

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 817

(Ano IX)

02/09/2017)

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

SUMÁRIO

COLUNISTA DA SEMANA



28/08/2017 Kiyoshi Harada

» [Reforma Tributária, um pretexto para elevar tributos](#)

ARTIGOS

31/08/2017 Neemias Motin

» [A possibilidade de as partes, por intermédio de um negócio jurídico processual, negarem caráter absoluto à impenhorabilidade prevista no artigo 833 do Código de Processo Civil de 2015](#)

31/08/2017 Ricardo Simões Xavier dos Santos

» [Desconsideração da personalidade jurídica em matéria tributária](#)

31/08/2017 Victor Alexandre Costa de Holanda Ramos

» [A cultura de aversão e a criação de um microssistema de proteção LGBTI fundamentado na lei 11.340/06](#)

30/08/2017 Felipe Teixeira Dias

» [Linguagem e direito: o dualismo da interpretação em contraste ao protagonismo judicial](#)

30/08/2017 Tauã Lima Verdán Rangel

» [A teoria dos capítulos de sentença no novo CPC: algumas reflexões sobre a temática](#)

30/08/2017 Orliênio Antônio Gonçalves da Silva

» [A inconstitucionalidade das práticas da ideologia de gênero nas escolas e a defesa da fé católica](#)

29/08/2017 Thais Sanson Sene

» [O exercício do poder de polícia pela Administração Pública sob a luz do princípio da proporcionalidade](#)

29/08/2017 Tauã Lima Verdán Rangel

» [O procedimento da separação judicial no novo CPC: uma análise da](#)

[\(in\)constitucionalidade à luz da emenda constitucional nº 66/2010](#)

29/08/2017 Orliênio Antônio Gonçalves da Silva

» [O plano de carreiras do Ministério Público mineiro como instrumento viabilizador do desenvolvimento de pessoas](#)

28/08/2017 Camila Gonçalves de Souza Vilela

» [Da Desconsideração da Personalidade Jurídica](#)

28/08/2017 Joseph Raphael Alencar Brandão

» [O novo regime de incapacidade civil e o acesso à Justiça no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis](#)

28/08/2017 Orliênio Antônio Gonçalves da Silva

» [O poder regulamentar do Conselho Nacional do Ministério Público face à vedação da advocacia ao servidor](#)

MONOGRAFIA

28/08/2017 Tayane Panisset Perrotta

» [A Lei de Responsabilidade Fiscal, seu impacto e sua contribuição para a gestão pública](#)

REFORMA TRIBUTÁRIA, UM PRETEXTO PARA ELEVAR TRIBUTOS

KIYOSHI HARADA: Advogado em São Paulo (SP). Mestrado em Teoria Geral do Processo pela Universidade Paulista(2000). Especialista em Direito Tributário e em Direito Financeiro pela FADUSP. Professor de Direito Tributário, Administrativo e Financeiro. Conselheiro do Instituto dos Advogados de São Paulo. Presidente do Centro de Pesquisas e Estudos Jurídicos. Membro do Conselho Superior de Estudos Jurídicos da Fiesp. Ex Procurador-Chefe da Consultoria Jurídica do Município de São Paulo.

Desde a década de noventa a bandeira da reforma tributária vem sendo agitada periodicamente como um pretexto para elevar o peso da carga tributária. É assim que o nível de imposição tributária de 27% passou para os atuais 36% do PIB, o que torna o Brasil o país que mais tributa no planeta se levada em conta a falta de retorno em termos de prestação de serviços públicos.

Com o desarquivamento da PEC nº 31/07, coincidindo com a sua divulgação pelo ilustre Relator, o insigne Deputado Luiz Carlos Hauly, veio à luz a elevação das alíquotas do IOF e a recondução das alíquotas do PIS/COFINS-Importação incidentes sobre derivados de petróleo, como alternativas para recriação da CPMF ou implantação do IGF. Se declarada a inconstitucionalidade do Decreto nº 9.101/17 pode-se ter a certeza de que aumentos de outros tributos (contribuições sociais e imposto de renda [1]) virão em face da espantosa precariedade dos serviços públicos essenciais por falta de recursos financeiros que, entretanto, nunca faltaram para sustentar uma máquina administrativa inchada, ociosa e ineficiente.

Só que a sociedade pagante não mais suporta o peso da carga tributária que desde a década de noventa não pára de crescer. É preciso interromper de vez o círculo vicioso: aumento de tributos que causa a recessão econômica que provoca queda de arrecadação que, por sua vez, conduz ao novo aumento tributário que causa, igualmente, uma nova recessão. Por que não experimentar baixar drasticamente a carga tributária para causar a expansão de economia que propicie uma arrecadação razoável?

Os tributos visíveis, isto é, aqueles que têm enquadramento em uma das cinco espécies tributárias, somados aqueles inominados ou clandestinos consomem o equivalente a 50% da receita bruta. E destes 50% mais da metade representam tributação sobre o consumo embutida nos preços das mercadorias e dos serviços. Aliás, os ditos tributos visíveis não são tão visíveis assim, por conta do nebuloso regime de tributação por dentro, em contraposição à tributação por fora que prima pela transparência à medida que separa o preço da mercadoria ou do serviço do valor do tributo pertencente ao fisco. Esse regime transparente não é adotado pelo sistema tributário brasileiro porque inviabiliza a sonegação fiscal e nem suscita discussões de teses jurídicas homéricas e empolgantes para serem lentamente dirimidas, caso a caso, pelo Poder Judiciário em atendimento aos pleitos formulados por advogados criativos que partem em socorro às empresas sufocadas pelo peso da tributação. No nosso modo de entender fazer o tributo incidir sobre si próprio [2] é bem pior do que incluir o valor de um tributo na base de cálculo de outro. Mas, a nossa proposta de acrescentar o § 8º ao art. 150 da CF vedando a inclusão do valor do tributo na sua base de cálculo e na de outros tributos nunca foi levada a sério. Há uma insuperável cultura da nebulosidade tributária que vem de tempos imemoriais.

