamentais. E o servidor no exercício da função ou em razão dela não merece respeito, assim como já garantido para o cidadão quem tem a honra ofendida? Isso sim, é tutelar a desigualdade e ir na contramão do razoável e em detrimento da função pública e secundariamente o funcionário público.

Em apertada síntese, o desacato consiste em proceder de forma grosseira, ofender, xingar, desprestigiar o funcionário público, no exercício da função ou em razão dela. É de ação penal pública incondicionada e tida como de menor potencial ofensivo, tramitando pelo rito do juizado especial criminal. O bem tutelado aqui primariamente é a deferência pela da função pública e secundariamente a honra do funcionário em quanto representante do estado. Partindo dessas pontuações, foi reformado um latente equívoco, com todas as vênias aos defensores de tese em contrário, pois o desacato extrapola a defesa da honra e engloba o respeito a gestão do estado, tanto que figura entre os crimes cometidos por particular contra a administração pública.

Nenhum cidadão é impedido de fazer questionamentos quanto ato ou conduta, seja verbal ou por escrito, sendo de igual forma garantido a todos o direito de petição ao poder público em defesa de direitos, contra ilegalidade ou abuso de poder. Mas o que levam as pessoas a acharem que podem desrespeitá-los?

Dentre os ramos da atividade estatal, o grupo mais vitimizado com o contrassenso do desacato são os da área policial. A ignóbil ideia por ser contribuintes dos impostos e estes ajudarem a custearem os seus salários, podem exercer uma falsa tutela e puni-lo por desídia, rigor ou pelo simples inconformismo com atos e decisões, ferindo seu decoro e prestígio com insultos, humilhações e chegando por vezes em vias de fato, extrapolando o exercício de questionamento ou crítica.

CONCLUSÃO

Observa-se não raramente, o funcionário ser hostilizado das mais variadas formas que se possa imaginar, desde críticas maldosas ao seu trabalho a ofensas utilizando palavras de baixo calão. Muito desse comportamento reflete ao mau exemplo que alguns dos agentes públicos, diga-se de passagem, a minoria, dão ao figurem em escândalos de corrupção, improbidade administrativa ou abuso de poder.

A título exemplificativo, muito se vê pelas ruas policiais sendo hostilizados e às vezes até agredidos por civis durante seu expediente de trabalho. A população brasileira confunde de forma exacerbada a expressão de críticas negativas às de cunho construtivo, com a errônea idealização de que são capazes de melhorar o desenvolvimento da atividade estatal, com a utilização de xingamentos e expressões pejorativas de forma a ferir aquele que se dedica a causa pública, zela pela ordem e proteção da sociedade.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm Acesso em 31 de maio de 2017.

Processo HC nº 379269 / MS (2016/0303542-3) autuado em 16/11/2016.
Disponível em:
http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Terceira-Se%C3%A7%C3%A3o-define-que-desacato-continua-a-ser-crime Acesso em 31 de maio de 2017.

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE AS PRERROGATIVAS DO TRIBUNAL DE CONTAS NA FISCALIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

GERALDO UCHÔA DE AMORIM JÚNIOR: Servidor público do Ministério Público do Estado do Amazonas. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Amazonas.

RESUMO: O estudo que se propõe parte da análise de duas premissas centrais: a) a competência fiscalizatória do Poder Legislativo, exercida pelo Congresso Nacional, Assembleias Legislativas e Câmaras Municipais, como atividade típica e central, conforme dispõe o art. 74 da Carta Magna; b) e de tema intrinsecamente ligado à supervisão dos atos do Poder Executivo: a figura dos Tribunais de Contas, sua participação na estrutura orgânica do Poder, suas diversas funções elencadas no texto constitucional e jurisprudências coletadas para tratar de suas competências, bem como em que consiste, conforme determina a Carta Magna, o controle exercido em conjunto com o Congresso Nacional e suas reflexões em âmbito estadual e municipal.

PALAVRAS-CHAVE: Competências. Tribunal de Contas. Jurisprudência.

SUMÁRIO: 1 Introdução 2 As competências constitucionais do Tribunal de Contas 3 A jurisprudência e a Corte de Contas: ampliação de prerrogativas institucionais 4 Considerações Finais 5 Referências Bibliográficas

1 INTRODUÇÃO

O Tribunal de Contas possui papel proeminente na fiscalização da Administração Pública, tendo em vista prerrogativas atribuídas pela Carta Magna e a ampliação constante de suas funções através da jurisprudência pátria. O caráter técnico de suas decisões o torna forte aliado no controle administrativo e na concretização de princípios pilares do Estado Democrático de Direito, entre os quais, a transparência e a responsabilidade na gestão pública.

Partindo de premissa constitucional, a atuação da Administração Pública, em especial quanto a atos administrativos que utilizem recursos

públicos, sofre fiscalização direta do Poder Legislativo auxiliado pelo Tribunal de Contas, conforme determina o art. 70 e 71 da Constituição Federal.

Toma-se como objetivo central da presente pesquisa esmiuçar a matéria acerca do controle da Administração Pública, explicitando a natureza jurídica de atos administrativos e as diversas espécies de atuação Tribunal de Contas no controle da função administrativa, balizada por comandos normativos constitucionais e as diversas interpretações jurídicas sobre a matéria em análise.

2 AS COMPETÊNCIAS CONSTITUCIONAIS DO TRIBUNAL DE CONTAS

Interessantíssimo iniciar com as lições do professor LIMA (2015, pág. 33), no sentido que no próprio conceito de democracia e de república (entendida como a administração coletiva da coisa pública) insere-se a noção de fiscalização e de controle externo (exercido por um órgão externo). Sendo assim, conforme ensina o mestre:

Não existe democracia sem controle. Na democracia, todo governante, gestor público, parlamentar, magistrado, enfim, todo agente detentor de parcela do poder estatal tem sua atividade sujeita a múltiplos controles. A organização do estado democrático prevê inúmeros mecanismos mediante os quais o poder é controlado e a atuação de seus titulares é limitada. Ao longo de nosso estudo, examinaremos as diversas formas pelas quais é exercido esse controle, especialmente o controle externo. Por ora, fixemos a ideia de que o controle externo é essencial à vida democrática.

Destaca-se, em um primeiro momento, que todos os Poderes, baseados no princípio da hierarquia, da disciplina e da autotutela, detêm o poder-dever de exercer o controle interno sobre os seus atos e de seus subordinados. Não seria diferente com o Poder Legislativo. Entretanto, a Carta Política é clara ao prever que compete a este, auxiliado pelo Tribunal de Contas de exercer o controle externo das demais funções estatais, através da fiscalização contábil, financeira, orçamentária, patrimonial e operacional de cada ente político e de suas respectivas estruturas

administrativas (Direta e Indireta), tendo como parâmetros de controle a legitimidade, legalidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas (conforme art. 70 da Constituição Federal).

O sistema de atuação conjunta entre o Congresso Nacional e o Tribunal de Contas da União é parametrizado aos demais entes, havendo um Tribunal de Contas do Estado que exercerá suas atividades em conjunto com o Estado respectivo e seus Municípios. Há previsão expressa de que a partir da ciência de uma autoridade estatal sobre a malversação do patrimônio público cria-se a obrigação legal de notificação à Corte de Contas, sob pena de responsabilidade solidária entre o agente e o infrator.

O controle sobre a utilização do patrimônio público, entretanto, não se encontra adstrita aos agentes públicos, estando sujeitos particulares que recebem parcelas das referidas receitas (*in casu*, explanou-se sobre as atividades paraestatais – organizações sociais, entre outras, que recebem verbas públicas e encontram-se fiscalizadas, quanto a tais parcelas, pelas Cortes de Contas respectivas.

Nas lições do professor TAVARES (2012, págs. 1247 e 1248), o surgimento de um fiscal financeiro é tão antigo quanto à própria noção de finanças públicas, encontrando seus primeiros registros históricos na Síria, Babilônia e Egito. Mas explana o ilustre doutrinador que foi na Antiguidade Clássica, em especial Grécia e Roma, que se desenvolveram os pilares do que se entende hoje por “fiscal da Fazenda Pública”. Tratando do ordenamento jurídico brasileiro, pode-se elencar o Decreto N.º 966-A, de 7 de novembro de 1890, como o comando normativo apto a introduzir a figura do Tribunal de Contas na Constituição da Primeira República.

A atividade primária do fiscal é de verificar a regularidade de atividades, sendo assim, nas palavras do ilustríssimo mestre:

Os tribunais de contas, como controladores, são necessariamente órgãos direcionados à verificação da compatibilidade entre certa atividade e as regras às quais há de se submeter esta atividade ... Há pelo menos três elementos que podem estar presentes na ideia de fiscalização: i) capacidade de obter informações; ii) procedimento específico do órgão, pelo qual chega a um pronunciamento (“julgamento”) sobre a legitimidade/compatibilidade da atividade

objeto de análise; e iii) eventual execução da decisão, com eliminação das irregularidades ou aplicação de sanções.

No artigo científico de Jarbas Maranhão (disponibilizado em <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/175976/000464801.pdf?sequence=1>), o deputado elenca como fonte do atual modelo de Tribunal de Contas o criado na França, à época de Napoleão, especificamente em 16 de dezembro de 1807, visto que a referida figura histórica teria realizado pronunciamento, insculpido nos *Invalides*, de que através de “uma vigilância ativa seja punida a infidelidade e garantido o emprego legal dos dinheiros públicos”. O autor prossegue seu detalhamento histórico elencando a criação da Corte de Contas em 1820, na Holanda, e depois, em 1831, na Constituição Belga, bem como na Itália, em 1862.

Os Tribunais de Contas tiveram, a partir de então, forte influência nos demais países, podendo-se elencar a divisão entre: modelo francês, italiano e o belga, conforme aludido autor. Define-se aquele como o controle posterior ao implemento de verbas públicas, ao passo que nesse existe o exame antecedente às despesas tendo como resultado a vedação absoluta, intransponível pelo chefe do executivo ou do legislativo, por fim, no belga, ocorre o exame prévia com veto relativo, passível de modificação. O belga, no entendimento do autor, seria o mais eficiente, tendo em vista que o modelo francês não é apto a impedir as ilegalidades e o italiano traz o prejuízo de emperrar a Administração Pública.

Aborda MARANHÃO, em consonância com o professor TAVARES, que foi através do Decreto N.º 966-A, de 7 de novembro de 1890 que se inaugurou a Cortes de Contas no ordenamento jurídico brasileiro. Em um primeiro momento, houve a adoção do modelo belga, afirmando expressamente o objetivo de examinar, revisar e julgar atos que importassem em previsão de receita ou fixação de despesa. Em um segundo momento, através do Regulamento N.º 1.166, de 17 de dezembro de 1892, percebe-se o alinhamento ao método italiano, visto que imbuía a Core de Contas de exercer o exame prévio e o veto absoluto sobre as matérias em exame. Alerta MARANHÃO que o regulamento ultrapassou, e muito, as competências instituídas na seara constitucional, haja vista que atribuía verdadeira “jurisdição” à Corte Contas ao prever que o julgamento

dos responsáveis do dinheiro público teriam força de sentença, caracterizando uma jurisdição contenciosa e graciosa.

Esclarece-se ao leitor que, não obstante este lapso temporal, o Tribunal de Contas não se enquadra no conceito de órgão integrante do Poder Judiciário, não tendo suas decisões caráter de definitividade e imperatividade como a coisa julgada. O que se pode afirmar é que há uma preclusão administrativa para tratar da matéria, mas tal instituto não invalida o caráter obrigatório e inafastável da atuação do Judiciário.

Na Constituição de 1946 encontra-se o auge – apesar de padecer de extrema confusão entre os aplicadores do direito – das Cortes de Contas, visto que se previu a mescla de todos os modelos clássicos (francês, italiano e belga) ao se prever exames prévios e posteriores, vetos absolutos ou relativos – a depender da matéria.

A atual Carta Magna possui elementos extremamente ecléticos, configurando-se ora com os do modelo belga, ora com os do italiano e ora com os do francês. Destaca-se questão antiga acerca da sustação por ilegalidade em contratos (a ser decidido pelo Congresso Nacional), sobre atos (que podem ser sustados pela própria Corte de Contas). A composição focalizada na auditoria da gestão orçamentária, financeira e patrimonial, não se limita ao conceito de legalidade e de legitimidade, mas averigua, num juízo de proporcionalidade, a economicidade dos atos públicos. Ou seja, fiscalização pautada em um modelo de resultado em termos de crescimento econômico.

Destaca-se que a Corte de Contas, em um primeiro momento, seria constituída por cada um dos entes (Municípios, Estados e União), contudo, adequações foram necessárias para se entender que haveria apenas o Tribunal de Contas de âmbito federal e estadual, tendo este competência sobre os municípios. Contudo, respeitou-se os Tribunais de Contas já existentes, entre os quais, o de São Paulo.

Verifica-se, portanto, que no mister de fiscalizar a atuação do Poder executivo, conforme determina o art.70 da Constituição Federal, o Congresso Nacional possui um aliado extremamente importante o Tribunal de Contas.

Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta,

quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

A respeito da temática, as disposições do Tribunal de Contas se encontram na Carta vigente no Título IV – Da organização dos Poderes, dentro Capítulo I – Do Poder Legislativo, e, especificamente, na Seção IX – Da Fiscalização Contábil, Financeira e Orçamentária. A forma como a Corte de Contas foi disposta no texto constitucional esclarece o intento do legislador originário em privilegiar o controle externo a ser exercido. Conforme preleciona LIMA (2015, pág. 61), o controle externo não se encontra dentro da Organização do Estado, nem no capítulo atinente à Administração Pública, tão pouco no que concerne às Finanças Públicas, haja vista que o legislador constituinte entendeu que as funções e prerrogativas do Tribunal de Contas seria, essências para promover o equilíbrio e harmonia entre os poderes na organização do Estado de Direito. Destaca-se o posicionamento do aludido doutrinador:

Sua vinculação ao Poder Legislativo corresponde à tradicional e nobre missão do Parlamento de fiscalizar o bom emprego, pelo Executivo, dos recursos oriundos da sociedade. Como visto no capítulo anterior, na maioria dos países as instituições de controle externo encontram-se ligadas ao Legislativo, e no Brasil tal opção remonta à primeira Constituição Republicana. Sublinhe-se, contudo, o fato de nosso tema de estudo constar de uma Seção própria dentro do Capítulo dedicado ao Poder Legislativo; não constituindo uma subseção dos tópicos dedicados ao Congresso Nacional, à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal. Assim, a própria organização do texto constitucional indica que o Tribunal de Contas da União, órgão técnico que auxilia o Congresso Nacional na função do controle externo, não lhe é subordinado, constituindo, conforme a doutrina de Diogo de Figueiredo Moreira Neto e do Ministro Ayres Brito, um “órgão constitucional autônomo”.

Duas são as instituições básicas da Corte de Contas: verificar a correta aplicação dos recursos públicos e reduzir as prerrogativas do Poder Executivo. Devido a existência do Estado Democrático de Direito, indispensável que a estipulação de limites à atuação do governante, em especial na fixação, por parte do Poder Legislativo, de diretrizes políticas a serem seguidas pelo Poder Executivo. Na seara de fiscalização, o Tribunal de Contas é essencial para prestar o auxílio ao Poder Legislativo no cumprimento de tal mister.

Portanto, verifica-se que sua função primária é auxiliar o legislativo na verificação da regularidade na aplicação de receitas públicas, fazendo um juízo estritamente técnico sobre a composição dos gastos públicos.

Essencial destacar *ab initio* a esfera de competência sobre as verbas públicas sujeitas à fiscalização da Corte de Contas. Conforme preleciona o doutrinador CARVALHO FILHO (2014, páginas 1023 e 1024), a expressão se dá em sentido amplo, apesar de divergências no Supremo Tribunal Federal, significando qualquer repasse oriundo dos entes da Administração Pública direta ou indireta, quanto a autarquias e fundações públicas, a agentes públicos ou particulares com o fim de atender o interesse público (seja primário ou secundário), conforme se depreende de trecho colacionado:

É de considerar-se, porém, como dinheiros públicos aqueles que integram o acervo das pessoas de direito público (entes federativos, autarquias e fundações de direito público). Da mesma natureza deve ser considerado o montante derivado do pagamento de contribuições ou pagamentos compulsórios efetuados por administrados, ainda que os destinatários sejam pessoas de direito privado, integrantes da Administração ou não. É o caso, para exemplificar dos recursos oriundos de contribuições parafiscais. Por fim, é dinheiro público aquele transferido por ente público a qualquer outra pessoa, de direito público ou privado, para emprego em finalidades específicas. Como exemplo, a alocação de recursos a ente privado para utilização em seus fins institucionais. Todos esses valores sujeitam-se à

prestação de contas e à apreciação pelo Tribunal de Contas.

O Tribunal de Contas da União, na atualidade, é composto por 9 (nove) ministros, tendo sede no Distrito Federal e competência julgadora sobre todo o território nacional. Conforme explana LENZA (2013, pág. 666), figura-se incorreta a terminologia “jurisdição” encontrada no art. 73 da Carta Magna, haja vista que a Corte de Contas se caracteriza como órgão técnico que, apesar de emitir pareceres e julgar contas públicas, não abrange a característica fundamental do termo de “definitividade de decisão”, ou coisa julgada propriamente dita.

3 A JURISPRUDÊNCIA E A CORTE DE CONTAS: AMPLIAÇÃO DE PRERROGATIVAS INSTITUCIONAIS

Explana-se que quanto à sua diretriz de auxiliar no controle externo dos poderes, suas decisões têm caráter meramente administrativo, podendo ser plenamente rejeitas pelo Legislativo (ainda que haja divergência quanto à forma em que se dará a rejeição, conforme será explanado abaixo).

Em relação às suas demais atribuições previstas no art. 71, da Carta Magnas, evidencia-se, também o caráter administrativo de seus julgamentos, não havendo uma fixação concreta do direito que não possa ser reanalisada pelo Judiciário. Em verdade, a pretensão resistida, característica principal do conceito de lide, não encontra um julgamento definitivo na Corte de Contas. Tal fato, entretanto, não afasta, na maioria das situações a necessidade de conceder o contraditório e ampla defesa (princípio fundamental do devido processo legal) aos administrados, conforme Súmula Vinculante 3, abaixo colacionada.

Nos processos perante o Tribunal de Contas da União asseguram-se o contraditório e a ampla defesa quando da decisão puder resultar anulação ou revogação de ato administrativo que beneficie o interessado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma e pensão.

Outro ponto de destaque é que o Tribunal de Contas, apesar de não exercer a pacificação social definitiva do Judiciário (não se integrando entre seus órgãos), possui a prerrogativa, conforme determina a Súmula 347 do

Pretório Excelso de interpretar a constitucionalidade de atos normativos. Ressalta-se que tal previsão advém de um período em que os legitimados para propor ações de inconstitucionalidade eram restritíssimos, à época apenas o Procurador-Geral da República. Sendo assim, surge a Súmula, *in verbis*, com o fim de atenuar o rigor excessivo do lapso pretérito. Atualmente, inúmeros doutrinadores se impõe contra a referida previsão, entendendo que por se tratar de órgão técnico, administrativo, não poderia, ainda que incidentalmente, declarar a (in)constitucionalidade das normas, sob pena de violação da separação dos poderes.

O Tribunal de Contas, no exercício de suas atribuições, pode apreciar a constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público.

Preleciona CARVALHO FILHO (2014, pág. 1024) que não existe surpresa quanto a esta prerrogativa, haja vista que os demais poderes (Executivo, Legislativo, Judiciário e Ministério Público) possuem a competência de resguardar a incolumidade do texto constitucional. Com a devida vênua, considera-se de toda acertada a doutrina no grande professor, haja vista que, conforme explanado, o Tribunal de Contas é órgão técnico, voltado ao juízo de legalidade, legitimidade e economicidade, ou seja, parâmetros objetivos de avaliação de atos concretos. Interpretar de maneira ampliativa é permitir uma nova visão sobre a temática, adotando conceitos e interpretações jurídicas, quanto à matéria fiscal, que não seriam possíveis de outra forma, dada a sua extrema tecnicidade.

Nas lições de LENZA (2013, pág. 669), figura-se possível a utilização da chamada cláusula de reserva de plenário para estas decisões que analisem a constitucionalidade dos referidos atos normativos, conforme se depreende do extrato a seguir:

Estamos diante, portanto, de exemplo de controle de constitucionalidade posterior ou repressivo não jurisdicional, fugindo ao direito brasileiro que adotou a regra do judicial review. Parece ser razoável exigir o cumprimento da regra contida no art. 97, CF/88, que trata da denominada cláusula de reserva de plenário, segundo a qual somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do

respectivo órgãos especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.

O presente estudante, contudo, filia-se à corrente de interpretação extensiva da Constituição, conforme lições do professor Peter Häberle, em sua obra a sociedade aberta de intérpretes da constituição, haja vista que uma pluralidade de entendimentos, ainda que tenham como vetor final um órgão constituído e definitivo – no caso brasileiro, o Supremo Tribunal Federal – as múltiplas interpretações sobre um mesmo fato, vislumbradas de pontos de vistas e paradigmas diferentes, servem apenas para enriquecer os estudos e os conhecimentos sobre o tema, não implicando em redução ou desmoralização da higidez do texto constitucional.

Interessante destacar, e este é ponto importantíssimo do presente trabalho, que a Corte de Contas tem uma posição única no ordenamento jurídico brasileiro: não se encontra vinculada hierarquicamente a nenhuma a função estatal (tal como o Ministério Público e a Defensoria Pública). Não está inserido na estrutura do Judiciário, e não possui suas decisões ligadas ao entendimento do Legislativo, podendo cumprir seu comando constitucional de fiscalização do Poder Executivo.

Em verdade, este modelo tem como principal objetivo e diretriz a imparcialidade do Tribunal de Contas, determinando uma série de prerrogativas que possibilitem aos seus membros exercer o controle de forma mais técnica e apurada possível. Esta configuração de um “quinto” poder (sendo o Ministério Público entendido como “quarto” para parte da doutrina) somente é possível por ser decorrente do Poder Constituinte Originário, sendo este sua validade e fundamento.