Por conta deste sistema nebuloso, somente para citar, na tarifa de energia elétrica tributada pelo ICMS (25% contra os 18% das demais mercadorias), PIS, COFINS e COSIP, sem que o consumidor saiba, estão embutidos os encargos financeiros referentes a TUSD – Taxa de Uso do Sistema de Distribuição de Energia Elétrica; TUST – Taxa de Uso do Sistema de Transmissão de Energia Elétrica; CCC – Conta de Consumo Combustível; RGR – Reserva Global de Revisão; CFURH- Compensação Financeira pela Utilização de Recursos Hídricos; ESS – Encargo de Serviços do Sistema; ONS – Taxa de Operador Nacional do Sistema; EER – Encargo de Energia Elétrica; e P & D - Investimentos em Pesquisas e Desenvolvimento e Eficiência Energética; e CDE – Conta de Desenvolvimento Energético dos Estados. Todos os valores desses encargos são repassados à tarifa de energia que é a base de cálculo do ICMS.

Quanto a TUSD e a TUST, na verdade, TRASTES, o STJ já determinou a exclusão desses valores da base de cálculo do ICMS (AgRg no REsp nº 1408485/SC), ao passo que, a CDE é objeto

de ação declaratória de inexigibilidade impetrada pela Fiesp e pela Ciesp perante 16ª JF de Brasília, onde foi deferida a tutela antecipatória para determinar a exclusão do valor desse encargo da base de cálculo do ICMS (Proc. 0039957-66.2016.4.01.3400/JFDF, 16ª VJF)

Semelhantes penduricalhos estão embutidos nos preços das tarifas telefônicas, igualmente tributadas com alíquota de 25% do ICMS e pelo PIS/PASEP e pela COFINS. São eles: FUSTA - Fundo de Universalização do Serviço de Telecomunicações; FUTTEL – Fundo de Desenvolvimento Tecnológico das Telecomunicações; FISTEL – Fundo de Fiscalização das Telecomunicações; outros fundos poderão ser criados a qualquer momento sob diferentes siglas sem conhecimento da população.

Fala-se, agora, em elevar a contribuição previdenciária dos servidores públicos da União. Estamos de acordo, desde que se mantenha a alíquota de 11% incidente sobre o valor do vencimento básico e confira caráter extrafiscal em relação às verbas de natureza pessoal, instituindo faixas de tributação progressiva em função do valor e do número de benefícios auferidos: auxílio transporte; auxílio moradia; auxílio alimentação; auxílio paletó; auxílio creche; auxílio excesso de serviços acumulados etc. A alíquota progressiva começaria com modesto 50% progredindo em função dos valores e quantidades de benefícios auferidos até atingir 100%. [3]

Dir-se-ão que isso afugentaria os bons servidores públicos implicando queda de qualidade e eficiência no serviço público. Creio que não, considerando que cada conquista remuneratória é seguida de maior ociosidade e ineficiência. Os bons servidores públicos dedicam-se com afinco ao serviço público independente dos penduricalhos. Aliás, o atual teto salarial de 39,2 mil é mais do que suficiente para não desestimular os servidores eficientes e trabalhadores. Normalmente os que reclamam do “baixo” salário, sempre comparado com os salários do setor privado, são aqueles que não conseguem uma colocação na iniciativa privada que exige zelo, competência, dedicação, qualidade e produtividade que faltam no setor público. Por isso, se agarram com unhas e dentes aos cargos públicos sustentados pelos contribuintes.

A manutenção de escolas de governo para aperfeiçoamento de servidores públicos de que trata o § 2º, do art. 39 da CF não se confunde com a implantação de uma política de supersalários incompatível com o quadro econômico recessivo vivenciado pela sociedade em geral.

NOTAS:

[1] Elevação da alíquota da contribuição previdenciária e a tributação de lucros e dividendos que atingirá em cheio as sociedades de profissionais liberais.

[2] Todos os tributos indiretos são tributados por dentro, isto, é o valor do tributo integra a definição do fato gerador do tributo respectivo.

[3] Na verdade, de conformidade com o inciso XI, do art. 37 da CF tais vantagens pessoais estão abrangidos pelo teto remuneratório que corresponde ao subsídio mensal do Ministro do Supremo Tribunal Federal. Não poderia continuar se apegando à antiga jurisprudência do STF que excluía essas vantagens pessoais do teto remuneratório mediante interpretação conjugada do inciso XI, do art. 37 com o § 1º, do art. 39 da CF que não mais existe, desde o advento da EC nº 19/98 que aboliu o regime de isonomia salarial dos servidores dos três Poderes, “ressalvadas as vantagens de caráter individual e as relativas à natureza ou ao local de trabalho”.

A CULTURA DE AVERSÃO E A CRIAÇÃO DE UM MICROSSISTEMA DE PROTEÇÃO LGBTI FUNDAMENTADO NA LEI 11.340/06

VICTOR ALEXANDRE COSTA DE HOLANDA RAMOS: Universidade Federal da Paraíba. Graduando em Direito.

RESUMO: O presente trabalho discorre sobre as questões conflituosas relativas à seguridade LGBTI, bem como pondera as demandas referentes às medidas punitivas e as suas respectivas eficiências, haja vista a inobservância da constituição cultural do comportamento de aversão e recusa, presentes em larga escala na sociedade brasileira, direcionado à comunidade LGBTI. É também objetivo do trabalho a constituição teórica de um microssistema de proteção com características especiais, o qual reconhece a especificidade da comunidade LGBTI, bem como a sua posição social desfavorável, e propõe soluções também específicas. Por fim, o trabalho propõe a comparação de tal microssistema de proteção com um outro microssistema já criado: a Lei 11.340/06, popularmente conhecida como Lei Maria Da Penha.

Palavras-chave: Medidas protetivas; Antropologia; LGBTI; Maria Da Penha.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A eficiência das mudanças – 3. Resultado por comparação – 4. Considerações Finais – 5. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Muito se discute, nos dias atuais, sobre a necessidade de uma participação do Estado, através do Direito Penal, a fim de reprimir as constantes situações de violência contra a comunidade LGBTI. Pouco se pondera, todavia, sobre o melhor método e a real eficiência de tal interferência. Conforme a afirmação de Claus Roxin (2006, p.05), “a discriminação social pode ser pior que a estatal” e, seguindo o padrão

social, é fácil deduzir que uma interferência social, destinada à proteção dos direitos materiais da segurança LGBTI, é deveras mais eficiente que uma intervenção estatal, quiçá penal.

É constantemente repetida a afirmação inverossímil de que o princípio da isonomia é, não apenas respeitado, como considerado pétreo no sistema constitucional vigente, contudo, parte do princípio do estudo o fomento de um diálogo entre o Direito e a Antropologia, a fim de desenvolver, de forma interdisciplinar, ideias cujo objetivo é a diminuição de conflitos. É importante ressaltar a ineficácia de um resultado puramente jurídico, sendo imprescindível a conexão entre o Direito e muitos outros pontos, sob os mais variados aspectos. Faz-se necessário também o estudo da construção social do “corpo como realidade sexuada e como depósito de princípios de visão e divisão sexualizantes”^[1] e do funcionamento da ordem social “como uma imensa máquina simbólica que tende a ratificar a dominação masculina^[2] sobre a qual se alicerça” (BOURDIEU, 2010, p.18), pois todo o estudo referente ao grupo LGBTI está situado entre o corpo e o Estado, os quais são de extrema importância para a construção de uma teoria que verse sobre este grupo socialmente vulnerável.

O fundamento da perpetuação das citadas máquinas simbólicas de dominação é estabelecido através da ideologia da dissimulação do intelecto – destacando-se a perpetuação das formas intolerantes, tanto práticas quanto teóricas, da degeneração do diferente –, constituindo uma ideologia que, de forma brusca e agressiva, dilacera o outro ou a outra, afinal

esta [ideologia] é o meio de conservação dos indivíduos mais fracos e menos robustos, na medida em que lhes é impossível enfrentar uma luta pela existência munidos de chifres ou das poderosas mandíbulas dos animais carnívoros (NIETZSCHE, 2001, p. 08).

Pode-se fomentar, portanto, um projeto de teoria para o porquê da existência da violência explícita propagada contra a comunidade LGBTI.

Embora inegável o fato de haver mortes, lesões corporais, predominantemente graves e gravíssimas, injúrias e outras ameaças de natureza objetiva aos bens jurídicos LGBTI, constituiria aberração epistemológica acreditar que tais atitudes seriam instantaneamente resolvidas com mera incisão penal nesse corpo de cultura de aversão e ojeriza diariamente posta contra o grupo LGBTI. Fazendo a tão repetida analogia do *iceberg*, pode-se dizer que a violência física é apenas a ponta, enquanto toda as outras formas de violência, as quais constituem a maior parte da estrutura do *iceberg*, são violências culturais, violências do cotidiano, ou seja,

violência simbólica, violência suave, insensível [na maioria das vezes,] a suas próprias vítimas, que se exerce essencialmente pelas vias puramente simbólicas da comunicação e do conhecimento, ou, mais precisamente, do desconhecimento, do reconhecimento ou, em última instância, do sentimento (BOURDIEU, 2010, p. 07).

Essa violência específica, diferentemente da violência objetiva, a qual tende a variar de acordo com outras incógnitas, *v. g.* a personalidade, meio em que o agente está inserido *et cetera*, é transmitida de forma particular, pois é construída a partir de um algoritmo que tende à verdade absoluta – ainda que esta seja rigidamente criticada – ou até mesmo aos conceitos que são provenientes da “atribuição humana arbitrária, convencionados histórica e socialmente por grupos de poder”, fazendo com que “os enunciados, ao repetirem-se à exaustão, consolidem-se no tempo, neutralizando-se e tornando-se inquestionáveis (AGRA, 2013, p. 88)”. Portanto, a cultura de recusa LGBTI se transforma em violência e, de forma inquestionável, consolida-se no tempo.

Como se não bastasse a camuflagem da violência, a cultura brasileira de rejeição LGBTI tem a sua transmissão feita de forma equivalente à transmissão da cultura essencial, ou seja, pode ser classificada como códigos dados previamente e não escolhidos livremente por cada um (TODOROV, 2010, p.68-69), os quais assombram, há várias gerações, aqueles que não se encaixam na hegemonia heteronormativa –

as pessoas são orientadas em casa a, primeiramente, achar estranho e, nos casos mais extremos, incentivadas a “corrigir” qualquer violação da heteronormatividade^[3] –, cuja efígie é o “homem varão heterossexual futuro pai de família, temente a deus, monogâmico e bem-sucedido financeiramente” (LÉON, 2007, p. 86), o qual acredita que o “padrão homem-mulher é natural e divino. Quaisquer formas de corrompê-lo, subvertê-lo, diz respeito a uma ação demoníaca de cunho pervertido (*Idem*, p. 95)”.