Pode-se citar como prerrogativas de sua liberdade institucional a autonomia, o autogoverno e a iniciativa reservada para alterar sua organização.

As atribuições do Tribunal de Contas da União se encontram prevista no art. 71 da Carta Magna, havendo norma expressa no art. 75 de que os Tribunais de Contas Estaduais seguirão as mesmas regras prevista nesta seção, ou seja, são regras que, havendo compatibilidade, foram elencadas como de reprodução obrigatória pelo constituinte.

Duas competências são essenciais para o objeto do presente estudo: as previstas nos incisos I e II, do artigo em comento, *in verbis*:

Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

I - apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento;

II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;

A primeira competência é de exercer um controle técnico, baseado na legalidade, legitimidade e economicidade, sobre as contas de governo, ou seja, o complexo a utilização de verbas públicas para consecução de ações e diretrizes previstas nas leis orçamentárias. A Corte de Contas, em resultado à referida avaliação, elaborará um parecer acerca dos gastos efetuados que será apreciado pelo Congresso Nacional. Ao passo que a Corte de Conta emite um parecer técnico, o Congresso analisará sob um prisma, além de compatibilidade legal, também de adequação política, julgando por critérios como o de governabilidade.

A rejeição do parecer elaborado pelo Tribunal de Contas da União é plenamente possível, não havendo qualquer ilegalidade no feito, conforme art. 49, inciso IX, da Carta Magna, abaixo colacionado:

Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

IX - julgar anualmente as contas prestadas pelo Presidente da República e apreciar os relatórios sobre a execução dos planos de governo;

Tal característica decorre justamente de dois fatores: i) modelo de separação de poderes, tendo instrumento os freios e contrapesos, em que cabe ao Legislativo, como máximo representante do titular de todo o poder – o povo, tendo em vista sua legitimidade proveniente de processo eleitoral, analisar a validade política (critérios imateriais de julgamento

decorrentes das aspirações populares) sobre o comando da máquina pública quanto à utilização do erário popular; ii) no âmbito federal prepondera muito mais um juízo de conveniência política do que na seara estadual ou municipal, haja vista que o Chefe do Executivo não representa apenas a União, mas também toda a República Federativa do Brasil, quanto a sua soberania frente aos demais agentes internacionais.

Ponto interessantíssimo de análise do referido inciso é o que CARVALHO FILHO (2014, pág. 1023), denomina de “controle sobre entidades administrativas vinculadas a entes federativos diversos”, neste caso específico o doutrinador elenca julgado, abaixo colacionado, em que se depreende a posição do Supremo Tribunal Federal no sentido que exacerba a competência do Tribunal de Contas da União a análise das contas de entidade vinculada aos demais entes da federação, ainda que haja participação minoritária da União em sua composição. Importante tratar essa diferença já no início da presente matéria: existe o Tribunal de Contas da União, cuja competência é o julgamento de verbas federais, e o Tribunal de Contas do Estado, que tem competência sobre Estados e Municípios.

1. TERRACAP. 2. Determinação de Tomada de Contas Especial pelo Tribunal de Contas da União. Suposta "grilagem" de terras. 3. Ato de decretação da indisponibilidade dos bens de dirigentes da TERRACAP. 4. Preliminar de decadência rejeitada. 5. Incompetência do TCU para a fiscalização da TERRACAP. Sociedade de economia mista sob controle acionário de ente da federação distinto da União. 6. Ordem deferida..(STF - MS: 24423 DF, Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 10/09/2008, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-035 DIVULG 19-02-2009 PUBLIC 20-02-2009 EMENT VOL-02349-05 PP-01060)

Quanto ao envio de verbas federais aos Estados e Municípios, há que se perquirir se houve a integralização ao patrimônio do referido ente, para se avaliar a competência da Corte Federal no caso. Haja vista que se houver a integralização total, não havendo dever de prestação de contas à União, resta inviabilizada a competência do Tribunal de Contas da União.

O segundo ponto abordado acima merece o adendo de que no âmbito municipal o parecer do Tribunal de Contas só poderá ser rejeitado por dois terços dos integrantes da Casa Legislativa, conforme aduz o art. 31, §2º, da Constituição Federal, abaixo. O fenômeno ocorre justamente pelo excessivo caráter de representatividade dos demais chefes do Executivo. Em âmbito municipal, tendo em vista a restrição, até mesmo quanto a limites geográficos, não há que se falar em repercussões em âmbito nacional ou internacional. Sendo assim, em regra, prevalece um juízo técnico, legal, das contas dos representantes do Poder.

Art. 31. A fiscalização do Município será exercida pelo Poder Legislativo Municipal, mediante controle externo, e pelos sistemas de controle interno do Poder Executivo Municipal, na forma da lei.

§ 2º O parecer prévio, emitido pelo órgão competente sobre as contas que o Prefeito deve anualmente prestar, só deixará de prevalecer por decisão de dois terços dos membros da Câmara Municipal.

Não padecendo de jurisdição, capacidade de tornar imutável suas decisões, abre-se oportunidade para os administrados ingressarem com ações judiciais. Nada mais correto, numa análise de valor (adotando-se a teoria do fato – valor – norma do digníssimo professor Miguel Reale, bem como a já abordada teoria da sociedade aberta dos intérpretes, de Peter Häberle), que a fiscalização da utilização de verbas públicas se dê sob um prisma objetivo, em critérios legais e legítimos, no âmbito municipal. Forçoso convir que no caso do Presidente da República é necessário observar a situação sob outros paradigmas, pois, visto sua representatividade em plano internacional, não seria sua responsabilização sem se avaliar critérios políticos.

Mas os prefeitos, em especial de pequenos municípios, deveriam perpassar por um controle de estrita legalidade, justamente para não se utilizarem de amarras locais (inviabilidade de competição como meio de favoritismo, por exemplo) para enquadrarem situações de desvios de finalidade, situação recorrente no Estado do Amazonas.

Assim sendo, o inciso II do já mencionado art. 71, prevê a competência da Corte de Contas para analisar e julgar os montantes

públicos vertidos por todos os administradores e responsáveis. Repisa-se que o sujeito passivo desta fiscalização serão tanto agentes públicos quanto particulares.

Interessante anotar, já neste momento de análise, que o acórdão da Corte de Contas que resulte em imputação de débito, nos termos do art. 71, §3º, da Constituição Federal, tem eficácia de título executivo extrajudicial.

Existia celeuma, entretanto, quanto aos legitimados para propor a respectiva ação executiva, se o próprio Tribunal, o ente lesado ou a pessoa jurídica específica lesada. Explana CARVALHO FILHO (2014, págs. 1024 e 1025) que não haveria respaldo legal ou constitucional para se atribuir a legitimidade para a própria Corte de Contas, haja vista que se trata de órgão, despido, portanto, de personalidade jurídica e, em tese, capacidade processual – exceto em situações excepcionalíssimas previstas na legislação e na jurisprudência. Destaca-se, à oportunidade, que tanto o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça posicionam-se no sentido de que somente o ente lesado pode executar a referida decisão, não sendo possível o ajuizamento pelo Ministério Público ou Corte de Contas, nos termos de jurisprudência exemplificativa colacionada abaixo.

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão de inadmissibilidade de recurso extraordinário o qual impugna acórdão que reconheceu a ilegitimidade da Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais para promover a execução de multa aplicada pelo Tribunal de Contas do Estado. No recurso extraordinário, interposto com fundamento no art. 102, III, “a”, da Constituição Federal, aponta-se violação ao artigo 71, § 3º, do Texto Constitucional. O acórdão recorrido assentou que “a cominação decorreu de irregularidades na realização de licitações para a aquisição de bens e serviços para a Prefeitura Municipal de Águas Vermelhas, sendo essa a pessoa jurídica prejudicada pela atuação e, conseqüentemente, legitimada a mover a execução para receber o valor da multa.” (fl. 90) O requerente alega que o Estado é parte legítima

para executar as multas impostas pelo Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, uma vez que se trata de multa cominada no exercício do poder de polícia desse órgão estatal. Decido. Não assiste razão ao agravante. Na espécie, a decisão agravada consignou que o acórdão recorrido está em sintonia com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que somente o ente público beneficiário da condenação imposta pelo Tribunal de Contas pode propor a ação de cobrança. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que a competência para executar multa imposta pelo Tribunal de Contas Estadual a responsáveis por irregularidade no uso de bens públicos é do ente prejudicado. Portanto, esse Tribunal na é parte legítima para propor a ação de cobrança, seja diretamente ou por meio do Ministério Público. Nesse sentido, destaca-se o seguinte julgado: “RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SERGIPE. COMPETÊNCIA PARA EXECUTAR SUAS PRÓPRIAS DECISÕES: IMPOSSIBILIDADE. NORMA PERMISSIVA CONTIDA NA CARTA ESTADUAL. INCONSTITUCIONALIDADE. 1. As decisões das Cortes de Contas que impõem condenação patrimonial aos responsáveis por irregularidades no uso de bens públicos têm eficácia de título executivo (CF, artigo 71, § 3º). Não podem, contudo, ser executadas por iniciativa do próprio Tribunal de Contas, seja diretamente ou por meio do Ministério Público que atua perante ele. Ausência de titularidade, legitimidade e interesse imediato e concreto. 2. A ação de cobrança somente pode ser proposta pelo ente público beneficiário da condenação imposta pelo Tribunal de Contas, por intermédio de seus procuradores que atuam junto ao

órgão jurisdicional competente. 3. Norma inserida na Constituição do Estado de Sergipe, que permite ao Tribunal de Contas local executar suas próprias decisões (CE, artigo 68, XI). Competência não contemplada no modelo federal. Declaração de inconstitucionalidade, incidenter tantum, por violação ao princípio da simetria (CF, artigo 75). Recurso extraordinário não conhecido. (RE 223.037, Rel. Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, DJe 2.08.2002)“
AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO ACRE. IRREGULARIDADES NO USO DE BENS PÚBLICOS. CONDENAÇÃO PATRIMONIAL. COBRANÇA. COMPETÊNCIA. ENTE PÚBLICO BENEFICIÁRIO DA CONDENAÇÃO.
1. Em caso de multa imposta por Tribunal de Contas Estadual a responsáveis por irregularidades no uso de bens públicos, a ação de cobrança somente pode ser proposta pelo ente público beneficiário da condenação do TC. Precedente. Agravo regimental a que se nega provimento. (RE-AgR 510.034, Rel. Min. Eros Grau, Segunda Turma, DJe 14.08.2008) Ante o exposto, nego provimento ao recurso (arts. 21, § 1º, do RISTF). Publique-se. Brasília, 19 de novembro de 2010. Ministro GILMAR MENDES Relator Documento assinado digitalmente. (STF - AI: 826676, Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 19/11/2010, Data de Publicação: DJe-226 DIVULG 24/11/2010 PUBLIC 25/11/2010)

Por fim, finalizar o presente estudo tratando de assunto deveres pertinentes, em especial na competência julgadora decorrente do art. 71, II, da Carta Magna quanto à possibilidade do Tribunal de Contas, dentro de sua atribuição de fiscalizador da Administração Pública, proferir decisões cautelares, visando à suspensão ou concessão de determinada medida temporária, a ser confirmada *a posteriori*, visando ao resguardo do interesse público. A temática ganha especial atenção quando se considera

que em Municípios menores, em que o prefeito possui a dupla competência de ordenar despesas e gerir as contas de governos, a interrupção imediata de um determinado ato lesivo ao patrimônio público é essencial para o resguardo do patrimônio público.

No direito administrativo atual prevalece o princípio da legalidade, só sendo possível que os órgãos e entidades públicas atuem conforme prerrogativas previstas nos atos normativos. Entretanto, ainda que seja esta a regra na competência (requisito do ato administrativo) para a prática de atos, é possível analisar as exceções sob dois primas essenciais:

i) a teoria dos poderes implícitos, capitaneada pelo Supremo Tribunal Federal em diversas oportunidades (cita-se como exemplo a decisão proferida nos autos do [MS 33.092](#), rel. min. **Gilmar Mendes**, j. 24-3-2015, 2ª T, *DJE* de 17-8-2015), em que se vislumbre que quando o legislador defere a competência para a edição de um determinado ato, implicitamente concede as prerrogativas inerentes à concretização integral deste, sendo plenamente possível que a Corte de Contas adote todas as medidas necessárias ao cumprimento de seus deveres funcionais, inclusive concessão de medidas acautelatórias;

ii) a evolução do conceito de estrita legalidade, conforme preleciona doutrinadores como Gustavo Binenbojm, em que a Administração deve-se pautar não apenas pelas leis vigentes, mas sim em todo o complexo do ordenamento jurídico para que possa atuar conforme diretrizes necessárias para o resguardo de todo o sistema. Sendo assim, a competência para edição de atos seria vista num aspecto amplo, destinado à preservação de um conjunto de sistemas e regras não limitadas à lei formal, mas aos inúmeros princípios e diretrizes espalhados por todo o sistema.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao tratar sobre o controle da Administração Pública a cargo dos Tribunais de Contas, importante revisitar conceitos básicos de índole constitucional a respeito da separação dos poderes, da teoria dos *check and balances* e, em especial, detalhar sistematicamente as prerrogativas instituídas pela Carta Magna a respeito da função de supervisão exercida pelos poderes, seja em âmbito interno ou externo.

Mostra-se fundamental o ônus exercido pelas Cortes de Contas, em decorrência de seu caráter técnico e imparcial, para a correta verificação

de comandos públicos, tendo em vista que até mesmo atos políticos sofrem fiscalização quanto aos critérios de legitimidade, legalidade, economicidade, entre outros. A referida Corte, portanto, possui atuação ímpar no sistema de poder ao proceder com acurácia técnica no julgamento das contas públicas.

A presente pesquisa objetivou traçar as características fundamentais de tais prerrogativas e demonstrar, conforme farta jurisprudência colacionada, a ampliação de tais competências pelos Tribunais Superiores. Inegável, portanto, que para o aperfeiçoamento do modelo República (*res publica*, ou coisa pública) é necessária a transparência aferida pela tecnicidade dos Tribunais de Contas.

5 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL, **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal – MS: 24423 DF, Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 10/09/2008, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-035 DIVULG 19-02-2009 PUBLIC 20-02-2009 EMENT VOL-02349-05 PP-01060)

BRASIL, Supremo Tribunal Federal – AI: 826676, Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 19/11/2010, Data de Publicação: DJe-226 DIVULG 24/11/2010 PUBLIC 25/11/2010

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 27.^a Edição. São Paulo. Atlas. 2014.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 17.^a Edição. São Paulo. Saraiva. 2013.

LIMA, Luiz Henrique. **Controle Externo – Teoria e Jurisprudência para os Tribunais de Contas**. 6.^a Edição. Rio de Janeiro: Forense. 2015.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 10.^a Edição. São Paulo. Saraiva. 2012.

<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/175976/000464801.pdf?sequence=1>



**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE
FACULDADE DE DIREITO**



TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

MICHELE LUCAS DE CASTRO

**ESTADO DE EXCEÇÃO NA PENITENCIÁRIA: UMA ANÁLISE DO CAOS
INSTALADO NA PENITENCIÁRIA ESTADUAL DO RIO GRANDE - PERG**

Rio Grande/RS

2016

Michele Lucas de Castro

**ESTADO DE EXCEÇÃO NA PENITENCIÁRIA: UMA ANÁLISE DO CAOS
INSTALADO NA PENITENCIÁRIA ESTADUAL DO RIO GRANDE - PERG**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à banca examinadora da Universidade Federal do Rio Grande, como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Professora Doutora Raquel Fabiana Lopes Sparemberger

Rio Grande/RS

2016

Banca Examinadora:

Professora Doutora Raquel Fabiana Lopes Sparemberger - (Orientadora – FURG)

Prof. MSc. Elisa Girotti Celmer – (Membro da banca –FURG)

Mestrando Luís Felipe Hatje – (Membro da banca –FURG)

A todas as pessoas privadas da liberdade, seja ela qual for.

*“Tem dias que a gente se sente
Como quem partiu ou morreu
A gente estancou de repente
Ou foi o mundo então que cresceu
A gente quer ter voz ativa
No nosso destino mandar
Mas eis que chega a roda-viva
E carrega o destino para lá”*

Chico Buarque

RESUMO

CASTRO, Michele Lucas. **ESTADO DE EXCEÇÃO NA PENITENCIÁRIA: UMA ANÁLISE DO CAOS INSTALADO NA PENITENCIÁRIA ESTADUAL DO RIO GRANDE - PERG.** 2016. 66p. Monografia (graduação) - Faculdade de Direito. Universidade Federal do Rio Grande - FURG. Rio Grande.

O presente trabalho de conclusão do curso de Direito na Universidade Federal de Rio Grande, tem por escopo, analisar o instituto da prisão e o modo como é cumprida a fase executória da pena. Inicialmente, averigua-se o nascimento do modelo prisional, além do cenário prisional brasileiro e o modo como se dá o controle punitivo no país, sob uma perspectiva crítica. Em um segundo momento, analisa-se o estado de exceção teorizado por Giorgio Agambem, em busca de demonstrar o quanto o ordenamento jurídico brasileiro possui características próprias do sistema apresentado pelo autor. Ainda, há destaque para a vida nua e o seu desvalor, onde abre-se um debate sobre a extensa produção de vida nua em ambientes de cárcere, ou até mesmo, campos de concentração. Finalmente, passa-se à análise sobre a Penitenciária Estadual do Rio Grande, em um primeiro plano quanto à sua localização, estrutura, superlotação e mudanças. Logo após, verifica-se o empoderamento conferido aos aprisionados e, posteriormente, a conseqüente instauração de um estado de exceção combinado com a anuência jurídica. O trabalho conta com extensa pesquisa jurídica, teórica e de campo, tendo inclusive entrevistas com os principais atores do cárcere, ou seja, os presos em regime fechado.

PALAVRAS-CHAVE: Prisão; estado de exceção; vida nua.

ABSTRACT

CASTRO, Michele Lucas. **ESTADO DE EXCEÇÃO NA PENITENCIÁRIA: UMA ANÁLISE DO CAOS INSTALADO NA PENITENCIÁRIA ESTADUAL DO RIO GRANDE - PERG.** 2016. 66p. Monografia (graduação) - Faculdade de Direito. Universidade Federal do Rio Grande - FURG. Rio Grande.

This completion work of law school at the Federal University of Rio Grande, has the scope to analyze the Prison Institute and the way it is fulfilled the execution stage of the sentence. Initially ascertains the birth of the prison model, besides the Brazilian prison scene and the way it gives the punitive control in the country, from a critical perspective. In a second step, it analyzes the state of exception theorized by Giorgio Agambem, seeking to demonstrate how the Brazilian legal system has its own characteristics of the system presented by the author. Still, there is emphasis on the bare life and its worthlessness, which opens up a debate on the extensive production of bare life in prison environments, or even concentration camps. Finally, we move on to the analysis of the State Penitentiary of Rio Grande, in a foreground as to its location, structure, overcrowding and changes. Soon after, there is the empowerment granted to imprisoned and later the consequent establishment of a state of emergency combined with the legal agreement. The work has extensive legal research, theoretical and field, and including interviews with the main actors of the prison, the prisoners in closed regime.

KEYWORDS: Prison; state of emergency; bare life.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

FURG – UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE

LEP – LEI DE EXECUÇÃO PENAL

PAC – PROTOCOLO DE AÇÃO CONJUNTA

PERG – PENITENCIÁRIA ESTADUAL DO RIO GRANDE

PRP – PRESÍDIO REGIONAL DE PELOTAS

RS – RIO GRANDE DO SUL

SUSEPE - SUPERINTENDÊNCIA DE SERVIÇOS PENITENCIÁRIOS

VEC – VARA DE EXECUÇÃO CRIMINAL

INTRODUÇÃO

1O SISTEMA PRISIONAL E O CONTROLE DO SISTEMA PUNITIVO NO BRASIL

1.1O nascimento do modelo prisional

1.2O cenário prisional brasileiro

1.3 A gestão e a estrutura do sistema prisional no Brasil e o controle punitivo

2 A EMERGÊNCIA DO SISTEMA PRISIONAL (PENAL) DE EXCEÇÃO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

2.1O estado de exceção na teoria de Giorgio Agamben

2.2 A vida nua e a decisão soberana sobre seu desvalor: o cárcere e sua estrutura em debate

3. A EMERGÊNCIA DO SISTEMA PRISIONAL (PENAL) DE EXCEÇÃO E O EMPODERAMENTO DO PRESO NA PENITENCIÁRIA ESTADUAL DO RIO GRANDE – PERG: para além do controle punitivo estatal

3.1A PERG

3.2 O empoderamento

3.3 O estado de exceção instalado: perspectivas e desafios

CONSIDERAÇÕES FINAIS

REFERÊNCIAS

ANEXO 01 – Termo de Consentimento Livre e Esclarecido

ANEXO 02 – Roteiro de Entrevistas com os presos

INTRODUÇÃO

Este trabalho é um dos requisitos básicos para obtenção do bacharelado no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, da Universidade Federal do Rio Grande - FURG. Na reta final dos seis anos de graduação estipulados pelo cronograma universitário, contei com a parceria da Professora Doutora Raquel Fabiana Lopes Sparemberger, que me orientou neste trabalho de conclusão.

O tema proposto será desenvolvido com o aporte teórico necessário para a formulação de um trabalho acadêmico. Contudo, com o apoio da minha orientadora, que possui uma trajetória acadêmica multidisciplinar, permito-me, nas considerações iniciais deste projeto, fugir ao rigor da forma.

“Temos que aprender a dispersar poder de modo que a autodisciplina possa, em grande medida, substituir a disciplina imposta. Isso nos situa na área da cultura: substituir a burocracia por aspirações, valores e visões.” (O'BRIEN, 1995, p. 13)

Assim, cabe a mim, enquanto acadêmica de Direito, explicar os motivos que me levaram a realizar uma pesquisa perante um cenário tão árido, tal qual é o de uma penitenciária. A data do meu nascimento, 1º de outubro de 1992, citada na música “Diário de um detento”, do grupo de rap nacional, “Racionais MC’s”, como o dia que antecede o massacre do Carandiru, talvez seja a única coincidência que me ligue à realidade prisional.