Tal litígio cultural se apropria, sucessivamente, das instituições mais notórias, começando pela família, pois “poucas famílias dão conta de administrar os conflitos que surgem quando um de seus membros esboça uma orientação sexual e de gênero divergente das estabelecidas pelos ditames da heterossexualidade compulsória (AGNOLETI; MELO NETO, 2009, p. 04)” e perpassando, de forma incoerente, tal pensamento familiar ao Estado, mesmo quando há a plena convicção que “o Estado não é uma ampliação do círculo familiar e, ainda menos, uma integração de certos agrupamentos, de certas vontades particularistas (HOLANDA, 1995, p. 141)”. CANOTILHO, em instigante afirmação, disse que “o direito, se quiser ser direito, tem que permanecer em diálogo com os problemas mais difíceis da filosofia prática (2010, p. 34)”, portanto, para resolver tal impasse e mitigar a ação do Estado, que “por meio de seus agentes, macula, diariamente, preceitos constitucionais tão caros à consecução de um Estado Democrático de Direito (KOLODY; ROSA; LUIZ, 2011, p. 35)”, é necessário exigir do poder público uma solução prática e eficiente, para que não se lute por um montante de letra morta, ou seja, para que não se lute por mudanças que nunca irão se efetivar.

O referencial de progresso, quando tratamos do *jus puniendi* é extremamente relativo, pois requer o ônus da observância da totalidade. De acordo com um provérbio alemão, “as árvores impedem de ver a floresta, ou a demasiada concentração nos detalhes de uma especificidade rouba a vista geral do todo e apaga o sentimento da unidade científica (*sic*) (BARRETO, 2004, p. 07)”, portanto, mesmo que o tempo esteja contra a comunidade LGBTI e seus bens jurídicos primordiais estejam sendo incessantemente lesionados, é necessária a observância da situação como

um todo e a concentração do enfoque em uma árvore específica pode ser bastante perigosa.

Por se tratar de um caso de urgência, as mudanças são requeridas visando o ideal de um falso progresso, o qual segue o padrão brasileiro da utilização de métodos paliativos e momentâneos.

Nem sempre é fácil separar [...] a nostalgia pelo passado da projeção para o futuro, a reprodução do antigo da formulação do novo, até porque a história, independente do que pensam seus atores—expectadores avança não em vias retas, mas em serpentina, como na subida das estradas, onde para avançar é preciso, em certos trechos, caminhar em sentido oposto (BOBBIO, 1995, p.20).

Essa retomada, a fim de progredir, é, portanto, essencial para que percebamos: (I) a origem do paradigma que pretendemos desconstruir, (II) o respectivo funcionamento e (III) a melhor forma de interferência. É necessária a observação da floresta de forma ampla para que as árvores, ou seja, os pequenos detalhes, não roubem a unificação das demandas, a qual é escassa ou quase inexistente.

A comunidade LGBTI, quando busca a criação de uma tipificação penal, desconsidera que “ao longo do processo penal, e da execução da pena, prolifera toda uma série de instâncias anexas. Pequenas justiças e juízes paralelos se multiplicaram em torno do julgamento principal (FOULCAULT, 1987, p.24)”, fazendo com que um problema que qualquer pessoa LGBTI encontrará, caso precise de uma intervenção do Estado em seu litígio, ganhe uma proporção bem maior, se for comparado ao mesmo problema enfrentado por uma pessoa heterossexual e/ou cis. O sistema penal brasileiro cheira a *incenso* (BARRETO, 2004, p.9) e o Estado, agindo ou omitindo, sempre pende a balança em favor da permanência da sexualidade considerada normal de acordo com o padrão cristão. Para a resolução dos conflitos, faz-se mister a observância, conforme salienta Foulcault, do desenvolvimento da ação processual e até mesmo da

execução penal, sendo elas, a depender da perspectiva, mais importantes que a própria constituição ou qualificação do crime.

2. A EFICIÊNCIA DAS MUDANÇAS

É inegável o fato de que o dia a dia de cada pessoa incluída na comunidade LGBTI pode ser considerado uma batalha, a qual se trava contra a família, contra a escola, contra o Estado ou, inclusive, contra a própria mente. Contudo, podemos perceber, por se tratar de uma questão cultural e, principalmente, por se tratar de uma cultura de fácil reprodução, que dificilmente uma medida simples de proteção solucionará tal litígio. É impossível crer que a criação de um tipo penal novo ou a qualificação de um já existente seja capaz de combater a intolerância e o preconceito que, há muito, estão enraizados na sociedade.

Eis, portanto, os principais erros relacionados às medidas contra a violência LGBTI: primeiramente, é impossível a criação de um tipo penal para a homofobia, pois, tomando como exemplo a teoria roxiniana da imputação objetiva, só deve existir uma tipificação proibitiva de uma conduta que crie um risco juridicamente desaprovado, logo, facilmente se deduz que, *v. g.*, o Estado deve coibir o ato de matar alguém, mas é incoerente a criação de um tipo exclusivo às pessoas LGBTI que são mortas. Destarte, vale salientar que não existe uma lógica jurídica que permita a criação de um novo tipo penal para os casos que presenciamos, pois a tipicidade lida diretamente com o bem jurídico tutelado. Nos casos de violência, seja contra alguma pessoa LGBTI ou contra outra pessoa de diferente orientação sexual e/ou de gênero, a tipicidade assume uma característica conglobante, a fim de manter uma isonomia na seguridade do bem jurídico de forma geral – isolando e punindo as condutas que se opõem a norma jurídica, levando em consideração a relevância para o Direito.

Pode-se dizer, por conseguinte, que é um erro afirmar que “a homofobia é crime”, pois, embora a homofobia atue, muitas vezes, como suporte ideológico para a realização de uma conduta, o crime – isolado de forma epistemológica – não é a homofobia, mas sim o *homicídio*,

o *latrocínio*, a *lesão corporal*, a *injúria*, a *difamação* et cetera. Surge como outra alternativa a qualificação do crime realizado por motivação homofóbica, bem como a equiparação ao crime de racismo, considerado hediondo. Estas são as demandas mais coerentes por parte dos grupos LGBTI, pois resolve o dilema teórico supracitado: o crime permanece o mesmo, mas é acrescentada, caso seja realizado por motivos de homofobia, uma condição qualificadora da conduta. Ainda que tal alternativa soe como um ditirambo, sozinha, não é suficiente para resguardar a segurança da comunidade LGBTI.

Como exemplo da ineficiência de uma mudança penal solitária, é possível citar o próprio crime de racismo, pois a discriminação racial é repudiada constitucionalmente^[4], mas há uma grande diferença entre um direito constitucionalmente garantido e uma realidade correspondente, gerando um “mito que funciona como instrumento de dominação que tanto mais prospera quanto mais seja acreditado (ASSIS; KÜMPEL, 2011, p.42)”. O comportamento homofóbico, ainda que não seja igualmente penalizado, se assemelha ao comportamento racista em relação à dissimulação de sua ideologia de dominação, a qual levou

o Ocidente se colocar como superior ao Oriente, do mesmo modo que o branco sobre o negro, o homem sobre a mulher (e o gay), o erudito sobre o popular, etc. Assim, a ideologia [da dominação] é um dos meios usados pelos dominantes para exercer a dominação real, fazendo com que esta situação não seja percebida como tal pelos dominados. Em outras palavras, a ideologia [da dominação] é o processo pelo qual as ideias das classes e dos grupos dominantes se tornam ideias de todas as classes e grupos sociais, isto é, tornam-se ideias dominantes (REIS, 2010, p.73).

Portanto, se nem mesmo um repúdio constitucionalmente estabelecido faz com que seja extinta a ideologia de dominação racial, ? que, embora não se perpetue de forma tão explícita como em outros tempos, ganha novas facetas para permitir a continuidade do

racismo na sociedade que acredita que o mesmo foi extinto ? de nada adiantaria a qualificação de um crime realizado por motivo de homofobia, pois, ainda que a ação penalmente reprovável do autor seja diretamente homofóbica, a dissimulação da ideologia de dominação fará com que ações penalmente aceitáveis, mesmo que sejam socialmente ignóbeis, criem uma perpetuação indireta da cultura homofóbica. A “sociedade ainda cultiva valores que incentivam a violência, sejam eles fundamentados na desigualdade do exercício de poder ou simplesmente na desigualdade (DIAS, 2007, p. 15)”, portanto, é em vão crer que a mera qualificação de um crime de homicídio garantirá que um crime de homicídio praticado contra uma lésbica, por exemplo, seja, de fato, qualificado.

A cultura essencialmente heteronormativa, combinada com a ideologia de dominação, está inserida em todos e todas, em todo e qualquer nível ou função social, sendo poucos aqueles que conseguem romper com o tal padrão^[5]. Desde o pai que expulsa o filho gay de casa, passando pelo delegado que não “acredita” que a homofobia foi o motivo do crime, bem como pelo promotor que deixa de argumentar a existência da condição qualificadora e finalizando com o juiz que julga improcedente tal qualificação do crime como homofóbico, é possível enxergar várias possíveis falhas que anulariam a especificidade da qualificação do crime por motivos de homofobia.

É necessário, então, um devido cuidado antes de exigir do Estado uma medida protetiva, pois, conforme foi anteriormente falado, corre-se o risco da inviabilidade ou da ineficiência. Os grupos de militância LGBTI focam no Código Penal, mas deixam de lado a possibilidade da impotência que uma alteração singular do diploma penal poderá sofrer em face do desdobramento de culturas e ideologias atuando em sentido oposto. Mudar, isoladamente, o Código Penal não soluciona os planos que abordam a parte preventiva e assistencial do conflito em questão e, conforme os casos hipotéticos supracitados, há a possibilidade de tal mudança ser insuficiente também no plano repressivo.

3. RESULTADO POR COMPARAÇÃO

BOBBIO (1995, p.25), fazendo alusão aos sistemas econômicos, disse que “um ‘ismo’ não pode ser corrigido ou revisto senão através da contraposição de outro ‘ismo’” e esta lógica pode, perfeitamente, ser aplicada aos “sistemas” culturais. Só é possível controverter a cultura de recusa LGBTI por meio de uma cultura de aceitação. Estar inserido ou inserida na comunidade LGBTI é, portanto, estar inserido em um paradigma que é constantemente combatido e estigmatizado pelos grupos sociais majoritários, com exemplo no fato de se “tolerar ou até mesmo simpatizar com o grupo estigmatizado, considerando, no entanto, inaceitável qualquer política de igualdade que o beneficie (BORRILLO, 2009, p.19)”.

O principal dilema da seguridade LGBTI não é, simplesmente, a criação, ou qualificação, de medidas punitivas, mas sim uma efetivação de tais medidas no âmbito social, haja vista a natureza do problema também ser social. Faz-se necessária uma ação que aborde o plano *repressivo*, mas que também não se esqueça do plano *preventivo* e *assistencial*; uma ação que não se preocupe apenas em punir, mas que tenha também como escopo educar e proteger.

A efetivação da seguridade LGBTI só acontecerá quando a cultura de recusa for extinta, contudo, de acordo com a urgência dos movimentos, não é possível fazer com que cada LGBTI, agredido ou agredida diariamente, espere que as atuações socioeducativas e de caráter pedagógico gerem efeitos práticos – podendo-se citar, por exemplo, a mora excessiva em relação ao plano educacional, ainda que este seja, todavia, indispensável. A solução mais eficiente será, então, aquela que resolva, de um lado, a urgência protetiva e, de outro, a carência educacional, solução a qual possa atuar de forma dicotômica, constituindo, portanto, mais um sistema do que uma ação isolada.

Conforme o desenvolvimento deste trabalho vem mostrando, é impreterível que o arcabouço legislativo destinado à seguridade LGBTI seja hábil e preciso, impossibilitando que a cultura de rejeição se insira no

ambiente jurídico e resulte em uma falha na aplicabilidade das medidas punitivas. Em outras palavras, não basta uma tipificação, qualificação de um crime, mas faz-se mister a criação de um *sistema de proteção* que postule as mais diversas ficções legislativas, tal como representa, por exemplo, a Lei 11.340/2006.