Fora isso, qualquer contato que eu tenha vindo a adquirir com a penitenciária, foi buscado por mim. Prestes a retomar ao período letivo, para cursar as aulas do segundo ano da Faculdade de Direito, ingressei como trabalhadora voluntária na Defensoria Pública do Rio Grande. Era fevereiro de 2011 e eu, aos dezoito anos de idade, não tinha maturidade suficiente para contribuir com o trabalho realizado pela instituição dentro da Penitenciária Estadual do Rio Grande, de modo que era encarregada das demandas de Direito de Família.

Passados alguns anos, após ter tido contato com o âmbito da pesquisa, tanto pela Assessoria Jurídica Popular para Pesca Artesanal (AJUPESCA), quanto pelo estudo realizado sobre a justiça de transição no Brasil e em Portugal, fui integrada como estagiária do gabinete da Vara de Execução Criminal da Comarca do Rio Grande.

Mais uma vez passei a ter conviver com as demandas de uma população vulnerável, que necessitava do aporte do Poder Judiciário para efetivação de seus direitos. Assim, vi de perto os anseios, ainda que através de processos, dos mais de mil presos da PERG. Interessada em uma colaboração maior, em junho de 2014 passei a fazer parte do Conselho da Comunidade da Vara de Execuções Criminais da Comarca do Rio Grande/RS, na

condição de 1ª secretária.

O Conselho, como é comumente chamado, é órgão consultor e fiscalizador da execução das penas, estando previsto no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente na Lei de Execução Penal. Nesse trabalho voluntário, passei de mera espectadora a assistencialista, na medida em que me cabia exercer funções que iam desde a tesouraria até inspeção das condições dos segregados.

Nesse interim, tornei-me estagiária da 5ª Promotoria Criminal da cidade do Rio Grande, também responsável pela Vara de Execuções Criminais, além de ter passado a ser presidenta do Conselho da Comunidade de novembro de 2015 a junho de 2016. Atualmente, retornei às origens e estagio na Defensoria Pública Estadual, ainda lidando com a matéria criminal.

Foi devido a esse convívio de anos com o ambiente prisional riograndino, que me vi na necessidade de descrever aquilo que vi, no âmbito acadêmico. Diante do contexto político e da crise do Poder Judiciário do Brasil no ano de 2016, vejo que, por uma infeliz coincidência, o tema estado de exceção, teorizado principalmente por Giorgio Agamben, é cada vez mais atual.

Logo, este trabalho busca demonstrar, através de intensa pesquisa, que apesar de não ser vista pela sociedade, a população carcerária está inserida em um estado de exceção permanente. Para isso, no primeiro capítulo, intitulado "O sistema prisional e o controle do sistema punitivo no Brasil", procuramos estabelecer os nexos entre o nascimento do modelo prisional e o cenário prisional brasileiro, demonstrando também como é efetivado o controle punitivo estatal no nosso país.

Em um segundo momento, sob uma perspectiva unicamente teórica, trabalhamos com "A emergência do sistema prisional (penal) de exceção no Estado Democrático de Direito". Nesse segundo capítulo, descrevemos o estado de exceção na teoria de Giorgio Agamben; além da vida nua e a decisão soberana sobre o seu desvalor, buscando aproximar o conceito de campo à realidade do cárcere e sua estrutura.

Finalmente, através de entrevistas semiestruturadas que puderam ser realizadas de maneira livre graças ao meu histórico no sistema prisional, conseguimos elaborar uma narrativa que reflete a emergência do sistema prisional (penal) de exceção e o empoderamento do preso na Penitenciária Estadual do Rio Grande – PERG.

Nessa etapa, analisou-se o empoderamento dos apenados para além do controle punitivo estatal, não antes de haver uma descrição detalhada sobre a PERG, quanto à sua

estrutura física e administrativa. Ressalta-se que a confiança dos apenados entrevistados em descrever o ambiente em que vivem só foi possível graças a um trabalho de anos que teve seu fim, da minha parte, com a elaboração desta pesquisa.

Com isso, procuramos verificar as perspectivas e desafios do estado de exceção instalado na Penitenciária da cidade. Dessa forma, objetivamos que a comunidade acadêmica veja o sistema prisional como um espaço a ser ocupado, para que se possa ao menos tentar converter um campo de produção de vida nua em um local que busque a efetivação dos direitos humanos e fundamentais.

1. O SISTEMA PRISIONAL E O CONTROLE DO SISTEMA PUNITIVO NO BRASIL

*“Ah! Aumenta a raiva em mim sim, pelo que penso, creio e vejo aqui
Até o Loquinho não se despediu de mim, deixou sozinho
Parte do Canão Deus levou, um dia desses ele mesmo falou pra mim
País da Fome, no fundo de uma cela pensa um homem”*

Sabotage

1.1 - O nascimento do modelo prisional

O estudo do nascimento do modelo prisional está relacionado com a criação de um instrumento punitivo estatal. Ainda que atualmente a prisão esteja intrinsecamente ligada à pena, há inúmeras observações que devem ser abordadas. Dallari (2000, p. 08), ao dissertar sobre a obra de Pietro Verri (2000, p. 08), assim discorre:

O povo quer que alguém seja punido por seus incômodos e por suas desgraças, mesmo que seja absolutamente ilógica essa pretensão punitiva. E o próprio povo, quando é ignorante e preconceituoso, contribui para que alguns sejam vítimas da arbitrariedade do governo e assim fortalece os governantes tirânicos e sem escrúpulos.

Verifica-se, perante o curso da história, que essa pretensão punitiva, abordada pelo autor, é especialmente dirigida às camadas sociais mais pobres, que não se encaixam no ideal de cidadania proposto pelo Estado. Dessa forma, com a aclamação e anuência do povo, a vingança individual passou a ser um meio de castigo dos deuses para com o infrator, baseando-se no apoio da religião para tanto.

No medievo, o instrumental normativo de definição do desvio é construído com a coligação entre as noções de direito e moral, perfazendo uma estrutura híbrida de ilícito parcialmente civil (terreno) e parcialmente eclesiástico, cuja ofensa manifesta-se simultaneamente contra Deus e o Príncipe. Desta natureza ‘mista’ do desvio punível obtém-se o tipo de *lesa-majestade divina*. (CARVALHO, 2008, p. 15)

A nova abordagem dada à infração passou a limitar a liberdade do homem. Conforme Beccaria (2009, p. 37), as leis devem ser pactos entre homens livres, mas na verdade não passam ou de instrumentos das paixões de uns poucos, ou são baseadas na necessidade passageira. Assim, o homem que até então gozava de liberdade, optou por criar -

e aceitar - leis, ainda que estas sacrificassem alguns de seus direitos, para poder gozar de certa segurança e tranquilidade.

Nesse sentido, o autor questiona a possível desordem que pode advir da interpretação legislativa dos juízes:

A autoridade de interpretar leis penais não pode ser atribuída nem mesmo aos juízes criminais, pela simples razão de que eles não são legisladores. Os juízes não receberam as leis dos nossos antepassados como tradição de família, nem como testamento, que só deixasse aos pósteros a missão de obedecer, mas recebem-nas da sociedade vivente ou do soberano que a representa, como legítimo depositário do atual resultado da vontade de todos. (BECCARIA, 2006, p. 36)

Na obra “Origem da pena de prisão” (CHIAVERINI, 2009, p. 14), a autora descreve a solidariedade na resposta penal, na medida em que o homem primitivo não questiona: “como isso ocorreu, mas quem o fez.” O autor Shecaira (2008, p. 69) classifica essa atividade como parte do controle social informal: “A efetividade do controle social formal é muito menor do que aquela exercida pelas instâncias informais.”

A partir desse princípio, advém a figura do inimigo do direito penal:

Como ninguém pode prever exatamente o que algum de nós- nem sequer nós mesmos – fará no futuro, a incerteza do futuro mantém aberto o juízo de periculosidade até o momento em que quem decide quem é o inimigo deixa de considera-lo como tal. Com isso, o *grau de periculosidade do inimigo* – e, portanto, da necessidade de contenção – dependerá sempre do juízo subjetivo do individualizador, que não é outro senão o de quem exerce o poder. (ZAFFARONI, 2011, p. 25)

Para Ruiz (2012, p. 11), o Direito penal do inimigo foi introduzido, por Jakobs, como um outro direito penal, não pertencendo ao cidadão, mas a todos que poderiam colocar em risco a integridade do sistema social. Assim, seria fundamental não transferir a arbitrariedade dada aos inimigos para os cidadãos. “Diferenciar as esferas seria reconhecer, por exemplo, que nem todo Direito Penal é do inimigo, apesar de usar a mais grave coação em mãos do Estado.”

A Igreja, concomitantemente com o combate da heresia, passou a pregar a remissão da culpa, onde o cárcere seria o instrumento espiritual do castigo, sustentando que o sofrimento e a solidão da alma do homem faziam com que ele se aproximasse do purgatório (CHIAVERINI, 2009, p. 52).

Foucault (2010, p. 09), em sua obra Vigiar e Punir relata o suplício, método de

punição que fazia uso do sofrimento do corpo do indivíduo, através de atos brutais. Tal prática perdurou até o início do século VIII e consistia, principalmente, em negar qualquer direito ao suspeito. O saber, portanto, era apenas do órgão acusador, que não tinha qualquer pretensão com a recuperação do condenado, mas estava atrelado apenas a um ímpeto de reconstruir a ordem violada através do sofrimento.

Conforme o autor, a mudança da estrutura punitiva só foi abordada a partir do momento em que os reformadores perceberam que os espetáculos de tortura do corpo do condenado começaram a fomentar uma compaixão popular. Aliado a isto, está a maior circulação de bens de consumo que caminhou, inevitavelmente, a uma maior quantidade de crimes de roubos, de modo que não seria possível punir delitos tão graves - na visão do legislador - com o suplício. Assim, surge entre os séculos XVIII e XIX o instituto da prisão (FOUCAULT, 2010, p. 25).

O nascimento da prisão como alternativa ao sofrimento e pena de morte desonerou também a justiça, que passou a encarregar ao Estado à tarefa de executar a pena, ao passo que o Juiz assumiu a figura de educador:

A justiça não mais assume publicamente a parte da violência que está ligada em seu exercício, nasce a prisão. O espetáculo sai de cena e dá lugar ao sigilo. A apuração do crime é notícia e a execução da pena é retirada (FOUCAULT, 2010, p. 53).

Outrossim, ainda que a prisão já tivesse figurado no cenário mundial, o clero revelou a possibilidade da serventia desta como forma de penitência. Para além disso, a Idade Moderna buscou disciplinar o indivíduo para que este se tornasse um instrumento do ideário capitalista:

Durkheim indicava mais precisamente que um ato é criminoso quando ofende os estados fortes definidos da consciência coletiva, entendendo-se por consciência coletiva o conjunto das crenças e dos sentimentos comuns à média dos membros de uma mesma sociedade. (...) Ele os explica enquanto são ofensas contra o Estado e, ao ser este o guardião dos sentimentos coletivos, devem ser consideradas ofensas contra a consciência coletiva e, por conseguinte, devem ter uma resposta punitiva, ainda que não afetem a “alma comum”. (ANITUA, 2008 p. 445)

Assim, de acordo com Foucault (2010, p. 22), a pena passou a ter como objeto não mais o corpo do condenado, mas sua alma. Apesar disso, o único meio de punir a alma foi aprisionando o corpo, que ainda que longe do cárcere, passou a ser moldado e domesticado para a manutenção do capitalismo latente. A partir daí, os seres humanos ficaram sujeitos à

dominação e vontade de soberanos, que dispunham de seu tempo e, por conseguinte, de sua liberdade.

Para Melossi (2006, p. 36), a cadeia era como uma fábrica de homens, necessária para a emergência da nova ordem industrial que nascia. Tratava-se de um problema diretamente proporcional à relação entre o capital e o trabalho. É certo dizer que o direito já tinha uma pré-determinação sobre o que era delito e como o mesmo se desenvolvia. Apesar disso, a escola positivista italiana não se conteve em revolucionar esse direito ao adotar o método da observação experimental para determinar as origens do delito no delinquente.

Conforme Rosa Del Olmo explicita (2004, p. 63), as tentativas dos cientistas da antropologia criminal da época eram de transformar os “desviantes” em perturbados: tanto pessoalmente quanto psicologicamente. Isso faria com que se pensasse que sua não adesão ao sistema dominante se daria por uma questão natural, não social.

Nas condições de Estado Mínimo vivenciadas no século XIX a livre concorrência era o estilo de economia ideal para o sistema capitalista da época, de modo que o indivíduo teria liberdade absoluta, desde que dentro da ordem social. Isto significa que quem recusa ser livre é perverso, e essa recusa nada mais é do que produto de sua própria vontade (DEL OLMO, 2004, p. 64).

Com a abundante criação de produtos por máquinas, alastrando um desemprego nunca visto antes, ficou claro que o Estado não estava preparado para lidar com a quantidade de produtos sem mercado de venda definidos. Segundo Chiaverini (2009, p. 57) esta guinada na história fez com que o Estado não se contentasse mais apenas garantindo condições gerais de produção, era preciso lidar também com o advento do imperialismo.

Ao nascimento da antropologia criminal por meio do imperialismo, percebeu-se que, com a racionalização das desigualdades não estava mais na decisão do homem de aceitar ou não obedecer à ordem. A partir deste momento não seria mais fruto de sua vontade a condição de se sujeitar ao sistema dominante. Os seres, portanto, estariam sujeitos ao determinismo, uma vez que seria taxado de inferior todo aquele que não conseguisse “se adequar” à ordem social vigente (CAMARGO, 2002, p. 146).

Poderia haver na época dois tipos de homem, aquele normal que estaria vinculado à ordem pelo livre arbítrio, e o anormal que seria geneticamente inferior e por isso

não conseguiria se sujeitar à ordem social da época. Lombroso foi o verdadeiro embaixador desta concepção determinista (2007, p. 201). O psiquiatra tornou-se famoso por defender a teoria que ficou popularmente conhecida como a do "criminoso nato".

Ao partir do pressuposto de que os comportamentos são biologicamente determinados, e ao basear suas afirmações em grande quantidade de dados antropométricos, Lombroso (2007, p. 204) construiu uma teoria evolucionista na qual os criminosos aparecem como tipos atávicos, ou seja, como indivíduos que reproduzem física e mentalmente características primitivas do homem. Sendo o atavismo tanto físico quanto mental, teria que haver uma identificação, valendo-se de sinais anatômicos, daqueles indivíduos que estariam hereditariamente destinados ao crime.

A ciência conhecida como criminologia conseguiu seu espaço com grande ajuda da escola positivista italiana. A imposição dessa ciência serviria para corroborar de maneira científica o que já se tentava demonstrar e justificar a algum tempo naquele país.

Quem deseja esclarecer o fenômeno da “desviação criminal” através de investigações sobre a pessoa desviada *in concreto* tem que introduzir, entre os pressupostos de análise, o fato de que a desviação é um fenômeno de interação que se produz entre indivíduos, que além de um autor exige uma vítima, que possivelmente, de algum modo, é dependente daquele, que a propensão ao delito pode surgir de situações favoráveis e desfavoráveis. Em síntese, deve-se levar em consideração que todo conhecimento sobre as conexões biológicas do delito somente são suscetíveis de explicação se colocados em relação aos dados não biológicos, e a relevância de tais condições obriga, em consequência, a relativizar aquele conhecimento. (HASSEMER, 2008, p.33)

Desta maneira, como aquele país poderia explicar sua abstenção na tentativa de resolver o problema senão por meio da “natureza”. Não foi atoa que os primeiros estudos sobre o quesito inferioridade de raças, desenvolvido por Lombroso se deu com soldados do sul da Itália: “a inferioridade racial era a única inferioridade que a ideologia dominante podia aceitar para justificar as diferenças que a exploração originava” (DEL OLMO, 2004, p. 51).

Com a revolução industrial e a conseqüente necessidade de mão de obra, as prisões eram consideradas casas de correção, que serviam para o adestramento do ser humano ao trabalho. A Inglaterra e Holanda foram os primeiros a fundar tal instituto, sendo que, na época, os holandeses necessitavam de mais material humano pelo fato de terem adentrado à revolução industrial mais tarde. As casas de correção se traduziram em uma forma de assistencialismo dos pobres, oficina de trabalho e também instituição penal (CHIAVERINI, 2009, p. 84).

Após ter sido superada a escassez de mão de obra, o proletariado passou a criticar a prevalência de trabalho aos condenados e segregados, o que fez com que houvesse um endurecimento do tratamento carcerário e conseqüentemente um aumento no número de mortes em tais locais, transformando, assim, as casas de correção em meras prisões.

O crime e o criminoso passaram a ser destacados, analisados em todos os seus detalhes e expostos, enquanto a punição é a mais discreta possível. É melhor que o povo tenha alguma sensação de impunidade e constantemente exija mais controle social do Estado e mais rigor nas punições, do que perceba que seus membros são gravemente punidos por esse controle. A insegurança em que vive a sociedade é divulgada, mas seus atores são trocados na propaganda ideológica. O perigo não está mais no uso arbitrário da máquina estatal está no criminoso, no indisciplinado, no desempregado, no vadio, no inútil, naquele que não consome nem colabora com o bem-estar que supostamente usufrui com a vaidade m sociedade. A violência vem daquele que rompeu com o contrato social que o favorecia (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p. 90/91)

Segundo Chiaverini (2009, p. 113), a prisão soma duas restrições: tempo e espaço. Sob uma ótica capitalista, o indivíduo que não se enquadra na sociedade é retirado daquele espaço e passa a viver segregado dos demais, em espaço reservado aos seus. O tempo, por sua vez, é medido de acordo com a pena, esta tratada como sendo de caráter retributivo e ressocializador, mas que prima, antes de tudo, pela vingança, na medida em que é geral e imposta pela legislação, que não se interessa na adaptação da pena de prisão a cada caso concreto.

Portanto, a duração da pena de prisão tem um inegável e predominante caráter de vingança e imposição de um sofrimento. A preocupação com a recuperação do infrator está em segundo plano ou as penas não teriam suas durações fixadas pela lei segundo um suposto critério de proporcionalidade entre a gravidade do crime praticado e a maior ou menor duração da pena (CHIAVERINI, 2009, p. 22).

Em 1777, em atenção às necessidades de readequação da prisão, o humanista John Howard publica "As condições das prisões da Inglaterra e Gales". Na obra, é feita referência ao caráter não mais temporário da prisão, e é mencionada a importância de uma fiscalização do ambiente por meio do Judiciário.

Howard defendeu ideias sobre a necessidade de um local apropriado para o cumprimento da pena privativa de liberdade, ou seja, um estabelecimento em que as mínimas necessidades do preso fossem respeitadas, onde a condição humana deste fosse observada, ou seja, desde as estruturas físicas até a escolha dos carcereiros deveriam ser voltadas para humanizar as prisões (GARCIA FILHO, 2013, p. 15).

A fim de contribuir com a reforma do sistema punitivo, o inglês Jeremy Bentham (1748-1832), buscava uma punição proporcional ao delito cometido, sob a justificativa da mudança de hábito do indivíduo. Segundo o autor, a prisão deveria ter uma disciplina severa,

contar com uma alimentação grosseira e vestimenta humilhante. Dez anos depois da publicação de Howard, Bentham lança mão do “Panóptico”, modelo de penitenciária onde o vigilante conseguiria observar todos os prisioneiros sem que estes o vissem. Para isso, a prisão teria uma arquitetura circular, com celas em sua volta e o meio vazio com uma torre onde estaria o referido vigia (FOUCAULT, 2010, p. 186).

Foucault utiliza-se do panóptico para demonstrar como a busca pela disciplina torna desnecessárias as grades de uma prisão, de modo que as estruturas hierárquicas como escolas, hospitais, fábricas e os quartéis fazem uso do mesmo modo de dominação.

A “disciplina” não pode se identificar com uma instituição nem com um aparelho; ela é um tipo de poder, uma modalidade para exercê-lo, que comporta todo um conjunto de instrumentos, de técnicas, de procedimentos, de níveis de aplicação, de alvos; ela é uma “física” ou uma “anatomia” do poder, uma tecnologia. E pode ficar a cargo seja de instituições “especializadas” (as penitenciárias, ou as casas de correção do século XIX), seja de instituições que dela se servem como instrumento essencial para um fim determinado (as casas de educação, os hospitais), seja de instâncias preexistentes que nela encontram maneira de reforçar ou de reorganizar seus mecanismos internos de poder (um dia se precisará mostrar como as relações intrafamiliares, essencialmente na cédula pais-filhos, se “disciplinaram”, absorvendo desde a Era Clássica esquemas externos, escolares, militares, depois médicos, psiquiátricos, psicólogos, que fizeram da família o local de surgimento privilegiado para a questão disciplinar do normal e do anormal), seja de aparelhos que fizeram da disciplina seu princípio de funcionamento interior (disciplinação do aparelho administrativo a partir da época napoleônica), seja enfim de aparelhos estatais que têm por função não exclusiva, mas principalmente, fazer reinar a disciplina na escala de uma sociedade (a polícia) (FOUCAULT, 2010, p. 203/204).

Com o advento do mercantilismo, os Estados Unidos se identificam com o Estado burguês, fundamentando-o na teoria do contrato social e no livre arbítrio. Assim, os norte-americanos passaram a adotar a teoria retributiva da pena. “Segundo este esquema retribucionista, é atribuída à pena, exclusivamente, a difícil incumbência de realizar a Justiça (BITTENCOURT, 2011, p. 100)”. O autor destaca que, naquele período, a pena seria o ato de retribuição do Estado ao crime cometido pelo infrator.