A lei supracitada, conhecida principalmente como Lei Maria da Penha, pode ser considerada um dos primeiros exemplos de solução criada pelo Direito para problemas culturais relacionados à violência doméstica, pois observou a raiz cultural de tais problemas. O legislador percebeu a insuficiência de agravar e qualificar as penas, haja vista o fato de que, mesmo sendo uma medida punitiva equitativa, com a qual o Estado protege as relações no âmbito doméstico, todo o peso cultural estava posto contra a mulher, portanto, investiu-se não apenas em “remendos” penais, mas na criação de um “microsistema visando coibir a violência doméstica (DIAS, 2007, p. 20)”.

É essencial, para a criação de um sistema de proteção da segurança LGBTI, coibir ações, indiretamente estatais, semelhantes às que aconteciam com as mulheres, nas mais variadas instâncias. O mesmo peso cultural que pendia sobre elas se encontra, atualmente, sobre a comunidade LGBTI, comunidade a qual é ignorada não explicitamente pelo Estado, mas pelos administradores e administradoras de suas ações. Portanto, é primordial a utilização da Lei Maria da Penha como uma referência para um paradigma protetivo que, de acordo com as suas peculiaridades, efetive a seguridade de cada LGBTI que resida no território nacional.

Tomada como referência protetiva, a Lei Maria Da Penha pode nortear um arcabouço legislativo destinado a qualquer outro grupo socialmente vulnerável, *v. g.*, a comunidade LGBTI. Juridicamente falando, um microsistema de proteção pode ser interpretado como um estatuto, mas, através de uma característica teórica, é preferível a interpretação sistemática, pois um sistema, em sua finalidade, visa a própria estabilidade, a qual, em face da grande quantidade de conflitos, é a característica mais indispensável que um sistema de proteção pode ter.

Embora o objetivo principal do estudo não seja o detalhamento da Lei Maria Da Penha a fim de encontrar os impactos gerados nas outras searas normativas, em função da contingência de trabalhos que já trabalharam este tema, vale, todavia, destacar alguns pontos que são, filosoficamente, mais importantes, como, por exemplo, o exposto no décimo artigo e seu respectivo parágrafo único: eis um exemplo da abstração normativa sobre os conflitos sociais entre os grupos vulneráveis e a administração estatal. Diz o artigo que:

Na hipótese da iminência ou da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, a autoridade policial que tomar conhecimento da ocorrência adotará, de imediato, as providências legais cabíveis.

Parágrafo único. Aplica-se o disposto no caput deste artigo ao descumprimento de medida protetiva de urgência deferida.

De forma bastante prática, a Lei 11.340/2006 obriga a autoridade policial a cumprir as medidas protetivas. Pode-se dizer, analisando através de uma perspectiva jurídica, que tal artigo é redundante, pois não é necessária a criação de uma lei para que a autoridade policial realize seu trabalho, entretanto, de uma perspectiva social, como o peso está posto contra o grupo mais vulnerável, a autoridade policial necessita ser, ainda que de forma redundante, orientada a agir conforme a lei e não conforme as vontades ou valores de seus agentes, orientação a qual apresenta uma relevância que se aplica tanto à proteção das mulheres quanto à proteção de qualquer grupo socialmente vulnerável.

O microssistema protetivo destinado à comunidade LGBTI, portanto, deve considerar as características sociais de recusa e ser tão específico quanto a Lei Maria Da Penha, ou ainda mais específico – levando em consideração a maior segmentação que o grupo LGBTI apresenta, como, por exemplo, as lésbicas, os gays, as travestis, os bissexuais *et cetera* –, a fim de garantir a criação de um sistema eficiente que não seja moldado e nem maculado pela atuação dos agentes estatais.

Pode-se concluir a fundamentação da criação de um sistema de proteção LGBTI baseado na Lei 11.340/2006 a partir da análise e comparação dos seguintes aspectos: no sistema de proteção LGBTI o *status* de homofobia deve ser comparado ao *status* da violência doméstica, de modo que a homofobia possa definir o “cenário” dos atos antijurídicos praticados, tal como acontece nos casos de violência doméstica; o sistema de proteção LGBTI, analogamente, deve proibir as penas pecuniárias e permitir a decretação de prisões preventivas quando houver risco à integridade física ou psicológica de quem dele necessite, bem como deve incentivar a criação de juizados especiais destinados à violência LGBTI.

A Lei Maria Da Penha é caracterizada como um microssistema porque também aborda os planos educacionais e preventivos, portanto, o microssistema de proteção LGBTI deve, impreterivelmente, desenvolver trabalhos multidisciplinares de orientação e prevenção para que a assistência seja imediata, nos casos de violência, e também cultural, a fim de combater a recusa através de várias formas de abordagem.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A criação de um sistema de proteção não é uma tarefa fácil e a salvaguarda de bens jurídicos, em suas idas e vindas, é uma questão tão problemática quanto a constituição do próprio Estado. De uma forma pragmática, quando falamos em proteção dos vulneráveis, é possível estabelecer a dicotomia na qual há o grupo que quer ser protegido e o grupo que não quer ceder a proteção que detém, portanto, o litígio é inevitável.

Com a comunidade LGBTI, todavia, a criação de um sistema protetivo se torna ainda mais complexa, em função da presença de dilemas que, de forma interdisciplinar, orientam a sociedade a definir opiniões e julgamentos, ainda que estejam impregnados de teorias degenerativas as quais se opõem à evolução e ao desenvolvimento do Estado. Esta é uma situação semelhante à situação das mulheres antes da Lei Maria Da Penha, pois, com relação aos casos de violência doméstica, o fator cultural

apresentava uma propriedade que prejudicava a isonomia do tratamento jurídico que elas recebiam. A alternativa para tal situação foi a criação de um microssistema que, de forma completa, sanasse a lesão que os bens jurídicos das mulheres sofriam e modificasse a cultura de violência que pedia contra elas.