Na aplicação da teoria retributiva, também conhecida como teoria absoluta, os estadunidenses deram início ao isolamento absoluto, onde o indivíduo ficaria sem trabalho e sem contato com o mundo externo, devendo ler a Bíblia sem interação social com outros condenados.

Na contramão de tal modelo, a cidade de Auburn, em 1821 cria uma penitenciária com Estado de Nova Iorque, o oposto ao anterior, composto de uma penitenciária que possibilita refeições em comum, lazer e exercícios físicos. Apesar disso, ainda havia uma

regra de silêncio absoluto, que lembra o isolamento anterior aplicado no sistema norte americano. Apesar de manter-se como sistema punitivo e retributivo da pena, o novo método fazia uso do desenvolvimento econômico e de forças produtivas (BATISTELA E AMARAL, 2014, p. 06)

Foucault conclui que, ainda que a reforma prisional tenha fracassado, a privação da liberdade alcançou seu objetivo. Segundo ele, o modelo penitenciário não objetivava recuperar os inimigos por meios humanitários, mas sim reforçar o controle e encarceramento já existentes (2010, p. 79).

1.2– O cenário prisional brasileiro

A autora Rosa del olmo (2004, p. 34) classifica como um escolasticismo cientificista o fato da América Latina importar modelos prontos da criminologia europeia como solução científica para os delitos no hemisfério sul. Segundo ela, essa manutenção de um caráter dependente era providencial para a homogeneidade das classes dominantes do poder.

Assim, de acordo com a autora (DEL OLMO, 2004, p. 36), não há uma pura aceitação da ciência, mas sim uma forma doentia de crer que tudo que a ciência diz e dita está certo, sem necessitar de verificação experimental.

Outra grande contribuição para a dependência do nosso povo talvez tenha sido a representação que escolhemos para a solução dos nossos problemas. Quem seria a minoria ilustrada que nos representaria em congressos internacionais que teriam o poder de decidir nosso futuro? Afinal de contas, quem eram aqueles brasileiros que viviam fora do nosso país e não sabiam sequer quais eram os problemas que nos afetavam diretamente?

Eram os representantes das cidades latino-americanas e não de seus países, e dentro dessas cidades, membros de uma classe que não estava preocupada em resolver problemas locais, a menos que estes os afetassem diretamente. Às vezes nem sequer sabiam o que ocorria em suas próprias cidades, porque isso não lhes interessava. (DEL OLMO, 2004, p. 164)

A primeira “importação” das descobertas europeias foi a penitenciária. Sem dúvida, era urgente à América Latina tomar uma solução quanto o desejo de resolver o estado dos presos na época colonial. Apesar dessa preocupação, mais uma vez a pura aceitação da

“ciência” fez-se suficiente.

Apesar de em 1860 a Europa já saber que o sistema penitenciário jamais seria um centro de reabilitação e sim de custódia, a América Latina e sua minoria ilustrada e dominante não se importou em trazer para si um centro de segregação. Dessa forma, desde o início da penitenciária neste país, ela serviu como depósito de presos que segue sem uma solução pacífica até nossos dias.

Outro sistema adotado pelo nosso continente foi a deportação. Aqui há uma sutil diferença entre o modelo europeu e o sul-americano. O delinquente expulso no velho mundo era mandado definitivamente para colônias de seu país de origem. Nesse sentido, Chiaverini (2009, p. 40) explica que:

A prisão, por sua vez, ainda pouco adotada, era substituída muitas vezes pela deportação para a América. Fato esse intimamente ligado à colonização e à posição marginal de poder deste continente, vez que representou a recepção seguidas vezes de grupos marginados do poder central. Nesse período, a prisão era utilizada apenas enquanto recurso processual, nos momentos de espera de sentenças, e quando aplicada como pena, tratava-se de raríssimos casos de pequenos infratores. Nesse ínterim, houve transformações, por conta da independência dos EUA, que impossibilitaram a deportação para esse novo país. Sendo assim, esta espécie de pena foi substituída em grande medida pela pena de galés. Nos anos seguintes, fins do século XVIII e início do século XIX, passa-se a generalizar a prisão enquanto pena central, tendo como um de seus discursos racionalizadores as idéias utilitaristas de Bentham.

A solução encontrada na América Latina foi o envio do indivíduo para uma ilha próxima ou simplesmente uma selva onde não havia ilhas.

Na América Latina enviava-se o indivíduo por tempo determinado, estabelecido pela autoridade competente. Mas, de fato, a expulsão tornava-se permanente, pela tendência de voltar a enviar esse indivíduo à ilha, em muitos casos somente por ter antecedente de haver estado lá pela primeira vez. (DEL OLMO, 2004, p. 169)

Pouco tempo depois da importação do sistema penitenciário europeu, surge no sul da América a preocupação em criar uma legislação específica para o problema do delito. Uma característica interessante é que os postulados positivistas foram deixados de lado quando se pensou em um nível legislativo. Preferiu-se adotar uma tendência clássica, tal qual era o Código Penal espanhol. Dessa forma, de 1826 em El Salvador, até 1898 em Honduras, todos os Códigos Penais adotados neste continente eram uma fiel cópia ao Código da Espanha (DEL OLMO, 2004, p. 210).

Apesar da adoção de leis espanholas para se entender o que de fato vem a ser o delito e como se deve puni-lo, a técnica do tratamento seria totalmente advinda da América do Norte. Houve a adoção praticamente literal das legislações dos Países Centrais, que se apresentavam de modo quase inadaptável à realidade marginal. O Código Penal Brasileiro de 1830, por exemplo, combinou em sua redação matrizes disciplinaristas e contratualistas, e produziu contradições, especialmente quanto à regulação de conflitos em que os escravos eram parte (PRANDO, 2006, p. 86).

No Brasil, os estados do Rio de Janeiro e de São Paulo foram as primeiras capitais a construir estabelecimentos correcionais, chamados de Casa de Correção à época. Todavia, a distinção das cadeias e casas de correção não perdurou muito, na medida em que rapidamente os presos de ambas foram misturados por meio de transferência, fazendo com que os condenados à prisão simples ficassem juntos com condenados à prisão com trabalhos, restando prejudicial que fossem desenvolvidas as funções da prisão inicialmente previstas na casa de correção (CHIAVERINI, 2009, p. 24).

Conforme a autora Argôlo (2015, p. 05), “durante muito tempo o condenado foi objeto da Execução Penal e só recentemente é que ocorreu o reconhecimento dos direitos da pessoa humana do condenado”. De fato, as políticas públicas na área penal há muito ensaiam uma legislação voltada para a execução da pena, todavia, apenas quatro anos antes da promulgação da Constituição Federal vigente, é que foi promulgada a LEP.

Apesar disso, de acordo com Gomes (2010, p. 22), desde o início do século XIX o número de presos é superior ao número de vagas, de modo que a superlotação não é uma questão nova no país. Outrossim, tanto a Constituição de 1824 que determinava que as cadeias tivessem réus separados por tipo de crime e penas, quanto o Código Penal de 1890, que legitimou a transferência de presos com bom comportamento para presídios agrícolas, foram descumpridos.

A primeira tentativa de uma codificação das normas de Execução Penal foi em 1933, por meio do projeto do Código Penitenciário da República, elaborado por Cândido Mendes, Lemos de Brito e Heitor Carrilho, que veio até mesmo ser publicado no Diário do Poder Legislativo, no Rio de Janeiro, edição de 25 de fevereiro de 1937, que continuou a ser discutido até a promulgação do Código Penal de 1940, porém o projeto acabou sendo abandonado por destoar do referido Código; o citado projeto propunha que, além de cumprir a pena, o apenado também trabalhasse como forma de atingir sua reinserção social, tal previsão desde então até hoje não se efetivou. (GOMES, 2010, p. 22)

Sabe-se que, a partir do trânsito em julgado de uma condenação, a pretensão punitiva do Estado se transforma em pretensão executória.

O entroncamento entre a atividade judicial e a administrativa ocorre porque o Judiciário é o órgão encarregado de proferir os comandos pertinentes à execução da pena, embora o efetivo cumprimento se dê em estabelecimentos administrados, custeados e sob a responsabilidade do Executivo. É certo que o juiz é o corregedor do presídio, mas a sua atividade fiscalizatória não supre o aspecto de autonomia administrativa plena de que gozam os estabelecimentos penais no País, bem como os hospitais de custódia e tratamento. (NUCCI, 2014, p. 941).

De acordo Gomes (2010, p. 28) a execução penal é fase onde o Estado pode exercer o poder punitivo através de um "poder de império", impondo uma pena ao violador das regras de boa convivência social. A lei de execução penal brasileira, tida como um dos institutos penais mais aclamados a nível mundial, dispõe da pena com caráter retributivo, ressocializante e reeducativo.

A execução penal deve objetivar a integração social do condenado ou do internado, já que adotada a teoria mista ou eclética, segundo a qual a natureza retributiva da pena não busca apenas a prevenção, mas também a humanização. Objetiva-se, por meio da execução, punir e humanizar (MARCÃO, 2013, p. 31)

Há muitas críticas com relação à efetividade da Lei de Execução Penal no país. Apesar do discurso de impunidade que assola a sociedade brasileira, o Brasil é um dos países que mais prende no mundo.

Conforme dados coletados até junho de 2014, o Brasil é o quarto país com mais presos no mundo, número menor apenas que Estados Unidos, China e Rússia. Os mesmos dados apontam um crescimento de 161% no total de presos desde 2000 no país, sendo o segundo país no mundo que mais prendeu nos últimos quinze anos. Assim, o Brasil foi capaz de alcançar a marca de 607.731 pessoas presas. Ainda, que o número de pessoas encarceradas seja alarmante, as condições dos presídios brasileiros não foram repensadas (INFOPEN, junho/2014).

Além de possuir mais presos, as condições do sistema prisional seguem degradantes, aponta o relatório. Em 2014, o Brasil possuía um déficit de 231 mil vagas. Isso significa dizer que os presídios brasileiros vivem em uma condição de superlotação, com 1,6 presos por vaga. A situação é especialmente grave em um quarto das prisões, onde existem mais de dois presos por vaga (REDAÇÃO, 2015, p. 01).

Nesse sentido, verifica-se a inaplicabilidade da Lei de Execução Penal Brasileira, que prevê a existência de penitenciárias de diferentes níveis de segurança, colônias agrícola, industriais ou similares; casas do albergado; hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico; cadeias públicas, mas acaba por alojar os presos em locais indiscriminados, sem que sejam diferenciados, conforme dispõe os artigos 83 e 104 da lei de Execuções Penais.

Diante do exposto, é necessário dizer que estamos diante da distinção já elaborada por Hans Kelsen: entre ser e dever-ser. Dessa forma, o "ser" compreende a realidade prisional brasileira, que sofre uma crise de infra-estrutura e carência no sistema penal; enquanto o "dever-ser" nada mais é do que está tipificado na Lei de Execução Penal, ou seja, a previsão normativa brasileira (GOMES, 2010, p. 38).

Nesse ponto importa salientar que a norma, como o sentido específico de um ato intencional dirigido à conduta de outrem, é qualquer coisa de diferente do ato de vontade cujo sentido ela constitui. Na verdade, a norma é um dever-ser e o ato de vontade de que ela constitui o sentido é um ser. (...)No entanto, este dualismo de ser e dever-ser não significa que ser e dever-ser se coloquem um ao lado do outro sem qualquer relação. Diz-se: um ser pode corresponder a um dever-ser, o que significa que algo pode ser da maneira como deve ser. Afirma-se, por outro lado, que o dever-ser é "dirigido" a um "ser"(GOMES, 2010, p. 6/7).

Assim, Salo de Carvalho (2008, p. 155) advoga que há um consenso no país que classifica os problemas da execução penal como meramente administrativos, de modo que, segundo esses, caso fossem cumpridos os preceitos da Lei de Execuções Penais, os direitos do preso estariam garantidos. Segundo o autor, trata-se de uma "falácia politicista na qual incorrem os juristas ao direcionarem suas críticas exclusivamente ao Estado-Administração, eximindo sua responsabilidade" (CARVALHO, 2008, p. 156).

Carvalho assegura que, ainda que a LEP tenha dado atenção à necessidade de jurisdicionalizar a execução da pena, apenas a Constituição de 1988 fez com que o tratamento penal adquirisse feição constitucional. Ainda, conforme o autor, a abordagem da Lei de Execução Penal brasileira é falha, mas cabe ao operador jurídico garantir um mínimo de dignidade ao preso (2008, p. 156), o que só poderá ser feito se a Constituição for compreendida como "rígido instrumento de (des) legitimação das normas ordinárias."

De acordo com Carvalho (2008, p. 154) "Como em nenhum outro estatuto nacional, a Constituição de 1988 introduziu expressamente direitos ao preso, rompendo com a lógica belicista que tornava o sujeito condenado mero objeto nas mãos da administração pública."

Embora não deva ser tomada como livro sagrado, a Constituição de 1988 representou e continua a representar uma janela de oportunidade significativa para rejeição do nosso passado autoritário. Produto de circunstâncias históricas muito peculiares, de certo modo pode ser dito que só temos uma Constituição tão libertária e democrática por causa da ditadura, que manteve represadas por duas décadas as energias dedicadas ao reconhecimento da diversidade do corpo social. A CF/88 representa a possibilidade de oxigenação plural para um país acostumado historicamente com a ruptura autoritária da democracia e com a continuidade do mandonismo e do compadrio. (KHALED JR., 2016, p. 25)

Apesar disso, conforme Khaled Jr. (2016, p. 25), o déficit de efetividade da Constituição brasileira assusta. Para o autor, “nosso sistema penitenciário é absolutamente ilegal em todos os sentidos possíveis e imagináveis” (2016, p. 27). Segundo ele, os presídios brasileiros especializaram-se em triturar a vida humana, impondo um sofrimento que não é amparado pela Lei de Execução Penal, quanto menos ainda na Constituição Federal.

O aparato penitenciário é território inóspito, não colonizado pelo Direito. Submete os que lá estão a um processo de profunda degradação, ainda que algumas almas dedicadas à reprodução ideológica do sistema penal sustentem que a função da pena consiste na ressocialização. Não é por acaso que em outra oportunidade denominei de *holocausto nosso de cada dia* a realidade operativa da pena privativa de liberdade brasileira. Muitos se iludem pensando que presídios estão repletos de assassinos e estupradores, quando a realidade é muito diferente. Basta olhar as estatísticas, publicamente disponíveis (KHALED JR., 2016, p. 28)

Analisando o exposto, resta claro que o cenário prisional brasileiro é caótico. Apesar da Constituição Federal tentar suprir de forma digna as falhas da Lei de Execução Penal, curiosamente tão aclamada, é nítido que o caráter apátrida dos presos, que não exercem o direito ao voto, faz com que se crie um ambiente onde a vida humana não importa e é esquecida. Nesse sentido, é necessária uma urgente reforma no sistema prisional brasileiro para que se restaure um mínimo de dignidade a todos que estão segregados.

1.3 - A gestão e a estrutura do sistema prisional no Brasil e o controle punitivo

Estruturar o apogeu do sistema prisional no Brasil não é uma tarefa fácil. É necessário que se realize um estudo sobre o controle punitivo no país desde os primórdios. Para Freire (2009, p. 49), é importante que sejam identificados os diferentes paradigmas de segurança pública, isto é, as diferentes visões de mundo compartilhadas, que influenciam a forma de pensar de determinados grupos em determinadas épocas. Nesse sentido, deve-se verificar os paradigmas que levam à formulação das políticas públicas brasileiras, para que se atinja um conhecimento razoável dos objetivos daqueles que formulam as políticas e dos resultados destas.

Segundo Moema Dutra Freire (2009, p. 50), há três paradigmas principais na área de segurança: “Segurança Nacional – Ditadura Militar; Segurança Pública – fortalecida com a Constituição Federal de 1988 e Segurança Cidadã – em ascensão a partir dos anos 2000”. A autora destaca que os paradigmas não são estanques, tampouco excludentes e se caracterizam como crenças, valores e conceitos que predominam na sociedade em determinada localidade e

período.

Assim, no período ditatorial a perspectiva da Segurança Nacional era fundada na lógica de supremacia inquestionável do interesse nacional (FREIRE, 2009, p. 50). Criou-se a figura do inimigo interno, sendo que era considerado suspeito qualquer cidadão que pudesse atentar contra a vontade nacional. Para a preservação dos interesses nacionais, era aceitável a eliminação dos atos inimigos, ainda que houvesse uma possível violação de direitos para o exercício dessa contenção.

Com o advento da Constituição Federal em 1988, é estabelecida a Segurança Pública como marco essencial para a preservação da ordem pública, da incolumidade das pessoas e do patrimônio (FREIRE, 2009, p. 51). Há, a partir daí, a efetivação de Polícias:

(...) percebe-se que o texto constitucional de 1988 inova em relação ao paradigma anterior ao destacar que a Segurança Pública é dever do Estado e direito e responsabilidade de todos. No entanto, na lista de responsáveis pela Segurança Pública, ela destaca apenas as instituições policiais federais e estaduais, não citando o papel de outras instituições governamentais na prevenção à violência, ou mesmo a importância da atuação dos municípios e da comunidade como um todo. (FREIRE, 2009, p. 51)

O conceito de segurança cidadã, segundo Freire (2009, p. 52) teve origem na Colômbia no ano de 1995, abrangendo-se na América Latina a partir daí. A partir desse paradigma, tem-se como foco principal o cidadão. Logo, tudo aquilo que ameaça a cidadania é percebido como violência. Nesse novo mecanismo é dada maior importância à prevenção, que deve ter como público alvo os jovens em situação de risco. Ainda:

“as ações comunitárias ganham destaque nesse conceito e a construção de uma cultura cidadã na comunidade, incluindo o respeito às normas de convivência e a resolução pacífica de conflitos, é um dos pilares das ações de prevenção.” (FREIRE, 2009, p. 52)

Desde a promulgação da atual carta constitucional brasileira, as experiências participativas dos cidadãos ganhou maior destaque. Assim, o papel do cidadão passou de beneficiário a “agente importante na formulação e no controle social de políticas públicas” (FREIRE, 2009, p. 52). Apesar do exposto, a aplicação integral dos conceitos de segurança cidadã ainda não atingiu o país, que possui raízes nas instituições policiais que consideram as políticas sociais como elementos alheios à esfera da segurança, além de possuir uma perspectiva operacional-repressiva, como ensina Freire (2009, p. 56).

Diante disso, a própria comunidade não percebe a importância de sua colaboração

para a prevenção à violência, que poderia ser realizada através de Conselhos de Segurança Pública que buscassem fornecer subsídios para a formulação de políticas públicas de prevenção às camadas mais deficitárias da sociedade (FREIRE, 2009, P. 57).

Em contrapartida, as comunidades assumem uma postura de medo e necessidade de controle, altamente repressiva, que busca a participação popular para a solução de crimes. Um exemplo disso é o espaço aberto pela grande mídia nos anos 1990 para a criação de programas como Linha Direta, que, especificamente, baseava-se, em analisar crimes contra a vida, onde a população teria o “nobre” papel de encontrar o criminoso- e por vezes suspeito- que até então a Justiça havia sido incapaz de prender (Teixeira, 2009, p. 04).

[...] apesar do engajamento em encontrar culpados e promover prisões com a ajuda dos telespectadores, o programa brasileiro estabeleceu certo distanciamento das imagens das instituições formais de controle.

A oferta de um canal de participação para fins de “promoção da justiça” pela televisão, embora responda a demandas mercadológicas de manutenção da audiência em um período favorável ao fenômeno dos *reality shows*, inclui, principalmente, uma dimensão política importante. No caso brasileiro, a experiência relativamente recente de retorno ao regime democrático traz consigo uma demanda de participação que, associada a um sentimento difuso historicamente sedimentado de injustiça na resolução dos conflitos sociais, alimenta uma predisposição a ver com bons olhos todo espaço que se ofereça a ouvir e a encaminhar demandas, particularmente se a proposta for a de “fazer justiça” (TEIXEIRA, 2009, p. 05).”

Considerando o exposto, nota-se que há um aperfeiçoamento na sociedade brasileira com relação ao controle social informal que passa pela instância da sociedade civil através da família, escola, profissão, opinião pública, entre outros institutos (SHECAIRA, 2011, p. 66). Logo, ainda que o autor Sérgio Salomão Shecaira (2011, p. 66) sustente que o controle social informal vem perdendo força em virtude de ser consolidado em ambientes reduzidos, acredita-se que a união das pessoas em prol de uma “segurança” conveniente a todos tem crescido através das redes sociais, que atualmente se tornaram verdadeiros institutos controladores em tempo real.

Conforme Khaled Jr (2015, p. 137), as medidas de intensificação da repressão têm sido comemoradas, pois há uma percepção entre a população que crê que o sistema é conivente com a criminalidade.

Temos que perceber que o espaço potestativo de discricionariedade que existe entre a previsão legal e a realidade concreta permite a prática de inúmeros abusos, muitas vezes festejados e comemorados por uma população que aplaude a barbárie, sem perceber o que realmente está em jogo. Vivemos em um contexto em que o

tratamento penal da miséria é cada vez mais aceito como remédio para as mazelas do corpo social, fazendo do sistema penal um mecanismo de gestão da pobreza e de avanço totalitário da indústria de controle do delito. (KHALED JR., 2015, p. 137)

Diante desse cenário, nos deparamos com uma seletividade penal que atinge as camadas sociais mais pobres, sendo que há uma prevalência na prisão - e morte - da juventude negra do país. Para Da Silva (2014, p. 05), o estigma racial no Brasil é representado através da associação do corpo negro com a criminalidade, sendo que a raça se torna elemento fundamental para a construção social do suspeito, fazendo com que os agentes das forças policiais privilegiem a população negra em suas intervenções.

A suspeita está para a polícia como o medo está para a população. Nos dois casos, a direção do foco está longe de ser aleatória. [...] Os objetos do medo e da suspeita endem a se sobrepor, porque os critérios empregados para identificá-los são os mesmos. Encobertos pela máscara das justificativas técnicas ou das alegações digressivas estão os mesmos valores, atavicamente agarrados ao inconsciente coletivo, fundamentalmente enraizados na cultura brasileira. (SOARES, 2005, p. 11)

Para Khaled Jr.(2016, p. 60), há uma expansão da lógica do controle de ordem mundial, ainda que no Brasil tenha adquirido características peculiares. De acordo com o autor, a disseminação da cultura do controle fez com que a violência se tornasse um produto, que costuma ser consumido pela população "sedada por um discurso de ódio." Segundo o autor, há uma sujeição simbólica que faz com que o próprio público que é alvo preferencial da guerra pela segurança aplauda o endurecimento do sistema penal, reproduzindo discursos como a pena de morte e a redução da maioria penal.

É nesse sentido que a exclusão não é apenas uma palavra, mas uma verdadeira categoria inteiramente diversa de exploração, por exemplo. Para os excluídos sequer se prevê exploração, mas gestão da pobreza: é contra eles que o sistema penal preferencialmente atua. O explorado ainda está integrado, ainda que sob o signo da dominação ao sistema capitalista. (KHALED JR, 2016, p. 61)

Conforme Khaled Jr (2016, p. 68), diante do cenário exposto, o êxito da ressocialização torna-se mero artifício de justificação, ou uma promessa utópica irrealizável. O autor acerta ao referir que as histórias de "sucesso" daqueles que emergem do sistema penitenciário são, na verdade, histórias de sobrevivência. Para o autor, se a prisão ensina algo, são apenas estratégias de sujeição e sobrevivência na própria prisão.

De acordo com Khaled Jr (2016, p. 69), não seria exagero referir que a prisão especial positiva está se tornando prevenção especial negativa, sendo cada vez mais voltada

para inocuidade dos detentos, aproximando-se muito da lógica de segregação e incapacitação dos inimigos, característica da Alemanha Nazista.

Dados do Ministério da Justiça demonstram que houve um aumento de 113% dos presos de 2000 a 2010. Entretanto, conforme Da Silva (2013, p. 02), apesar do referido aumento da população carcerária, a construção de presídios não é uma prioridade na segurança pública brasileira, que costuma investir mais em viaturas, sistema visível que assegura votos da população.

O sistema prisional brasileiro reflete a realidade social injusta do Brasil, e não se trata de ceder ao raciocínio fácil e mediano de que a pobreza e a carência facilitam, estimulam e propiciam ao crime, ou ainda, que levam os mais necessitados à violência e ao encarceramento. Trata-se somente de constatar que o sistema prisional é uma realidade mais viva e próxima da parte da população carente do Brasil, desde os tempos do Império, e que esse simples fato de constatação, por si só, alarma e constrange pela sua dimensão e potencial. (ARAÚJO, 2014, p. 01)

Como descrevem Barros e Jordão (2015, p. 03), o crime, enquanto instrumento de desagregação sempre teve seu papel político. Para as autoras, a sociedade, temerosa com o crescimento da violência, requer que a prisão se torne espaço de punição e expiação para o criminoso. Entretanto, desde a formação do Estado Liberal, há um discurso sobre a recuperação dos indivíduos, que afirma buscar a ressocialização dos presos.

Celis e Hulsman (1986, p. 56), por sua vez, sustentam que a prisão como instituição ressocializadora está falida desde o seu nascedouro. Para os autores, o abolicionismo penal é o único caminho concreto, pois os problemas de gerenciamento das unidades prisionais sempre se converterão em tirania e autoritarismo. Conforme os teóricos, a função subjetiva da prisão é, na verdade, excluir e marginalizar, sendo esta, portanto, a missão política da pena privativa de liberdade.

Para Barros e Jordão (2015, p. 05), há um intenso movimento na defesa do endurecimento das penas, o que faz com que o paradigma socializador que permeava o discurso sócio-jurídico enfrente uma crise. Assim, passa-se a ter uma maior aceitação de políticas de segurança de caráter repressivo, o que faz com que os cidadãos, tidos como comuns, se vejam no direito de se ofender com um pensamento de uma prisão que sirva como espaço político de recuperação e de retomada da vida comum ao criminoso.

A crise do Sistema Penitenciário do Brasil reflete a incapacidade dos governos em assumir o gerenciamento das unidades prisionais como ambientes de reeducação e recuperação social. Ao contrário, são espaços da desumanização dos indivíduos

forçados a conviver com as condições insalubres: espaço físico limitado, ausência de higiene, inúmeras doenças e a precariedade de acesso à Justiça e aos direitos fundamentais, previstos nos tratados internacionais, na Constituição Brasileira de 1988 e na Lei de Execução Penal. (BARROS E JORDÃO, 2015, p. 05)

O Estado do Rio Grande do Sul conta com a Superintendência de Serviços Penitenciários (Susepe) para a administração das casas prisionais. Trata-se de um órgão do governo do Rio Grande do Sul, vinculado à Secretaria da Segurança Pública, que veio para substituir os extintos Departamentos dos Institutos Penais, através da Lei nº 5.745, de 28 de dezembro de 1968.

A Superintendência de Serviços Penitenciários nasceu após a desvinculação administrativa das prisões da Polícia Civil, sob o argumento de criminalistas e defensores da humanização da execução das penas privativas de liberdade, que almejavam a ressocialização dos presos. Com o advento da Lei Complementar nº 13.259, de 2009, se consolida o quadro de servidores com novas nomenclaturas: Agente Penitenciário (AP), Agente Penitenciário Administrativo (APA) e Técnico Superior Penitenciário (TSP - advogados, psicólogos e assistentes sociais). No dia 25/08/2011 foi publicado, no Diário Oficial do Estado, o Decreto nº 48.278 que dispõe sobre a estrutura básica da Susepe.

O site institucional da Superintendência dispõe sobre a provável missão dos trabalhadores penitenciários:

É atribuição de todo o servidor e gestor que passar pela superintendência gerir com comprometimento a instituição, que tem a incumbência de atender às necessidades dos que cumprem pena, e também dos que colaboram para a reforma do sistema penitenciário brasileiro, tendo em vista o êxito de um interesse comum: a ressocialização do apenado.

Apesar disso, o orçamento do estado, que é repassado aos presídios gaúchos é irrisório e não leva em consideração as demandas prisionais. Assim, boa parte das unidades prisionais se veem sob a necessidade de recorrer aos Conselhos da Comunidade de cada Comarca. O Conselho da Comunidade é órgão de execução penal, previsto na LEP através do art. 61, inc. VII.

Dentre as incumbências dispostas no capítulo VIII, da LEP, referente ao Conselho da Comunidade, está:

Art. 81. Incumbe ao Conselho da Comunidade:

I - visitar, pelo menos mensalmente, os estabelecimentos penais existentes na comarca;

II - entrevistar presos;

III - apresentar relatórios mensais ao Juiz da execução e ao Conselho Penitenciário;

IV - diligenciar a obtenção de recursos materiais e humanos para melhor assistência ao preso ou internado, em harmonia com a direção do estabelecimento.

Dessa forma, a administração prisional passa a gerir as unidades penitenciárias sem a capacidade orçamentária devida, que acaba sendo complementada através de editais da Vara de Execução Criminal de cada Comarca, que disponibiliza verba aos Conselhos da Comunidade. Percebe-se, assim, que o discurso ressocializador da pena perde o efeito na prática, na medida em que faltam os materiais mais básicos para o andamento de uma unidade prisional. Em meio a isso, os servidores penitenciários não atuam em número suficiente e se veem diante de um alto grau de *stress*, pois, enquanto fazem parte de uma sociedade que prima pela punição, tornam-se responsáveis por efetivar o poder punitivo estatal, exercendo facetas que lhe são orientadas pelos demais.

2. A EMERGÊNCIA DO SISTEMA PRISIONAL (PENAL) DE EXCEÇÃO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

*“A sociedade exclui, e nem disfarça
O crime abraça e aí vira ameaça
Some do mapa como uma magia mística
Apenas mais um que vai virar estatística”*

Felipe Rogovski

2.1 O estado de exceção na teoria de Giorgio Agamben

O filósofo italiano Giorgio Agamben aborda os estudos sobre o emblemático tema “estado de exceção”, ao publicar um livro com esse título, poucos anos após o ocorrido nos

Estados Unidos em 11 de setembro de 2001. Como reflete Gilberto Bercovici no prefácio da edição brasileira da publicação de Agamben (2004), o autor busca mostrar que os tempos atuais não são de normalidade, mas consolidam o estado de exceção como paradigma de governo.

O pós-11 de setembro marca a insurgência de políticas de segurança e controle que não coincidem com a norma que está posta. O presidente dos Estados Unidos, então George W. Bush promulga em 13 de novembro de 2001, a “military order”, que dá nova configuração ao tratamento dispensado aos não cidadãos suspeitos de envolvimento em atividades terroristas (AGAMBEN, 2004, p. 14).

Nesse sentido, o século XXI em seu início, apresentou de modo peculiar um cenário de incertezas e, na esteira destas, vários governos e parlamentos viabilizaram e firmaram legislações cujo fim maior parece ser privar a sociedade (indivíduos) de direitos historicamente conquistados. (PONTEL, 2012, p. 97)

De acordo com Agamben (2004, p. 14), a nova ordem busca “anular radicalmente todo estatuto jurídico do indivíduo, produzindo, dessa forma, um ser juridicamente inominável e inclassificável”. Nasce, assim, meios, jurídicos ou não, de restringir a liberdade e direitos do cidadão sob a justificação da manutenção da ordem.

O que acontece, nesse início de século, muito se assemelha com a suspensão dos direitos introduzidos nos artigos da Constituição de Weimar, que foram substituídos por um decreto promulgado por Hitler. Segundo Agamben, pode-se considerar, portanto, que o Terceiro Reich se caracteriza como estado de exceção cuja duração foi de 12 anos (AGAMBEN, 2004, p. 13).

O autor italiano, Giorgio Agamben, assevera que pretende explorar essa “terra de ninguém”, em sua pesquisa (2004, p. 12). Esse limbo jurídico faz com que algumas práticas, antes usadas com, como medidas de segurança, ligadas a fatos e acontecimentos excepcionais, se tornem regras de uso permanente (PONTEL, 2012, p. 98).

Conforme análise de Giorgio Agamben (2004, p. 53), Carl Schmitt, no ano de 1921, em sua obra sobre teologia política, narra o estado de exceção, sob o contexto da ditadura da época. Todavia, Schmitt não se utilizava dos termos “estado de sítio” e até mesmo “ditadura”. Para o autor, esses meios de suspensão de direito tratam-se, na verdade, de forma de realização de um estado de exceção.

Segundo Schmitt (1922, p. 18), citado por Agamben (2004, p. 54), “O estado de exceção é sempre algo diferente da anarquia e do caos e, no sentido jurídico, nele ainda existe uma ordem, mesmo não sendo uma ordem jurídica”. Assim, a teoria schmittiana pregava que, ainda que o estado de exceção suspendesse toda a ordem jurídica, nele ainda existia uma ordem, mesmo que exterior ao direito.

Esta-fora e, ao mesmo tempo, pertencer: tal é a estrutura topológica do estado de exceção, e apenas porque o soberano que decide sobre a exceção é, na realidade, logicamente definido por ela em seu ser, é que ele pode também ser definido pelo oximoro êxtase-pertencimento.(AGAMBEN, 2004, p. 57)

Para Agamben (2004, p. 58), o estado de exceção teorizado por Carl Schmitt trata-se do lugar onde “a oposição entre a norma e a sua realização atinge a máxima intensidade”. Todavia, segundo o autor, Schmitt confundiu estado de exceção e ditadura. De acordo com Agamben (2004, p. 75), o estado de exceção pertence a um lugar mais obscuro, pois não se trata de plenitude de poderes, mas um vazio e uma interrupção do direito.

Já o autor Walter Benjamin, em “As Origens do Drama Barroco Alemão”, opera uma inversão na compreensão de soberania schmittiana. Segundo ele, cabe ao soberano impedir o estado de exceção. Para o autor, a história da opressão demonstra que o estado de exceção trata-se, na verdade, de regra geral (PONTEL, 2012, p. 99).

O autor Moysés Pinto Neto (2012, p. 24) refere que a definição atribuída por Benjamin é algo que Schmitt não poderia admitir, pois, se tornando regra, a exceção acaba por ser indiscernível ao ordenamento. Ainda, segundo o autor, Benjamin opta por perturbar a legitimação jurídica da violência que Schmitt buscava sinalizar. Segundo ele, o objetivo fundamental de Carl Schmitt era a inscrição do estado de exceção em um contexto jurídico, de forma que, mesmo suspendendo a norma, o estado de exceção manteria intacto, outro elemento formal jurídico: a decisão.

Apesar disso, conforme descrito por Khaled Jr (2016, p. 64), Benjamin já vislumbrava um estado de exceção de forma diferente:

Essa conclusão inafastável novamente nos leva a Benjamin: para ele, o estado de exceção em que vivemos é a regra geral, um pensamento que certamente é inquietante e que foi aprofundado por Agamben, que afirma que a máquina do estado de exceção não cessou de funcionar desde o início do século XX, tendo atingido hoje exatamente o seu máximo desdobramento planetário.

Teoriza Giorgio Agamben que, enquanto Schmitt definiu o soberano como o ser que decide sobre o estado de exceção, ainda restava fundamentar o estado de exceção no direito público. De acordo com o autor (AGAMBEN, 2004, p. 13), há uma prática corriqueira,

inclusive dos Estados democráticos, de criar um estado de emergência permanente, que não revogue a norma posta, mas a suspenda. Trata-se de um mecanismo criado no totalitarismo moderno, que buscava a instauração de uma guerra civil legal e, atualmente, passou de medida provisória e excepcional para uma técnica de governo.

O autor Giorgio Agamben (2004, p. 60) destaca que, em seu estudo do estado de exceção, há inúmeros “exemplos da confusão entre atos do poder executivo e atos do poder legislativo”. Segundo ele, é essa confusão que caracteriza o estado de exceção. Há ainda quem fundamente o estado de exceção com o conceito de necessidade.

A teoria da necessidade não é aqui outra coisa que uma teoria da exceção (*dispensatio*) em virtude da qual um caso particular escapa à obrigação da observância da lei. A necessidade não é fonte de lei e tampouco suspende, em sentido próprio, a lei; ela se limita a subtrair um caso particular à aplicação literal da norma (AGAMBEN, 2004, p. 41).

Agamben aborda também o termo *institium*, uma designação técnica para o estado de exceção, referenciado em sua obra (2004, p. 68) como uma interrupção ou suspensão do direito. Dentre as conclusões decorrentes de sua pesquisa genealógica (2004, p. 78), o autor retrata o estado de exceção como um espaço vazio de direito, onde inclusive a distinção entre público e privado está desativada.

Nas palavras de Agamben (2004, p. 24):

A exceção é uma espécie de exclusão. Ela é um caso singular, que é excluído da norma geral. Mas o que caracteriza propriamente a exceção é aquilo que é excluído não está, por causa disto, absolutamente fora da relação com a norma; ao contrário, esta se mantém em relação com aquela na forma de suspensão. A norma se aplica à exceção desaplicando-se, retirando-se desta. O estado de exceção não é, portanto, o caos que precede a ordem, mas a situação que resulta da sua suspensão.

Percebe-se, dessa forma, que o estado de exceção “sustentado” por Agamben é estrutura política fundamental da atualidade que torna-se regra.

Nessa perspectiva, a construção teórica sobre o estado de exceção em Agamben, em vista de compreender a configuração deste regime político que vem se configurando na sociedade contemporânea aponta para o paradoxo da soberania (exceção como regra), o investimento na vida pelo poder (biopoder), e a falsa universalidade do projeto moderno (principalmente com relação aos direitos humanos e à liberdade). (PONTEL, 2012, p. 102)

O autor Giorgio Agamben sustenta que as democracias ocidentais aos poucos substituem a formalização do estado de exceção pela terminologia da segurança como técnica

moral de governo. Ainda, segundo ele, essa decisão não se dá de forma ilógica: “[...] a terminologia é o momento propriamente poético do pensamento, então as escolhas terminológicas nunca podem ser neutras” (AGAMBEN, 2004, p. 15).

Conforme Agamben (2004, p. 59), em 1989 Jacques Derrida suscita um debate, entre filósofos e juristas, sobre o que seria o sintagma “força de lei”. O autor destaca que a expressão é referência no direito romano e medieval, onde tinha o sentido de eficácia e adquiriria uma capacidade de obrigar.

[...] é determinante que, em sentido técnico, o sintagma “força de lei” se refira, tanto na doutrina moderna quanto na antiga, não à lei, mas àqueles decretos – que têm justamente, como se diz, força de lei – que o poder executivo pode, em alguns casos – particularmente, no estado de exceção – promulgar. O conceito “força de lei”, enquanto termo técnico do direito, define, pois, uma separação entre a *vis obligandi* ou a aplicabilidade da norma e sua essência formal, pela qual decretos, disposições e medidas, que não são formalmente leis, adquirem, entretanto, sua “força”. Assim, quando, em Roma, o príncipe começa a obter o poder de promulgar atos que tendem cada vez mais a valer como leis, a doutrina romana diz que esses atos têm “vigor de lei” (AGAMBEN, 2004, p. 60)

Segundo Agamben, a força de lei se distingue da mera eficácia. Conforme Neto (2012, p. 22), enquanto a lei produz efeitos jurídicos, a força de lei é a posição da lei em relação a outros atos do ordenamento jurídico, sejam eles de força superior ou inferior.

Assim, do ponto de vista técnico, o essencial no estado de exceção não é a confusão entre os Poderes, Legislativo e Executivo (como em geral propõem as teorias jurídicas acerca do tema), porém especialmente a separação entre lei e “força de lei”. (NETO, 2012, p. 22)

Trata-se, portanto, de força isolada, onde a lei formal, ainda que em vigor, não tem mais eficácia devido a aplicabilidade de atos não legislativos que assumem caráter legal com idêntica – ou superior – força. O autor Neto (2012, p. 23), assegura que a distância que separa a norma da sua aplicação é mediada pelo estado de exceção. Assim, o estado de exceção se torna o “momento” em que aplicação e norma se separam e a força de lei deixa de aplicar a norma então suspensa (PONTEL, 2012, p. 103).

Este paradigma de estado de exceção compreende o longo período de desenvolvimento da humanidade, onde tem se firmado esta forma de governo sob a tónica da supressão das liberdades individuais existentes na instituição de um Estado de Direito, sem direito, presente há séculos na humanidade. A grande distinção deste paradigma presente em nossos dias aponta para a capacidade de mobilização da sociedade civil, tanto nos planos nacionais quanto internacionais, bem como a ampla divulgação pelos meios de comunicação sociais que, em nossa época, ocupam um papel de destaque tanto na política, quanto nas relações internacionais, onde a supressão dos direitos e a institucionalização das barbáries perpetradas contra a humanidade se evidenciam. Nesse sentido, no que tange ao do direito internacional, o paradigma de estado de exceção tem um forte liame e relação com o uso da força

militar pelos Estados e pela sociedade internacional, haja vista que as graves violações de direitos humanos a que se referem os defensores da intervenção humanitária constituem a expressão máxima do estado de exceção. (PONTEL, p. 103)

O autor Khaled Jr (2016, p. 65) assegura que “é precisamente no espaço deixado em aberto entre o programa e o mundo real que a exceção prospera”. Assim sendo, conforme o próprio autor “não há como negar que isso fragiliza o argumento de que os juristas devem conter o poder punitivo e impulsionar o estado constitucional de direito” (2016, p. 66).

O autor Pontel (2012, p. 108) assegura que o estado de exceção tem se firmado como forma de governo, suprimindo as liberdades individuais provenientes do Estado de Direito, há séculos. A diferença da era pós-moderna está, segundo o autor, "na capacidade de mobilização da sociedade civil, tanto nos planos nacionais quanto internacionais, bem como a ampla divulgação pelos meios de comunicação sociais."

Conforme descrito por Pontel (2012, p. 109), a conclusão de Agamben em sua obra é que as ações governamentais acabam por consolidar as políticas capazes de suprimir direitos e liberdades individuais, que, por sua vez, legitimam formas de governo totalitárias. Assim sendo, tais governos surgem através da violação de muitos direitos humanos:

Neste sentido, a promoção, exigibilidade e proteção destes direitos humanos não podem ficar a cargo de Estados, em particular de seus interesses nacionais e ideologias justificadoras da barbárie, mas requer superar os entraves existentes, posições dogmáticas e fechadas em vista de se instigar a conscientização coletiva, passível de garantir a emancipação aos sujeitos, via instituições sociais competentes no tocante a este tema emergente e fundamental em nossos tempos. (PONTEL, 2012, p. 109)

Agamben conclui, em sua obra (2003, p. 133) que a vida pura e simples é um produto tanto quanto o direito também o é. Para o autor "mostrar o direito em sua não-relação com a vida e a vida em sua não-relação com o direito significa abrir entre eles um espaço para a ação humana, que há algum tempo, reivindicava para si o nome "política". (AGAMBEN, p. 134).

Assim sendo, deve-se saber que a exceção serve como meio de suspender uma norma legal, medida que, ainda que seja inconstitucional, tem respaldo político e jurídico e, conforme Agamben, tornou-se o método de governo das democracias atuais. Trata-se, portanto, de uma fenda entre norma e sua aplicação (NETO, 2012, p. 19).

2.2 A vida nua e a decisão soberana sobre seu desvalor: o cárcere e sua estrutura em

debate

O autor italiano Giorgio Agamben, no ano de 1995, busca demonstrar o método do modelo biopolítico de poder através de temas que envolvem a soberania, vida nua e campos de concentração. Sua obra “Homo Sacer: O poder soberano e a vida nua I” retrata o risco do aniquilamento da ‘vida política’ nos regimes democráticos contemporâneos.

O que nós entendemos com a palavra vida não era expresso pelos gregos através de um único termo. Os dois termos dos quais os gregos se serviam eram semântica e morfologicamente distintos: *zoé*, que expressava o simples fato de viver, comum a todos os seres vivos (animais, pessoas ou deuses), e *bios*, que indicava a maneira de viver própria de um indivíduo ou grupo. Na *Ética a Nicômaco* (Livro I, capítulo 5), Aristóteles distingue a vida contemplativa do filósofo (*bíos theoretikós*) da vida de prazer (*bíos apolaustikós*) e da vida política (*bíos politikós*). Em nenhum dos casos utiliza o termo *zoé* pelo simples fato de que para ele estes tipos de vida não eram, de modo algum, a simples vida natural, mas sim formas de vida qualificadas, modos de vida particulares. No mundo clássico, a simples vida natural é excluída do âmbito da *polis* e é confinada ao sentido de mera vida produtiva. (MERÇON, 2010, p. 89)

Na visão e perspectiva de Agamben (2007, p. 11) Foucault, em sua obra “Vontade de Saber”, percebe que é na Idade Moderna que a vida natural passa a ser incluída pelo poder estatal: “A partir de 1977, os cursos de *Collège de France* começam a focalizar a passagem do “Estado territorial” ao “Estado de população.” O autor assevera que o capitalismo prosperou graças e mediante o controle do disciplinar realizado pelo novo biopoder, que utilizou-se de tecnologias próprias para apropriação dos “corpos dóceis” que lhe eram necessários.

Conforme Ruiz (2012, p. 04), diferentemente de Foucault, Agamben sugere que a biopolítica é característica inerente à política ocidental desde suas origens. Entretanto, ambos concordam que “a modernidade expandiu a biopolítica de forma capilar ao tentar governar de forma útil e produtiva a vida humana, objetivando-a como mero recurso natural” (RUIZ, 2012, p. 04).

Com relação ao *homo sacer*, que dá nome às obras de Agamben, trata-se de uma figura jurídico-política que é excluída do direito e da política. Tornar-se *sacer* era um empecilho para o sacrifício do indivíduo de forma legal. Todavia, aquele que o matasse não seria punido.

É uma vida matável por qualquer um sem consequências penais, pois se encontra fora do direito. Ao estar fora do direito ocorre que não pode ser condenada juridicamente. Está exposta à vulnerabilidade da violência por ser desprovida de qualquer direito. Embora o direito não pode condená-la à morte. Sua vulnerabilidade se deriva de um ato de direito que a excluiu incluindo-a numa zona de anomia onde está exposta a toda violência e a qualquer violação. (RUIZ, 2012, p. 04)

Trata-se, portanto, da vida abandonada pelo direito, traduzida por Walter Benjamin como a pura vida nua (RUIZ, 2012, p. 04). É fato que essa condição do *homo sacer* seria impensável sem o advento da figura do soberano. Enquanto o primeiro está fora da ordem, o segundo encontra-se acima do direito. Nesse diapasão, é perfeitamente cabível que essa figura essencial do direito ocidental e da sua ordem política (RUIZ, 2012, p. 04), tenha o poder de decidir pela exceção/suspensão do direito e passe a decretar a possibilidade da vida nua.

Cabe ao soberano, portanto, capturar a vida humana, normatizá-la e expulsá-la, caso seja de seu interesse, para uma zona de anomia através da suspensão do direito, seja ela parcial ou total (RUIZ, 2012, P. 05). Agamben sugere que todas as vidas humanas estão à mercê da vontade soberana, sob a justificativa de um melhor controle da vida. Segundo o autor, essa presença da soberania se destaca na modernidade, apesar da ideia de democracia que é difundida.

Conforme Ruiz, a soberania está presente naquele capaz de decretar a exceção (2012, p. 05). Assim sendo, o povo não é soberano, pois não lhe é possível determinar quem é perigoso – e deva ser eliminado. Diante disso, é nítido que todos estamos reduzidos à condição de *homo sacer* (RUIZ, 2012, p. 05).

Aquilo que define a condição do *homo sacer*; então, não é tanto a pretensa ambivalência originária da sacralidade que lhe é inerente, quanto, sobretudo, o caráter particular da dupla exclusão em que se encontra preso e da violência à qual se encontra exposto. (AGAMBEN, 2007, p. 90)

O autor Ruiz (2012, p. 06) retoma a abordagem da vida nua através de seus desdobramentos. Segundo ele, ao ser expulsa da ordem, a vida nua, devido à exceção da vontade soberana, está condenada ao banimento. Assim, sendo uma vida banida, é também vida bandida, pois sobre ela foi decretada uma exclusão que os inclui à vida nua.

Para Agamben (2007, p. 117) é fundamental que se reconheça que as relações políticas e os espaços públicos agregam também a estrutura de *bando*. Segundo o autor, a relação de *bando* denota a origem do poder soberano, pois nada mais é do que a força, que atrai e repele a vida nua e o poder, o *homo sacer* e o soberano.

O *bando* é essencialmente o poder de remeter algo a si mesmo, ou seja, o poder de manter-se em relação com um irrelato pressuposto. O que foi posto em *bando* é remetido à própria separação e, juntamente, entregue à mercê de quem o abandona, ao mesmo tempo excluído e incluído, dispensado e, simultaneamente capturado. A velha discussão da historiografia jurídica, entre aqueles que concebem o exílio como uma pena e aqueles que o consideram em vez disso um direito e um refúgio.

(AGAMBEN, 2007, p. 116)

Hannah Arendt não faz uso do conceito de biopolítica, mas assegura que a sociedade moderna ocupa o antigo conceito de *oikos* (ali a administração da vida biológica dos indivíduos é mais importante do que a autodeterminação dos sujeitos, descrita na *polis*). Na visão da autora, a sociedade moderna se incumba de administrar a vida de seus habitantes, diferentemente do que é pregado nas democracias diretas (RUIZ, 2012, p. 09).

Conforme Agamben, Foucault não analisou a relação jurídica entre a soberania biopolítica com os totalitarismos modernos, o que o impediu de perceber a importância política de campo, que vai além da prisão. O autor italiano sugere que Hannah Arendt, por sua vez, não teria considerado a derivação da política moderna em uma lógica biopolítica, conforme relatado por Ruiz (2012, p. 09).

A pesquisa de Agamben se propõe transitar no vácuo que restou dos dois pensadores mostrando que o liame que vincula o campo com a biopolítica, o autoritarismo da soberania com as táticas da governamentalidade dos sujeitos; é a captura da vida humana na forma a exceção jurídica que cria o *homo sacer*. (RUIZ, p. 09)

Ainda, segundo o filósofo italiano, Foucault teria se centrado em analisar apenas a forma do poder penetrar no corpo dos indivíduos, bem como, suas formas de vida. Assegura o autor Agamben que Foucault buscou perceber como o poder se consolida no vivente, mas não elaborou um conceito de soberania. Agamben, por sua vez, analisou o estatuto do poder soberano em relação à norma jurídica, procurando perceber as contradições e os limites dessa estrutura jurídico-política, a fim de reconhecer a inserção da vida humana nesse contexto (PEIXOTO, 2013, p. 02).

Segundo Ruiz (2012, p. 10), na obra de Agamben a biopolítica moderna é caracterizada pela produção de um alargamento progressivo da soberania, para além dos limites do estado de exceção. Para o italiano, há um deslocamento cada vez maior para o controle da vida humana, onde vigora a vontade soberana e a vida torna-se apenas pura vida nua.

Conforme descrito por Ruiz (2012, p. 10), “Agamben mostra que na origem da política moderna, antes dos direitos do cidadão, está a captura política do corpo”. O mesmo acontece com os refugiados, já descrito na obra de Hannah Arendt, que refere que, enquanto eles deveriam encarnar a figura por excelência dos direitos humanos, verifica-se, em contrapartida, uma mera condição de ser humano, que, sem direitos políticos de seu Estado-nação, o torna vulnerável a abusos.

Quando uma pessoa ou grupo populacional se torna uma ameaça para a ordem, o Estado utiliza-se da exceção jurídica para separar os direitos da cidadania da mera vida nua. Essa separação possibilita expulsar para fora do direito a vida que se pretende controlar na forma de exceção. Na exceção, o direito suspenso torna a vida humana um *homo sacer* exposto à fragilidade da violação sem que o direito possa ser invocado para protegê-lo. (RUIZ, 2012, p. 12)

Agamben sugere que campo é o espaço geográfico (ou demográfico) em que a exceção se torna regra (AGAMBEN, 2007, p. 175). Segundo Ruiz (2012, p. 15), o campo se recicla, mas sua característica essencial permanece, pois sempre é uma zona de exceção onde a vontade soberana prevalece e a vida humana é reduzida a mera vida natural. “O campo, que agora se estabelece firmemente em seu interior é o novo *nómos* biopolítico do planeta” (AGAMBEN, 2007, p. 183).

O próprio autor refere que há inúmeras figuras recentes de campo, não necessariamente os campos de concentração nazistas. São eles: “as figuras recentes de Guantânamo, os cárceres secretos de Otan [...] as zonas administrativa sem que são confinados todos os emigrantes ilegais capturados sem papéis” (RUIZ, 2012, p. 15).

Quando se realiza a suspensão total ou parcial dos direitos sobre a vida de algumas pessoas, elas automaticamente passam a viver num espaço em que a exceção se torna sua norma de vida – é o campo. (RUIZ, 2012, p. 14)

Conforme Peixoto (2013, p. 05), “a reflexão de Giorgio Agamben sobre os campos de concentração dá-se não somente na perspectiva histórica, mas, no sentido de compreendê-los sob a ótica da biopolítica”. Assim, sendo o campo local de suspensão da norma, onde a exceção se transforma em regra, o homem é privado de direitos e podem haver assassinatos sem que alguém seja considerado criminoso.

A vida nua é direcionada ao campo através de exceção, mas se torna um verdadeiro *homo sacer*. A exceção é norma da existência e a vontade soberana é lei absoluta. Para Hannah Arend os campos possuem um domínio totalitário e a exceção é estável. A biopolítica atinge então o ápice do controle sobre a vida humana, no caso, vida nua.

De acordo com Agamben (2007, p. 181), se a essência do campo nota-se através da materialização do estado de exceção e a criação de uma vida nua que se dissipa com a norma, deve-se admitir que, toda vez que tal estrutura se repete, presenciamos novamente a abertura de um campo.

Assim sendo, como conclusão provisória, Agamben (2007, p. 187) sugere que “o campo, e não a cidade é hoje o paradigma biopolítico do Ocidente.” Nessa perspectiva,

Merçon (2010, p. 94) refere que nos campos de concentração, corpo biológico e corpo político se fizeram indiscerníveis. Logo, o campo de concentração nada mais é do que, um espaço biopolítico absoluto.

De acordo com Peixoto (2013, p. 05):

Assim, para Agamben devemos aprender a localizar o campo em suas mais distintas metamorfoses; em certas periferias das grandes cidades, esquecidas pelo poder público; nas zonas de detenção de aeroportos internacionais, onde são detidos estrangeiros à espera de jurisdição: ou mesmo nos presídios superlotados que, embora decorram do direito carcerário, são exemplos – tais como os anteriores – de lugares onde a ordem jurídica é, temporal ou permanentemente, suspensa, e os que ali se encontram submetidos passam a depender unicamente do senso ético daqueles que os subjagam.

Ainda que as reflexões de Agamben nos tragam para um debate bastante atual, sua percepção vai de encontro à obra de Ruiz, conforme se verifica através da página 14, de sua obra de 2012:

O campo é um espaço fora do direito cuja lei coincide com a vontade soberana. A vida do campo cai fora do direito. Essa é uma diferença substancial com a prisão cuja vida interna encontra-se regulamentada pelo direito penal. A vida da prisão está condenada, mas também protegida pelo direito penal. A vida no campo está abandonada de qualquer direito. Sobre ela vigora o arbítrio de quem governa o campo. Por estar fora do direito, no campo tudo está permitido. (RUIZ, 2012, p. 14)

Apesar do aduzido por Ruiz, citado acima, nos parece importante perceber que a análise de Agamben não se prende à história posta, mas suas percepções facilitam o entendimento do mundo que temos hoje. Nessa perspectiva, o campo é o novo paradigma político ocidental. Assim, bem ressalta Merçon (2010, p. 94), ao afirmar que a atualidade nos dispõe a uma vida insacrificável. Todavia, “a vida cada vez mais se expõe a uma violência sem precedentes, mas que se manifesta nas formas mais profanas e banais”. Nesse sentido, não havendo uma figura clara de homem sagrado, certamente somos todos elimináveis.

Conforme Merçon (2010, p. 94/95): “O impulso que leva a modernidade a fazer da vida aquilo em nome do qual são travadas as lutas políticas faz também da própria vida nua uma figura soberana.” Dessa forma:

Aqueles que politizam a vida, utilizando-a como instrumento de batalha contra o poder que a submete, não percebem muitas vezes que o que conquistam em seus conflitos não vai muito além de uma maior inscrição das suas próprias vidas dentro da ordem política que combatem – acentuando, desta forma, o poder do qual tentam se libertar (MERÇON, 2010, p. 95)

O que aproxima a visão de Agamben deste trabalho é que, para ele, “a politização

da vida é a dimensão que melhor permite ver a relação de contiguidade entre democracia e totalitarismo” (MERÇON, 2010, p. 95). Nesse sentido, ainda que o direito penal regulamente e dê respaldo ao instituto da prisão, a sociedade têm produzido um discurso "anti-bandido" que permite que o preso sofra além do que está posto, tornando sua vida matável. Para o preso, condenado à vida bandida e à vida nua, resta apenas propagar a suspensão de direitos, buscando a soberania naquele local que pode, sim, ser considerado campo.

3. A EMERGÊNCIA DO SISTEMA PRISIONAL (PENAL) DE EXCEÇÃO E O EMPODERAMENTO DO PRESO NA PENITENCIÁRIA ESTADUAL DO RIO GRANDE- PERG: para além do controle punitivo estatal

*“Dá licença
A impaciência colou
Mas não teve paciência de esperar e se jogou
Nem ela conseguiu suportar o tédio
Perdeu a linha, tumultuou o prédio
Esses conflitos me judia
Vou pro meu descanso
Amanhã é outro dia”*

Dexter

3.1 A Penitenciária Estadual do Rio Grande – PERG

Como já exposto no segundo capítulo deste trabalho, a Lei de Execução Penal do nosso ordenamento jurídico prevê a existência de seis tipos diferentes de casas prisionais. Dentre estes, está a penitenciária, que serve para abrigar os condenados à pena de reclusão, em regime fechado.

O local, conforme art. 88, parágrafo único, da LEP deverá contar com uma cela individual, onde haverá um dormitório, aparelho sanitário e lavatório. Além disso, são indispensáveis a salubridade do ambiente, de modo que se levem em conta fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequado à existência humana e uma área mínima de seis metros quadrados.

A penitenciária que for destinada às mulheres deve ser adaptada com outros requisitos, tais como a creche, conforme prevê a lei acima citada. Já a penitenciária masculina, deve ser construída em local afastado do centro urbano, desde que tal distância não restrinja a visitação dos presos.

Apesar do exposto, a Penitenciária Estadual do Rio Grande está em profunda desconformidade com a lei penal. Localizada na BR 392 - KM 15, Vila da Quinta, da cidade, o local possui capacidade de engenharia para abrigar 568 (quinhentos e sessenta e oito) presos. Todavia, atualmente, conforme informação colhida em junho de 2016 pela SUSEPE, a PERG, como é conhecida, abrange um total de 1012 (mil e doze) presos.

Antes localizada no centro da cidade, a unidade prisional da cidade do Rio Grande se tornou Penitenciária no ano 2000. Apesar de ser um estabelecimento relativamente novo,

desde então já foi necessária a construção de mais dois pavilhões para os presos do regime fechado. Ainda que seja a única Penitenciária da área geográfica do extremo sul do estado, a sede da 5ª Delegacia Penitenciária Regional do estado do Rio Grande do sul encontra-se na cidade de Pelotas. Ressalta-se que a referida Delegacia é responsável também pelos presídios estaduais de Camaquã, Canguçu, Jaguarão, Santa Vitória do Palmar, além de Pelotas.

A Casa do Albergado, por sua vez, conforme a LEP, deveria ser um estabelecimento situado no centro urbano, separado dos demais estabelecimentos, que se caracterizaria, principalmente, pela ausência de obstáculos físicos contra a fuga. Em que pese o disposto na Lei de Execução Penal, a PERG possui características próprias.

O espaço estrutura-se em 02 (dois) prédios, divididos em 04 (quatro) pavilhões, sendo que cada um destes pavilhões dispõe de (02) duas galerias. As celas, dispostas nessas galerias, possuem 03 (três) metros de largura e 04 (quatro) metros de comprimento e abrigam cerca de seis ou sete presos cada uma. Nos locais, não há separação entre presos provisórios e condenados, seja do regime fechado ou semiaberto.

Ressalta-se que o local conta também com uma ala, com dois anexos separados, onde há celas para mulheres, sendo estas ocupadas por duas presas, sejam elas primárias ou reincidentes, condenadas definitivamente ou não. Ademais, as presas que cumprem pena em regime semiaberto ou aberto estão alojadas dentro da própria penitenciária, em uma grande sala composta por vários beliches, conhecida como albergue feminino, em frente a um dos pavilhões masculinos.

Os homens na mesma situação são encaminhados ao Albergue da casa prisional, que ainda que não seja localizado dentro do prédio da penitenciária, está integrado no mesmo terreno, sendo uma grande casa com quatro quartos, também compostos por beliches. Com exceção dos condenados ao regime aberto, os presos que cumprem pena no regime semiaberto, sejam eles homens ou mulheres, só são encaminhados aos albergues se possuírem um serviço externo ou se estiverem inseridos no programa da Prefeitura Municipal de prestação de serviços urbanos, conhecido como PAC- Protocolo de Ação Conjunta.

Outro meio de ser encaminhado aos albergues é através de autorização judicial para a realização de cursos profissionalizantes ou matrícula escolar. Nesse sentido, tanto as cartas de emprego, que possibilitam o serviço externo ao apenado, quanto as autorizações para estudo, são concedidas pela Vara de Execução Penal da Comarca, que abrange também a 3ª Vara Criminal da cidade.

A situação dos condenados a regime aberto, no entanto, promete ser revista depois

da súmula vinculante nº 56 do Superior Tribunal Federal brasileiro, que diz o seguinte: “A falta de estabelecimento penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso, devendo-se observar, nesta hipótese, os parâmetros fixados no Recurso Extraordinário (RE) 641320”.

Apesar disso, a Vara de Execução Criminal de Rio Grande, que atualmente não possui juiz titular e leva em média 45 dias para formular uma decisão em um processo de execução criminal, têm conferido prisão domiciliar apenas aos apenados do sexo masculino, analisando cada caso individualmente. Nesse sentido, o juiz substituto analisa se o recluso cometeu falta grave nos últimos meses, se trabalha há muito tempo e se possui conduta carcerária plenamente satisfatória. Apesar da súmula ser de junho de 2016, nenhuma mulher condenada ao regime aberto foi solta sob as mesmas justificativas, até então.

A diferença de tratamento está, segundo decisões da Comarca, no fato do Albergue Masculino estar superlotado. Nesse sentido, nota-se que a única condição que levou o judiciário riograndino a deferir tal forma de execução de pena foi a superlotação, sem que fossem observadas as diversas violações ao disposto no capítulo IV da LEP, que trata da casa do albergado.

3.2 O empoderamento

A ideia de “definir os critérios do que se consideram grupos sociais perigosos para a ordem ou para vidas humanas ameaçadoras”, trazida por Ruiz (2012, p. 05), é difundida também na administração penitenciária – de dentro ou de fora. Considerando a necessidade de compreender a vida prisional sob o olhar daqueles que estão segregados, a presente pesquisa realizou entrevistas semiestruturadas em maio de 2016 na Penitenciária Estadual do Rio Grande.

Foram entrevistados quatro presos, todos com condenação transitada em julgado, que cumprem pena no regime fechado e são do sexo masculino. Os reclusos referidos são de diferentes pavilhões e celas. As entrevistas foram realizadas em dias que não havia visitas no local. Aos apenados foi explicado o tema da pesquisa, além dos objetivos, sendo-lhes garantido o anonimato através de um termo de consentimento livre e esclarecido, disponível em anexo. O processo ocorreu de maneira individual, dentro das salas de aula do local, onde havia uma grade entre entrevistadora e entrevistado.

Durante o processo, alguns agentes penitenciários manifestaram curiosidade com

relação à atividade e demonstraram descontentamento com uma série de fatores. Aqueles que aceitaram que suas opiniões fossem publicadas, ainda que anonimamente, definiram a relação entre presos e agentes penitenciários como uma relação de inimigos. Para os guardas, ou para a polícia, como são chamados pela comunidade prisional, é melhor lidar com presos perigosos, pois eles não incomodam.

Segundo os agentes penitenciários que foram ouvidos, aqueles que estão recolhidos e apresentam uma extensa ficha criminal, são mais velhos e tem mais poder de comando, dentro ou fora das ruas, não costumam tumultuar o trabalho da guarda e jamais solicitam qualquer atendimento que ultrapasse as paredes do pavilhão em que estão instalados.

É importante referir que a estrutura física dos pavilhões possui dois andares, sendo que no primeiro andar se localiza a galeria A e no segundo, a galeria B. Conforme informado por um agente da SUSEPE, a maioria desses presos que possuem muito poder sequer desce para o andar térreo, popularmente conhecido como acesso.

Assim que se tem contato com aqueles que vivem no ambiente prisional, descobre-se uma série de palavras que possuem sentido apenas naquele contexto. Os pavilhões, por exemplo, que possuem numeração de 01 (um) a 04 (quatro), são também chamados de “Sul, Norte e FG”.

Com relação a todos os que costumam utilizar o acesso para dialogar com os guardas e representar a sua respectiva galeria, estes são chamados de “cabeças de lata”. Tais reclusos são beneficiários da remição e considerados trabalhadores. É regra que as duas primeiras celas de cada galeria estejam ocupadas por aqueles que estão enquadrados em alguma remição.

A LEP prevê no art. 126 de seu ordenamento que a remição possibilite que a cada três dias de trabalho, desconte-se um dia de pena: “O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena.” Para usufruir do benefício, no entanto, deve haver anuência daqueles que possuem o comando dos pavilhões, além dos guardas, que por vezes podem vetar o benefício a alguém.

Segundo um dos entrevistados, condenado pelo crime de latrocínio, a seleção dos presos ocorre desde o dia da prisão. Conforme seu relato, assim que o mandado de prisão é cumprido, o preso vai para a triagem, onde permanece por até 24 (vinte e quatro) horas até que a SUSEPE o encaminhe para outro espaço.

Na PERG, a triagem fica localizada no mesmo corredor das celas do seguro, onde estão segregados aqueles que não possuem espaço nos pavilhões, sendo estes os condenados

por crime sexual, ou aqueles que foram expulsos de alguma galeria. Por vezes, o preso recém chegado tem que dividir a triagem com algum recluso que esteja cumprindo 10 (dez) dias de castigo naquele local, ou esteja prestes a ser transferido provisoriamente em virtude do cometimento de alguma falta grave.

Há vagas de remição também para trabalhos que mantenham a penitenciária em boas condições. A PERG possui duas cozinhas, uma destinada aos agentes penitenciários e outra aos presos. Aqueles que exercem atividade laboral na cozinha dos agentes penitenciários, que realizam a faxina da penitenciária, ou trabalham na área da saúde, residem em uma cela chamada de “cela dos trabalhadores”.

Já a cozinha que serve a comida dos presos, é chamada de “cozinha geral”, onde o trabalho dura 12 (doze) horas por dia e há uma ligação com uma grande sala onde ficam alojados os 20 (vinte) presos que ali trabalham. Todo o serviço estrutural, que requer alguma reforma, é realizado, por sua vez, pelos trabalhadores da “manutenção”, que também possuem uma cela própria.

Em geral, esses serviços que requerem o trânsito do recluso sem algemas pela penitenciária, são oferecidos a presos que conhecem algum agente penitenciário do período em que estava solto; que tenha um grau de instrução mais elevado; ou que seja “cagueta”, ou seja, no linguajar dos presos, aquele que contará tudo o que ver e ouvir aos guardas.

Aos demais presos, que não possuem tal tipo de referência, são reservadas as galerias. A PERG, como já foi dito, possui quatro pavilhões, sendo estes geralmente distribuídos por bairros da cidade. Com o avanço da violência e o aumento da segregação da população jovem, é natural que os conflitos urbanos sejam transferidos também aos espaços da penitenciária.

Assim sendo, o recluso deve mencionar a qual pavilhão gostaria de se dirigir, ou será apresentado aos acessos de cada um dos quatro espaços, onde será permitida ou não sua permanência no local.

Entrevistado A: Quando eu cheguei, não era envolvido com nada, morava no fundo da galeria, mas eu conhecia o plantão da galeria, de onde eu morava, e o outro plantão, que era irmão de um cara que eu conhecia da rua. (...) Isso que meu irmão quis me puxar para a cela dele, mas o plantão não deixou, disse que era para eu ficar no fundão para enxergar a cadeia primeiro. Quando a gente chega é assim, sabia? Se os cara gostam da gente eles botam nós numa cela pra nós ver primeiro como é, entendesse? Se eles não gostam, se não gostar mesmo, se tiver guerra, eles já descem os cara ou não deixam nem subir, né?! Aí o cara me jogou lá pra mim ver como era a cadeia primeiro. Tem uns que chegam que começam a se deixar levar pelos cara e apoiar coisa errada, apoiar a caminhada errada.

No trecho acima, pode-se destacar três conceitos importantes no ambiente prisional: o plantão, a necessidade de enxergar a cadeia e a caminhada errada. Com relação ao plantão, trata-se da mais importante modalidade de remição, onde aquele que fizer uso do título será responsável pelo funcionamento da galeria em que residir. Na PERG, os plantões residem na cela 01 (um) de cada galeria, juntamente com outros presos que recebem diferentes remições, podendo ser estas referentes a funções como: chaveiro, responsável pelo freezer, faxineiro, barbeiro, paneleiro, entre outras.

Para outro entrevistado, a função do plantão é bem clara e respeitada tanto pelos presos, quanto pelos agentes penitenciários. Segundo ele, cada galeria conta com um chaveiro, que abre e fecha as portas das celas:

Entrevistado B: é muito problema pra polícia cuidar do lado deles e do lado nosso, entendeu? É como... como eu vou te falar... é como se eles tivessem botando os cara pra fazer o serviço dele, entendeu? Porque é o serviço deles cuidar galeria, cuidar pavilhão. Só que eles não fazem isso, eles só cuidam do lado deles pra cá. Aí vamos supor: se um cara foge, ou dá no outro, ou um cara esfaqueia o outro... aí quem é que vai responder? Quem que eles vão chamar lá embaixo pra ver a mão? O plantão...aí vão perguntar: ô meu, o que tá acontecendo? Aí o cara diz: não sei, seu. O guarda diz: como é que tu não sabe, se tu é o plantão? É pra isso que tem o plantão.

Com relação a “enxergar a galeria” e ao dever de “não apoiar caminhada errada”, trata-se da necessidade, estipulada pelos presos, de respeito a uma hierarquia por eles estipulada. O mesmo apenado que relatou seu início de cumprimento de pena, destacou que não é aceito que algum preso sequer olhe para a mulher do outro, ou que venda drogas sem ter “autorização”, muito menos que use facas sem ter permissão para tanto.

Segundo o entrevistado A, cabe aos plantonistas analisar quem realizará o tráfico de drogas no local, mas seja quem for, residirá nas celas 01 (um) ou 02 (dois). Esses mesmos presos, que aí residirem, deverão andar munidos de, no mínimo, duas facas na galeria. Para o apenado entrevistado, a munição é fundamental para impor ordem entre os presos, que por vezes podem querer ocupar o lugar daqueles que estão tendo o controle da galeria e se beneficiando, tanto financeiramente, quanto com a diminuição de sua pena.

Os relatos foram uníssonos ao informar que todas as celas estão superlotadas, com cerca de 08 (oito) ou 09 (nove) presos no espaço de 03 (três) x 04 (quatro) metros quadrados. Apesar disso, foi relatado que, apesar do poder que detêm, os plantonistas não podem usufruir das celas como bem entendem. Segundo um dos apenados, é fundamental que a cela 01 (um), que dispõe de 04 (quatro) camas como as demais, abrigue pelo menos mais de (06) seis presos. “Se a galeria tá lotada, o que os outros vão pensar? Vão dizer: pô, só quatro na um, amanhã

quando eles abrirem as porta vamo pega eles.” Conforme relato deste preso, a tensão é constante: “Uma galeria cheia não é assim pra controlar. Na galeria cheia tem que andar com duas facas e estar de pé às 07h.”

Segundo um dos entrevistados, cabe aos “trabalhadores” dos pavilhões, decidir, inclusive, quem poderá transitar pelos corredores das galerias. Conforme narrado, esse cenário mudou há poucos anos:

Entrevistado D: Até 2012 era tudo aberto. Abria as 09h e fechava as 17h30min, 18h. Só que daí eles falaram que tava muita baderna, porque tinha presos que desciam no acesso e ficavam gritando para os outros pavilhão. Por isso, a juíza mandou fechar as porta. Agora só o embolamento e os trabalhador podem andar no corredor.

Em virtude da frequente troca de magistrados no comando da Vara de Execuções Criminais, não foi possível descobrir se tal norma foi proveniente do Poder Judiciário, ou se foi uma decisão administrativa da casa prisional, haja vista que a administração desta também muda com frequência, mais especificamente, anualmente. Todavia, restou claro durante a conversa com os presos que os agentes penitenciários costumam se valer da força de comando do Judiciário, quando desejam impor alguma regra que é de sua necessidade.

Ao entrevistado “D”, foi solicitado que explicasse o significado de “embolamento”, ao passo que este referiu se tratar daqueles presos que possuem certa amizade com os moradores das celas “da frente” (um e dois), mas costumam “treinar”, ou seja, “são treinadores”, erram com frequência e não possuem o controle emocional necessário para andar com facas e usufruir de alguma posição de comando.

Em suma, nota-se que há a formação de uma verdadeira “gang” no local, onde aqueles que fazem parte desta, possuem privilégios que não são compartilhados com os demais. Além da possibilidade de circular pelos corredores, que já foi mencionada nesta pesquisa, trabalhadores e membros do embolamento podem receber suas visitas em celas vazias, enquanto os outros presos devem dividi-las.

Conforme relatado, a visitação funciona da seguinte forma: os presos são deslocados para o pátio interno de cada pavilhão, enquanto os trabalhadores permanecem entre o acesso e os corredores, orientando as visitas. Apesar do que se possa crer, tudo é extremamente organizado de modo que nenhuma visita seja vista. É regra, na Penitenciária Estadual do Rio Grande, que os familiares dos presos, sejam esposas, irmãos ou pais, sejam vistos apenas pelos seus próprios parentes. Assim, ainda que os trabalhadores orientem as visitas a que cela devem se dirigir, o fazem sempre de costas para esta, como um sinal de respeito. Logo, no momento em que o visitante se dirige ao trabalhador e informa o nome do

preso a quem está vinculado, tanto a visita quanto o recluso são encaminhados a uma cela. Caso o preso em questão seja membro dos trabalhadores ou do embolamento, poderá usufruir de um espaço que contém quatro camas e um banheiro, sozinho. Todavia, se não fizer parte de nenhum destes grupos, lhe restará dividir uma cela com mais quatro apenados.

As quatro camas de cada cela são chamadas de “jegas” e são obrigatoriamente tapadas com cobertas que fazem a função de parede, para que as visitas e presos alheios não possam se ver. O esquema acima mencionado não muda, independente se se tratar de visita íntima. Nesses casos, os reclusos fazem uso de instrumentos como rádio e televisão em alto volume, para que além de não se ver, os presos também não se escutem.

A regra de não olhar para o visitante só muda quando se trata de crianças. Conforme relatado pelos entrevistados, as companheiras dos presos que levam seus filhos para ver os pais, usufruem primeiro da visita íntima, de modo que cabe aos trabalhadores se encarregar dos cuidados dos menores, que são proibidos de frequentar o pátio. Um dos entrevistados manifestou profundo respeito às visitas infantis e disse que não há a menor possibilidade de abuso das crianças, pois, segundo ele, os pavilhões não abrigam criminosos sexuais, conhecidos por eles como “tarados”. Para ilustrar sua posição, um dos entrevistados narrou o seguinte episódio:

Em dezembro do ano passado a gente ficou sabendo que a vítima de um cara preso por roubo tinha sido encontrada de calcinha e sutiã. A gente foi lá falar com ele e perguntou qual era a real, mas ele negou que tivesse estuprado a mina. A gente disse pra ele que tava limpo, mas que a gente ia descobrir caso fosse verdade e ele ia ter que descer. No outro dia a gente ficou sabendo que ele tinha se matado durante a madrugada.

Semelhante a este fato, há muitos outros envolvendo a violência. Um dos agentes penitenciários, enquanto descrevia as “regras da cadeia”, contou que, utilizando-se do fato de não poder ser vista, uma visitante tinha carteira de visitas que lhe permitia visitar um preso, mas chegava no pavilhão e pedia para ver outro. Conforme relatado, o preso a quem ela estava ligada através de autorização administrativa, descobriu o que estava acontecendo. A partir daí, os trabalhadores decidiram que os dois presos envolvidos na questão resolveriam aquilo sozinhos, de modo que seria função daquele que havia sido traído, espancar o outro. Ocorre que, conforme dito pelo agente penitenciário, o preso traído não foi capaz de agredir o recluso que estava recebendo visitas de sua mulher. Dessa forma, os trabalhadores decidiram que ambos iriam apanhar. O fato ocorreu há cerca de três anos.

Essas narrativas demonstram o poder da hierarquia exercida na penitenciária em questão, que se funda, principalmente, na meritocracia. Um dos entrevistados foi categórico

ao referir que o espaço daqueles que exercem uma função de poder sempre será mantido, ainda que este passe a usufruir da liberdade. O referido preso demonstrou preocupação em agradar seus colegas quando sair da penitenciária, referindo que assim teria para onde voltar, o que demonstra que o recluso acostuma-se a ver sua vida ligada à penitenciária. Para o entrevistado, é importante que, ao sair, o preso mantenha boas relações com aqueles que ficaram, inclusive depositando créditos telefônicos nos celulares dos reclusos, para que tenha sempre um lugar garantido entre os trabalhadores ou no embolamento, pois “apoiou a caminhada” do outro enquanto estava longe.

Ao conversar com os apenados, foi possível perceber que no cárcere tudo se torna moeda de troca. Os entrevistados relataram que costumam vender drogas, ligações telefônicas e comida em troca de faxina. Com relação à alimentação, o entrevistado B, condenado a 17 anos de reclusão e prestes a usufruir do livramento condicional foi categórico: “o cara que rouba lá na rua tem que saber que vai comer mal aqui dentro”.

Para o preso, a alimentação fornecida pela casa prisional é de péssima qualidade. Segundo os reclusos, a carne só é servida nas quinta-feiras, dias em que a juíza realiza audiências na casa prisional e vistoria as condições dos presos. Apesar disso, os agentes penitenciários confirmaram que a SUSEPE encaminha carne suficiente para alimentar todos os presos recolhidos, mas o material é dividido entre as duas cozinhas, sendo que na cozinha geral (dos presos), a comida é feita de maneira diferente para os trabalhadores e para os residentes dos pavilhões. Nesse sentido, um dos entrevistados, quando confrontado com tais dados, disse que, ainda que haja carne suficiente, os trabalhadores da cozinha geral vendem o produto para os chefes das galerias, fazendo assim uma fonte de renda extra.

O chefe da cozinha geral, com quem também foi possível conversar, na época da entrevista, estava participando de curso profissionalizante de cozinheiro, doado pelo Conselho da Comunidade. Apesar disso, o referido trabalhador informou que, ainda que aprendesse novas técnicas para melhorar a qualidade da comida, jamais conseguiria pô-las em prática naquele local, pois, ainda que a SUSEPE encaminhe os materiais mais básicos para a cozinha, não há temperos para fazer com que a comida se torne mais saborosa. Segundo o preso, os poucos temperos disponíveis são doados também pelo Conselho da Comunidade, mas devido à pouca quantidade, são utilizados apenas na comida que é feita separada aos trabalhadores da cozinha geral.

Ainda que o trabalhador cozinheiro alegue que conseguiria fazer um trabalho melhor se pudesse fazer uso de especiarias, os reclusos das galerias alegam que tanto o arroz,

quanto o feijão, são mal cozidos e não possuem sal. Devido a isso, cada cela possui um fogão feito de dois tijolos e ligado através de alguns fios elétricos. O complemento da comida de cada cela é feito com aquilo que os visitantes levam aos presos, ou com o que estes conseguem comprar do “cantineiro” que vai até o local todas as quintas-feiras.

A miserabilidade e carência financeira dos presos ultrapassa a área alimentícia. No que tange à higiene dos reclusos, a SUSEPE colabora minimamente, enviando, às vezes, um rolo de papel higiênico por preso. Assim, aqueles reclusos que não possuem ajuda material de seus familiares, necessitam do apoio do Conselho da Comunidade, que doa, mensalmente: uma pasta de dente, um prestobarba, um rolo de papel higiênico e dois sabonetes para aqueles que não recebem visitas.

Apesar disso, já houve episódios em que foram encontradas 17 (dezesete) pastas de dente em uma só cela, o que leva a crer que o material doado por vezes é utilizado pelos usuários de *crack* como moeda de troca. A questão financeira não se restringe aos materiais, mas também ao espaço. Segundo um dos entrevistados, com exceção do banheiro, não há nenhum local na cela em que o preso possa dormir de graça, sem comprar ao menos uma vez:

[o preço de] uma cama depende. Se for cela de trabalhador é 100 real, 150. Já vi cara vender por 300 real. Se o cara vai pra cela de trabalhador e tem dinheiro, vendem pra ele mais caro. A de cima vale 200 real. A de baixo vale 100, 150. Até o sarcófago, embaixo das jega, custa 20, 30 real. Aquele lugar no meio da cela, na frente da televisão, vale 10, 15 real. Não tem nenhum lugar grátis, só se a cela tiver vazia quando chegar. Se tiver gente no meio, embaixo da prateleira e embaixo da pia, tu vai ter que pagar ou dormir dentro do banheiro. As celas do fundo tem lugar mais barato, por 50 real tu compra uma jega.

Outro modo de organização é com relação à refrigeração de alimentos. Cada pavilhão, que tem em média 200 (duzentos) presos, possui apenas um freezer horizontal, que foi comprado por presos, que possivelmente nem estejam mais no local.

Entrevistado C: O freezer todo o pavilhão usa, mas só um de cada galeria tem a chave. Cada cela tem direito a dois litros de bebida no freezer, além de comida, sacolé, picolé. Parte 09h, hora que abre a galeria... de vez em quando precisa que abra as 07h, mas não é sempre que dá. na hora de pagar a comida, meio dia, também abre e depois 05h. Três horas por dia. Fica meia hora, uma hora aberta por dia.

Considerando a precariedade das condições de vida dos reclusos, aqueles que saem em liberdade não levam seus pertences, mas apenas a roupa do corpo, pois, segundo os entrevistados, é necessário que apoiem a caminhada um do outro. Por isso, um dos entrevistados, que está na sua terceira passagem pela penitenciária, disse que, ao receber o alvará de soltura para usufruir da liberdade condicional, já saiu da PERG vestindo apenas uma bermuda e uma camiseta, de pés descalços, em pleno dia de chuva. O apenado ressaltou que

na ocasião não levou dinheiro nenhum e iria até sua casa, localizada em um bairro distante dali, a pé, não fosse a colaboração de uma advogada que saía do local e lhe pagou uma passagem de ônibus. Apesar disso, envergonhado por estar trajando aquelas vestes, o então egresso optou por descer do ônibus logo após dispersar-se da mulher que havia lhe ajudado.

As dificuldades financeiras que acometem a SUSEPE vão além de questões materiais e atingem também a qualidade da segurança prestada. A falta de agentes penitenciários dificulta a fiscalização da penitenciária. No ano de 2015, o Conselho da Comunidade financiou a construção de uma sala de revistas na entrada da PERG, onde seriam colocadas todas as máquinas herdadas pela Copa do Mundo, que foram distribuídas pela SUSEPE. Apesar da sala pronta e dos equipamentos funcionando, o material todo não é utilizado e as visitas continuam adentrando na penitenciária da maneira antiga, pois a administração sustenta que não há agentes penitenciários suficientes para cuidar da sala, de modo que os servidores devem se revezar entre as revistas manuais, feitas no interior da PERG, e a segurança do local.

Apesar do cenário descrito neste capítulo, tanto os presos entrevistados, quanto os agentes penitenciários mencionaram que a PERG é uma instituição que abriga presos com um perfil muito tranquilo. Segundo a segurança do local, o comportamento dos reclusos do Rio Grande faz com que muitos servidores da SUSEPE, que são naturais de Pelotas e lá possuem residência, prefiram trabalhar na PERG ao invés de exercer suas funções no PRP.

Os presos entrevistados disseram que não seria difícil fazer uma rebelião na PERG. As informações trazidas pelos agentes penitenciários corroboram com tal informação, pois, segundo eles, a guarda dos muros do local é feita apenas por dois agentes da Brigada Militar, enquanto os plantões noturnos não contam com mais de dez servidores da SUSEPE dentro da penitenciária.

Apesar disso, entre os apenados há uma crença no poder punitivo da SUSEPE, que, segundo alguns eles, não hesitaria em tirar a vida dos presos caso estes praticassem um ato violento para além das grades das galerias. Esse aspecto parece ser uma constante em qualquer estabelecimento prisional brasileiro. Um exemplo que se assemelha ao temor dos apenados da cidade do Rio Grande, é o que consta na música “Diário de um detento”, do grupo de rap nacional “Racionais MC’s”:

Fumaça na janela, tem fogo na cela. Fudeu, foi além, se pã!, tem refém. Na maioria, se deixou envolver, por uns cinco ou seis que não têm nada a perder. Dois ladrões considerados passaram a discutir. Mas não imaginavam o que estaria por vir. Traficantes, homicidas, estelionatários. Uma maioria de moleque primário. Era a

brecha que o sistema queria. Avise o IML, chegou o grande dia. Depende do sim ou não de um só homem. Que prefere ser neutro pelo telefone.

3.3 O estado de exceção instalado: perspectivas e desafios

É sob a perspectiva do estado de exceção teorizado por Agambem que Khaled Jr (2016, p. 67), questiona o leitor: “será que existe efetivamente um estado de direito passível de desaparecimento? Ou o estado é de exceção e ponto final?”. Conforme o autor, trata-se de uma discussão que deve perfazer os diálogos dos penalistas, na medida em que devem se questionar sobre quais providências podem ser tomadas para redução de danos causados pelo estado de polícia, ou mesmo de exceção, sendo isso o que lhes cabe fazer.

Conforme o jurista Khaled Jr. (2016, p. 66), sabe-se que o embate jurídico pouco pode fazer para que haja algum avanço. Entretanto, isso não significa que a luta jurídica deva ser deixada de lado, mas sabe-se que o problema é profundo. Para o autor, ainda que haja limites sobre os avanços que o direito pode fazer, “não podemos pura e simplesmente entregar este espaço para que o poder punitivo prolifere de forma absolutamente irrestrita” (2016, p. 67).

O autor Khaled Jr. (2016, p. 67) reconhece que, ao manter as mudanças no campo da discussão, o direito penal, enquanto teoria assume uma postura pragmática e opta por “manter a discussão do problema nos mesmos termos”. Apesar disso, segundo ele, ainda que seja difícil crer no poder judicial, considerando o estado de exceção instalado, cabe aos juristas aceitar que esse direito penal que está posto perpetuará por um longo período. “A resposta é que no mínimo devem se recusar a compactuar com a opressão, deixando de celebrá-la como cortejo triunfal” (KHALED JR., 2016, p. 68).

Portanto, trata-se de reencontrar a vocação subversiva do discurso e extirpá-la do conformismo que sob alguns aspectos compromete o que deve ser seu sentido último. Desconsiderar o aspecto de garantia que o direito penal representa e pura e simplesmente renega-lo não pode ser seriamente considerado como o caminho a seguir, pelo menos no contexto contemporâneo. (KHALED JR., 2016, p. 68)

Ao narrar o método utilizado pelo regime nazista, Ruiz (2012, p. 11) refere que não se tratava de uma inovação bárbara contra a humanidade, mas apenas foi dada sequência a uma prática comum do Estado Moderno. O mesmo ocorre no ambiente prisional. A tomada de poder dos presos não é uma manobra cruel, introduzida pelos bandidos que foram banidos da sociedade. Antes disso, é uma usurpação do que nos é ensinado desde que nos constituímos

de vida natural. Há ali um respeito ao ordenamento local, uma noção de hierarquia e métodos que mantêm a soberania de poucos.

Nesses termos, se o nazismo aterrorizou por ter sido cometido dentro da legalidade em que o estado de direito lhe permitia aplicar o estado de exceção permanente, o caos do sistema penitenciário – e o estado de exceção ali instalado – só não aterroriza porque não é visto. E mais, ainda que fosse, há dúvidas se causaria comoção nacional, considerando que se tratam de atos voltados de vida nua para vida nua, o que, na concepção brasileira atual (bandido bom é bandido morto), é justo.

Nesse âmbito, a manutenção da soberania prisional também possibilita que seja mantida a soberania dos agentes penitenciários. É apenas com as regras introduzidas pelos presos, que os guardas, em número insuficiente, conseguem realizar seu trabalho de maneira ordeira. Não fosse a colaboração dos próprios presos, o universo da penitenciária local seria insustentável.

Há, portanto, uma dupla exclusão do indivíduo, que muitas vezes não pertence à sociedade, mas tampouco possui laços que façam com que possa, um dia, deixar de pertencer aos fundos das galerias prisionais. No caso dos criminosos sexuais, essa reiterada exclusão possui feições ainda mais preocupantes. O indivíduo não é aceito na sociedade e geralmente é condenado a uma pena alta, mas também não pertence ao mesmo local dos criminosos. Em muitos casos, há condenados por estupro que não são aceitos nos pavilhões e tampouco querem ser integrados às celas do seguro, que em geral abrigam pessoas que cometeram o crime de estupro e já possuem idade avançada. A essas pessoas, não resta alternativa, senão optar por integrar o grupo de trabalhadores, que, em contrapartida, devem ser informantes dos agentes penitenciários.

O mesmo tratamento recebe Caim, personagem bíblico, cuja história é relembra por Ruiz, que nos remete à sacralidade da vida e à decisão soberana:

A violência de Caim contra a vida torna sua própria vida exposta a toda violência. Caim, ao matar seu irmão, atrai sobre si a potência destrutiva de toda violência que, sem matá-lo diretamente, o condena à vulnerabilidade de qualquer um que queira violenta-lo. Ele se percebe exposto a toda violência provocada pela maldição de Deus. Esta opera como uma exceção jurídica que suspende o direito de proteção da vida de Caim e o abandona a uma zona de anomia em que qualquer um poderá violenta-lo sem que sofra consequências por isso. Caim não foi condenado à morte por Deus, mas a maldição o excluiu do direito que tinha, qual seja, o de ter sua vida defendida. (RUIZ, 2012, p. 07)

Apesar de conduzir Caim à vida nua, Deus inverte a lógica da exceção e declara que aquele que matar Caim será vingado sete vezes. “Ao decretar a exceção da exceção, torna

a proteger a vida humana de Caim como algo precioso que ninguém pode violentar, mesmo que ele tenha atraído sobre si a potência da violência com a morte de seu irmão” (RUIZ, 2012, p. 07).

Em que pese à história bíblica, a realidade nos leva a um cenário diverso, que demonstra descaso e abandono pelas instituições de poder. A esfera política não demonstra qualquer preocupação com o caos do sistema prisional vivido no Brasil; o Poder Judiciário se omite e desconhece a realidade carcerária; os órgãos ministeriais não investigam os crimes ocorridos dentro da prisão; enquanto que a administração das casas prisionais opta, como vimos, por, literalmente, entregar as chaves das galerias aos presos, sendo tarefa destes, regular o que ocorre por trás das grades.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa foi pautada em uma experiência de trabalho semanal na Penitenciária Estadual do Rio Grande, que abrangia o convívio com as demandas físicas e jurídicas dos presos da Comarca. Logo, para que a o este trabalho de conclusão de curso fosse dotado das formalidades exigidas em uma monografia, buscou-se desenvolver uma ampla análise doutrinária e teórica.

Para isso, foi necessário o estudo sobre o advento do modelo prisional e seu caminho até o controle punitivo assegurado pelo Estado nos dias de hoje. Com relação ao aporte teórico utilizado, priorizou-se o estudo, especialmente, da obra de Giorgio Agamben, que destaca a reprodução de um estado de exceção que, a bem da verdade, é uma constante, de modo que se destaca - e é vivido - muito mais que a democracia.

Em um último ponto, foi possível ouvir a voz de 04 (quatro) apenados da cidade do Rio Grande, que amparados pelo anonimato, descreveram os mais diversos cenários cotidianos da Penitenciária local. Nessa etapa, foi possível reconhecer semelhanças entre o caos do sistema prisional e o estado de exceção teorizado por Agamben. Nesse diapasão,

restou claro também que há intensa produção de vida nua no cárcere riograndino, que, conforme destacado no decorrer desta obra, se transforma em campo.

Embora se justifique a crença de que os presos estão amparados pela lei do silêncio, produzida junto com outros ordenamentos oriundos da própria penitenciária, nota-se que a sociedade não deseja enxergar o que de fato acontece no interior do cárcere. Mesmo assim, a presente pesquisa buscou promover uma melhor compreensão do ordenamento jurídico daqueles indivíduos que, ainda que privados de liberdade, ostentam relações de poder e medo perante os demais.

Logo, percebe-se que os motivos da falência do sistema penal brasileiro ultrapassam a inaplicabilidade da lei posta. Conforme exposto, há questões que demonstram a existência de um problema social que necessita ser estudado, pois a manutenção do que está posto implica na produção de violência, tanto física quanto moral, perante vidas que já foram banidas daquilo que chamamos de civilização.

Nesse sentido, pode-se perceber que a única forma de transformar o ambiente prisional estudado seria através de uma maior efetivação do controle estatal, tanto através de mais funcionários quanto com um maior investimento na qualificação dos presos, além, claro, de uma grande mudança física na estrutura da Penitenciária, que abrangesse os critérios mais básicos, como a produção de mais espaço no local.

Contudo, a efetivação dos direitos já dispostos na Lei de Execução Penal e na Constituição Brasileira parece uma utopia, mediante a realidade do sistema carcerário brasileiro, gaúcho e, principalmente, riograndino. Ainda que se necessite de maior participação do Estado, que deveria promover as diferenças acima citadas, é ingenuidade crer que os agentes de segurança pública buscarão uma melhoria nas condições das prisões, com o fim de assegurar a produção dos Direitos Humanos.

De fato, o que se vê no Brasil hoje é a produção de um discurso de ódio perante um aumento da violência. Parece inacreditável que, apesar dos altos índices de prisão no estado do Rio Grande do Sul, a sociedade, de modo geral, ainda creia que o problema maior de segurança no país seja a impunidade.

Assim, diante de uma mídia que reproduz histórias de superação a todo o custo, para que se sustente o sistema capitalista, devemos prever que não será uma tarefa fácil transformar o direito penal. Todavia, como um pequeno passo, buscamos contribuir para a

mudança, trazendo à público todas as questões que nos foram relatadas, que fazem vigorar um estado de exceção em meio ao caos e que demonstram a inaplicabilidade dos Direitos Humanos no extremo sul do país.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio, 1942- **Estado de exceção**/ Giorgio Agamben; tradução de Iraci D. Poleti. – 2 ed. – São Paulo: Boitempo, 2004 (Estado de Sítio).

Anitua, Gabriel Ignacio (2008). **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro. Revan.

ARAUJO, Carlos. **Sistema Prisional Brasileiro: A busca de uma solução inovadora**. Publicado em 18 de março de 2014. Migalhas.

ARGÔLO, Caroline. **Sistema penitenciário atual: incompatibilidade com a lei de execução penal**. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/41175/sistema-penitenciario-atual-incompatibilidade-com-a-lei-de-execucao-penal>>. Acessado em 25 de julho de 2016.

BARROS, Ana Maria e Jordão, Maria Perpétua Dantas. **A cidadania e o sistema penitenciário brasileiro**. Unieducar, 2015.

BATISTELA, Jamila Eliza; AMARAL, Marilda Ruiz Andrade. **Breve Histórico do sistema prisional**. 2014. Disponível em: <<http://intertemas.unitedu.br/revista/index.php/ETIC/article/viewArticle/1662>>. Acessado em 06 de junho de 2016.

BECCARIA, Cesare Bonesana, Marchesi di, 1738-1794. **Dos delitos e das penas** / Cesare Beccaria; tradução J; Cretella Jr. e Agnes Cretella – 4 ed ver. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 1 / Cezar Roberto Bitencourt. – 16. Ed. – São Paulo / Saraiva, 2011.

BRASIL. Casa Civil. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. **Portal da Legislação**. Brasília, 1984. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acessado em 21 de julho de 2016.

CÁCERES, Everlyn Flores. **Controle social, violência urbana e direitos humanos**. Disponível em: <
www.puc-rio.br/pibic/relatorio_resumo2011/Relatorios/CSS> Acessado em 12 de agosto de 2016.

CAMARGO, Antonio Luis Chaves. **Sistema de penas, dogmática jurídico-penal e política**. 1ª edição. Cultural Paulista. São Paulo, 2002.

CARVALHO, Salo. **Pena e garantias**. 3ª edição, revista e atualizada. Ediora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2008.

CELIS, J.B; HULSMAN, Louke. **As penas perdidas**. Paris: Luam, 1986.

CHIAVERINI, Tatiana. **Origem da pena de prisão**. Dissertação de mestrado em filosofia do Direito. PUC São Paulo, 2009. Disponível em
<www.observatoriodeseguranca.org/files/Origem%20da%20pena%20de%20prisao.pdf>. Acesado em 15 de julho de 2016.

CONDE, Francisco Muñoz; HASSEMER, Winfried. **Introdução à Criminologia**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

Da Silva, Elisa Levien. **A realidade do sistema penitenciário brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana**. Disponível em:
www.univali.br/ensino/graduacao/cejurps/cursos/...de.../Arquivo%2030.pdf. Acessado em: 14 de agosto de 2016.

DA SILVA, Uvanderon Vitor. **"Parado é suspeito, correndo é ladrão": raça e suspeição na atuação policial em São Paulo**. III Seminário de Pesquisa da FESP. Disponível em:
<www.fespsp.org.br/.../anais/.../10_PARADO_SUSPEITO_CORRENDO_LADRÃO.pdf>. Acessado em 05 d agosto de 2016.

DEL OLMO, Rosa. **A América Latina e sua criminologia**/ Rosa del Olmo. – Rio de Jnaeiro: Revan: ICC, 2004 (Pensamento criminológico).

DERRIDA, Jacques. **Força de lei: o fundamento místico da autoridade**/ Jacques Derrida; tradução Leyla Perrone- Moisés. – 2ª ed.- São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. – (Biblioteca do pensamento moderno).

FOUCAULT, Michel, 1926-1984. **A verdade e as formas jurídicas** / Michel Foucault, (tradução Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais, supervisão final do texto Léa Porto de Abreu Novaes- Rio de Janeiro: NAU Editora, 2003).

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**; tradução de Raquel Ramalhe. 38. Ed. Petrópolis, RS: Vozes, 2010.

FRERE, Moema Duarte. **Paradigmas de Segurança no Brasil: da ditadura aos nossos dias**. Aurora, ano 01, número 05. Dezembro de 2009.

GARCIA FILHO, Theodoro Domingos Martins. **História das Prisões**. Dissertação no programa de pós-graduação em direito - especialização em ciências penais. Porto Alegre, 2013.

GARLAND, David, 1955- **A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea David Garland**; [tradução, apresentação e notas André Nascimento]; - Rio de Janeiro: Revan, 2008.

GOMES, Jorge Roberto. **O sistema prisional e a lei de execução penal: uma análise do ser ao dever ser**. Monografia apresentada ao Curso de Direito da Faculdade Estácio de Sá de Juiz de Fora- MG, como requisito para a aprovação final. 2010. Disponível em: <
<http://br.monografias.com/trabalhos-pdf/sistema-prisional-lei-execucao-penal/sistema-prisional-lei-execucao-penal.shtml>>. Acessado em 02 de agosto de 2016.

Infopen, junho/2014. **Estatísticas prisionais**. Disponível em:
<<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/transparencia-institucional/estatisticas-prisional/levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias>>. Acessado em 25 de julho de 2016, às 22h29min.

KHALED JUNIOR, Salah H. **Discurso de ódio e sistema penal**. Belo Horizonte, MG: Casa do Direito: Letramento, 2016.

KHALED JUNIOR, Salah H. **Ordem e progresso: a invenção do Brasil e a gênese do autoritarismo nosso de cada dia**./ Salha H. Khaled Jr. – Rio de Jenrio: Lumen Juris, 2014.

KHALED JUNIOR, Salah H. **Justiça social e sistema penal.** /Salah H.Khaled Jr. – 1. ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

LOMBROSO, Cesare, 1885-1909. **O Homem Delinqüente;** tradução Sebastião José Roque. 1ª reimpressão. Col. Fundamentos do Direito. São Paulo : Icone, 2007.

MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal** / Renato Marcão- 11. ed. ver. ampl. e atual. de acordo com a lei n. 12.654/2012 (identificação compulsória do perfil genético) – São Paulo: Saraiva, 2013.

MELOSSI, Dario e PAVARINI, Massimo. **Cárcere e a fábrica.** As origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX). Trad. Sérgio Lamarão, Rio de Janeiro: Revan, 2006.

MERÇON, Juliana. **Foucault, Agamben e Deleuze: relações entre vida e política.** Trilhas Filosóficas. Ano III, número 2, jul-dez. 2010. Disponível em <http://www.uern.br/outros/trilhasfilosoficas/conteudo/ano3_n2_jul_dez_2010.html>. Acessado em 12 de agosto de 2016.

PEIXOTO, Erika Gomes. **Estado de exceção e a biopolítica: as metamorfoses da soberania em Giorgio Agamben.** Disponível em: <http://semanaecopol.files.wordpress.com/2013/01/c3a9rika-gomes-peixoto-estado-de-excec3a7c3a3o-e-biopolc3adtica_as-metamorfozes-da-soberania-em-giorgio-agamben-gt2.pdf>. Acesso em 15 de agosto de 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal** / Guilherme de Souza Nucci – 11. Ed. ver. E atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLIVEN, Ruben George. **Violência e cultura no Brasil.** 3ª Edição. 1982, Eitora Vozes LTDA. Petrópolis/RJ, Brasil.

OUTHWAITE, William. **Entendendo a vida social.** Trad. de Alfredo Leoni. Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1985.

PIVETTA, Saulo Lindorfer. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracia,** Curitiba, v. 10, n. 10, p. 340-361, jul/dez. 2011.

PONTEL, Evandro. **Estado de exceção em Giorgio Agamben.** Revista Opinião Filosófica,

Porto Alegre, v. 03; nº. 02, 2012

PRANDO, Camila Cardoso de Mello. **A contribuição do discurso criminológico latino-americano para a compreensão do controle punitivo moderno: controle penal na América Latina.** Veredas do Direito, Belo Horizonte. v.3. n.6. p. 77-93- Julho-Dezembro de 2006. Disponível em <<http://livros-e-revistas.vlex.com.br/vid/discurso-latino-punitivo-americana-latina-440553850>>. Acessado em 02 de setembro de 2016

REDAÇÃO, Carta Capital. **O Brasil possui a quarta maior população carcerária do mundo.** Publicado em 23/06/2015 18h07, última modificação 24/06/2015 11h50. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/sociedade/brasil-possui-a-quarta-maior-populacao-prisonal-do-mundo-7555.html>> Acessado em 15 de julho de 2016.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura Social.** 2ª Edição. Radução, revisão técnica e nota introdutória Gizlene Neder. Rio de Janeiro. Ed. Revan, 2004.

SCHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia** / Sérgio Salomão Shecaira; prefácio Alvino Augusto de Sá- 3. Ed. ver. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

TEIXEIRA, Alex Niche. **Televisão, hipercrimes e violências na modernidade tardia.** Artigo produzido a partir da pesquisa empírica realizada para a tese de doutorado intitulada: A abordagem televisiva do crime violento na modernidade tardia.

VERRI, Pietro, 1728-1797. **Observações sobre a tortura/** Pietro Verri; prefácio de Dalmo de Abreu Dallari; [tradução Frederico Carotti]. – 2ª ed. – São Paulo: Martins Fontes, 2000 – (Clássicos)

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, 1927- **O inimigo no direito penal.** /E. Raúl Zaffaroni. Tradução de Sérgio Lamarão – Rio de Janeiro: Revan, 2007, 2ª edição junho de 2007, 3ª edição dezembro de 2011.

ANEXO 01

TERMO DE CONSENTIMENTO LIVRE E ESCLARECIDO

Eu, Michele Lucas de Castro, estudante, aluna do curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande – FURG, sob orientação da Professora Doutora Raquel Fabiana Lopes Sparemberger, venho por meio deste, com vistas à preservação dos critérios éticos relativos às atividades de pesquisa, prestar-lhe as informações que seguem e solicitar seu consentimento para que, através de entrevistas de coleta de dados, integre o grupo de sujeitos da pesquisa, esclarecendo, de imediato, que esta pesquisa não é de exame para fins de execução penal.

Título da Pesquisa:

ESTADO DE EXCEÇÃO NA PENITENCIÁRIA: UMA ANÁLISE DO CAOS INSTALADO NA PENITENCIÁRIA ESTADUAL DO RIO GRANDE - PERG

Objetivos:

A presente pesquisa tem por objetivo geral analisar de que forma a intervenção estatal limitada na cadeia pública da Comarca do Rio Grande, na 5ª Região Penitenciária do Rio Grande do Sul, colabora para a ampliação do empoderamento dos presos.

Metodologia da Pesquisa:

Coleta de dados, com gravação magnética ou digital, através de entrevistas individuais e dinâmicas, e posterior análise qualitativa destas.

Garantias aos sujeitos da pesquisa:

A entrevistadora se compromete com as seguintes garantias aos sujeitos da pesquisa:

- a) prestar todo e qualquer esclarecimento acerca da pesquisa, em qualquer momento de sua ocorrência.
- b) manter o sigilo sobre a identidade do sujeito da pesquisa. Assim, na divulgação dos resultados, eventuais transcrições de trechos das entrevistas ou das conversas realizadas terão a fonte indicada somente por nomes fictícios ou números e dados sobre a pena que não permitam que sua identidade seja revelada.
- c) admitir que o sujeito da pesquisa se retire da mesma em qualquer fase dos procedimentos de coleta de dados.

Esclarecimentos finais:

Esclarece-se, ainda, que a concordância ou discordância em se integrar ao grupo de sujeitos da pesquisa não produz qualquer efeito direto – que não os em expectativa a partir dos resultados da pesquisa – no curso do processo de execução penal.

Eu, _____
_ (documento de identidade _____), declaro que fui informado que me serão assegurados: o anonimato de minha identidade; minha privacidade; liberdade de retirar meu consentimento a qualquer momento. A minha participação é voluntária, ou seja, não sou forçado a participar deste projeto, podendo desistir desta participação a qualquer momento. Assim sendo, concordo em participar do referido projeto, realizado pela estudante Michele Lucas de Castro, sob orientação da Professora Doutora Raquel Fabiana Lopes Spamerberger.

_____ Assinatura do participante.

Data _____

Declaro que obtive de forma apropriada e voluntária o Consentimento Livre e Esclarecido deste paciente ou representante legal para a participação neste estudo.

_____ Assinatura da responsável pela pesquisa.

ANEXO 02

ROTEIRO DE ENTREVISTAS PRESOS

1. PERFIL DEMOGRÁFICO E SOCIOCULTURAL:

Nome: _____

Idade:

- de 18 a 21 anos
- de 22 a 25 anos
- de 26 a 30 anos

- de 31 a 35 anos
- de 35 a 40 anos
- de 41 a 45 anos
- de 46 a 50 anos
- mais de 51 anos

Cor:

- branco
- pardo
- negro

Estado civil:

- solteiro
- união estável
- separado/divorciado
- casado

Naturalidade: _____

Nacionalidade: _____

Escolaridade

- Ensino Fundamental incompleto
- Ensino Fundamental Completo
- Ensino Médio Incompleto
- Ensino Médio Completo
- Ensino Superior Incompleto
- Ensino Superior Completo

Profissão: _____

Crime: _____

Primeira vez na prisão?

- SIM
- NÃO Retornou após cumprimento de pena
- Retornou durante o cumprimento de pena pela suposta prática de novo delito- usufruía do benefício _____

Tipo de prisão:

- Preventiva
- Condenação- Pena: _____

Regime a que foi condenado: _____

Possui liga laboral? Qual? _____

2. COTIDIANO PRISIONAL

Como ocupa o tempo na Penitenciária?

Recebe visitas?

Recebe auxílio material da família ou da casa prisional?

Faz uso da comida oferecida pela Penitenciária?

Possui algum tipo de venda?

Tem acesso a telefone?

Tem acesso a drogas?

Exerce função de liderança no Pavilhão em que reside?

Quem decide quem vai residir no Pavilhão?

Quem não pode cumprir pena no Pavilhão?

Já sofreu ameaças?

Tem “espaço” em outros pavilhões?

Quais as diferenças entre o preso que trabalha e o preso que não trabalha?

Considera que os pavilhões são controlados pelos presos ou pelos agentes penitenciários?