A situação do grupo LGBTI é semelhante e, portanto, requer uma solução análoga, ou seja, a criação de um mesmo microssistema que impeça as manobras culturais que permitem a propagação da homofobia tanto no âmbito social quanto no âmbito administrativo/jurídico. Ainda que, sozinha, não apresente um risco juridicamente punível, a homofobia é um *combustível cultural* que pode inflamar ações, isoladas ou conjuntas, capazes de macular os bens jurídicos mais importantes da comunidade LGBTI. A homofobia, então, deve ser tratada como fobia – e não como crime –, fobia a qual caracteriza uma especificidade do ato ilícito, que deve ser punido com medidas também específicas.

As medidas protetivas abordadas por um microssistema de proteção LGBTI devem ser amplas e funcionais, as quais devem trabalhar os planos preventivos, repressivos e assistenciais. A repressão da violência LGBTI deve ser realizada através dos vários instrumentos que a sociedade dispõe, de modo que os atos antijurídicos sejam punidos e, simultaneamente, a cultura seja modificada; as pessoas devem ser educadas não apenas a preservar a segurança LGBTI, mas a reconhecer e respeitar a diversidade na qual a humanidade se encontra.

REFERÊNCIAS

AGNOLETI, Michele; MELO NETO, José Baptista de. **Trabalho e emprego para as travestis: do estigma à realização pessoal e profissional**. In: Anais do 5º Encontro anual da Associação Nacional de Direitos Humanos, Pesquisa e Pós-Graduação. Belém: ANDHEP, 2009b.

AGRA, Giscard Farias. **O mito do direito romano: em busca de um discurso fundador para o direito brasileiro**. In: [Anais do] V Congresso Brasileiro de História do direito: as formas de direito, ordem, razão, decisão: experiências jurídicas antes e depois da modernidade.

FONSECA, Luís Fernando Lopes Pereira; FURMANN, Ivan (Org.). Curitiba: IBHD, 2013.

ASSIS, Olney Queiroz; KÜMPEL, Vítor Frederico. **Manual de Antropologia Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2011.

BARRETO, Tobias. **Estudos de Direito**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2004.

BOBBIO, Norberto. **As ideologias e o poder em crise**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.

BRASIL. **Lei 11.340, de 07 de agosto de 2006**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em 20 de outubro de 2015.

BORRILLO, Daniel. **A homofobia**. In: Homofobia & Educação: um desafio ao silêncio. LIONÇO, Tatiana; DINIZ, Débora (Org.). Brasília: Letras Livres : EdUnB, 2009.

BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina**. Rio de Janeiro: Bertrand, Brasil, 2010.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **O direito dos pobres no ativismo judiciário**. In: CANOTILHO, J. J. Gomes. CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. CORREIA, Érica Paula Barcha. Direitos Fundamentais sociais. São Paulo: Saraiva, 2010.

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Petrópolis: Vozes, 1987.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

KOLODY, Andressa; ROSA, Carla Buhner Salles; LUIZ, Danuta S. C.. **Relações entre Estado e sociedade civil: Reflexões sobre perspectivas democráticas.** AURORA, São Paulo, v. 5, n.8, p. 34-48, Agosto, 2011.

LEÓN, Adriano de. **"E fez Deus homem e mulher e viu que era bom!": o discurso fundamentalista cristão e a segregação das subjetividades masculinas.** In: MACHADO, Charlinton José dos Santos; NUNES, Maria Lúcia da Silva (org.). *Gênero e sexualidade: perspectivas em debate.* João Pessoa: Editora Universitária, 2007.

NIETZSCHE, F. W.. **Verdade e mentira no sentido extramoral.** In: Revista Comum, Rio de Janeiro, v. 6, n. 17, p. 05-23, Jul./Dez. 2001.

REIS, Cláudio. **Apontamentos sobre a relação entre a antropologia e o direito.** Videre, Dourados, MS, ano 2, n. 3, p. 65-82, Jan./Jun. 2010.

ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal.** Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006.

TODOROV, Tzvetan. **O medo dos bárbaros: para além do choque das civilizações.** Petrópolis: Vozes, 2010.

NOTAS:

[1] O corpo, por si só, é um depósito de princípios de visão sexualizante, como disse Bourdieu; entretanto, quando nos referimos ao corpo de um homossexual ou de uma transexual, por exemplo, devemos considerar que a sociedade, além da divisão sexualizante, aplica, nas entrelinhas, a divisão jurídica, portanto, a realidade jurídica, fundamentada e constituída através do corpo, deve ser bastante específica, evitando, portanto, o risco de exclusão criado através da generalização.

[2] Vale salientar que a dominação ratificada pela máquina simbólica da ordem social não é apenas masculina, mas dominante em relação ao outro, haja vista o fato de "o homossexual, assim como o negro, o judeu ou o estrangeiro, [ser] sempre o outro, o diferente, aquele com o qual qualquer identificação é impensável (BORRILLO, 2009, p.15)".

[3] A ideia, ou até mesmo a cultura, de correção não se restringe à divergência da heteronormatividade, pois, de forma análoga, é transmitida,

em algumas famílias, a cultura da correção de gênero, a cultura da correção religiosa *et cetera*.

[4] Artigo 3º, IV; Artigo 4º, VIII; Artigo 5º, XLII – CF/1988.

[5] “Romper com padrão heteronormativo” não significa romper com a heterossexualidade, mas sim romper tanto com a existência de uma verdade absoluta heterossexual quanto com a discriminação e segregação daqueles que desconsideram a heterossexualidade como tal verdade absoluta.

DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

RICARDO SIMÕES XAVIER DOS SANTOS:

Professor Auxiliar da Universidade do Estado da Bahia - UNEB e da Universidade Católica do Salvador - UCSal; Advogado. Fundador do escritório Ricardo Xavier Advogados Associados. Mestre em Políticas Sociais e Cidadania pela Universidade Católica do Salvador - UCSal, especialista em Direito do Estado pelo Jus Podivm / Unnyahna e em Direito Tributário pelo IBET - Instituto Brasileiro de Estudos Tributários. Professor da Universidade do Estado da Bahia - UNEB, da Universidade Católica do Salvador - UCSal e da Escola Superior da Advocacia - ESA - Seccional da OAB/BA. Pesquisador do Núcleo de Estudos em Tributação e Finanças Públicas - NEF da Universidade Católica do Salvador - UCSal;

RESUMO: Este trabalho tem como objetivo o estudo da possibilidade de aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no âmbito do direito tributário. Destaca-se a importância da pessoa jurídica na contemporaneidade, e as implicações do princípio da autonomia patrimonial da sociedade. O instituto é o meio mais adequado para coibir os abusos praticados, sejam pelos sócios, administradores, gerentes, e sendo aplicado corretamente aperfeiçoa a personalidade jurídica. Toda via, o direito tributário possui uma divergência dos demais ramos do direito, que é em relação ao princípio da legalidade, onde se exige a expressa previsão da doutrina na legislação para que possa ser aplicada. Este atributo, próprio do Direito Tributário, impossibilita o fisco de alcançar terceiros quando a lei não autoriza. Apesar disso com a enorme divergência entre doutrinadores, o que se vê é uma progressiva evolução da teoria dentro da esfera tributária com a crescente utilização da desconsideração pela jurisprudência pátria.

Palavras-chave: Desconsideração da Personalidade Jurídica. Direito tributário. Aplicação. Princípio da legalidade. Responsabilidade do sócio. Responsabilidade de Terceiros.

ABSTRACT: This paper aims to study the possibility of applying the theory of disregard of legal entity under the tax law. It point out to the importance of the legal person in contemporaneity, and the implications of the principle of patrimonial autonomy of society. The institute is the proper way to restrain the abuses committed, whether by partners, directors, managers, and being properly applied it improves the legal entity. However, the tax law has a divergence from the other branches of law, when it comes to the principle of legality, which requires doctrine to be previously expressed in the legislation for it to be applied. Despite the divergence between instructors, it can be seen a gradual evolution of the theory within the tax sphere with the increasing use of disregard of legal entity by the Brazilian jurisprudence.

Keywords: Disregard of the Legal Personality. Tax Law. Application. Principle of legality. Social responsibility. Third party Liability.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. 1.1. PESSOA JURÍDICA E PERSONALIDADE JURÍDICA. 1.2. CONCEITO DO INSTITUTO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. 1.3. TEORIAS DA DESCONSIDERAÇÃO. 1.4. REQUISITOS PARA A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. 1.4.1 A Personificação. 1.4.2 A fraude e o abuso de direito relacionados à autonomia patrimonial. 1.4.2.1 Fraude. 1.4.2.2 O abuso de direito. 1.4.3 Imputação dos atos praticados pela pessoa jurídica. 1.5 Efeitos da desconsideração. 1.6 Desconsideração inversa. 1.7 Incidência da desconsideração da personalidade jurídica no código de processo civil de 2015. 1.7.1 Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica. 2. RESPONSABILIDADE DO SÓCIO NO DIREITO TRIBUTÁRIO. 2.1. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. 2.1.1. Responsabilidade tributária por solidariedade art. 124 a 125 do CTN. 2.1.2 Responsabilidade tributária por sucessão art. 129 a 133 do CTN; 2.1.3- Responsabilidade tributária de terceiros art. 134 e 135 do CTN. 2.1.3.1 Responsabilidade do art. 134 do CTN. 2.1.3.2 Responsabilidade do art. 135 do CTN. 3. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA. 4. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS

INTRODUÇÃO

Com o intuito de estimular a iniciativa privada e contribuir para o crescimento econômico, o ordenamento jurídico pátrio aprimorou a figura da pessoa jurídica, conferindo-a personalidade própria. Tal benesse, além de dar autonomia patrimonial a esse sujeito de direito, garante a separação entre o seus bens e de seus integrantes e como consequência, a limitação da responsabilidade destes últimos.

Porém, é evidente que a proteção legal dada a esse instituto deu margem para um uso fraudulento da pessoa jurídica por parte de seus membros, com o objetivo de se esquivar de obrigações contraídas, causando prejuízo a terceiros.

Assim nasceu a desconsideração da personalidade jurídica, como uma reação do ordenamento jurídico ao mau uso da autonomia patrimonial da sociedade, visando coibir as práticas que impediam a satisfação dos credores.

Este trabalho tem como objetivo analisar a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, bem como a existência da possibilidade de sua aplicação no âmbito do Direito Tributário, tema controverso e promotor de discussões doutrinárias e jurisprudenciais. Foi utilizada na sua metodologia a pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, através do método dedutivo, sendo elaborada a partir de doutrinas, princípios, normas jurídicas. O assunto foi abordado através de pesquisas em livros que tratam do tema e do posicionamento dos Tribunais. O estudo caracteriza-se pela pesquisa exploratória delineada a partir de utilização de revisão bibliográfica e de jurisprudências, utilizando-se de observações destas como instrumento de coleta de dados.

Para o bom desenvolvimento da pesquisa, dividiu-se a presente monografia em 3 capítulos. No Capítulo 2, conceitua-se a desconsideração da personalidade jurídica, seus requisitos, efeitos do instituto e uma breve discursão sobre a desconsideração inversa.

No Capítulo 3, voltou-se à análise da Responsabilidade tributária dos sócios, expondo o conceito, tipos de responsabilidade e aplicação da mesma.

Feitas as considerações sobre a teoria da desconsideração e sobre a responsabilidade tributária dos sócios, administradores ou gerentes, o capítulo 4 voltou-se às possibilidades de aplicação do instituto no âmbito tributário.

Diversos autores entendem já haver previsão legal que autoriza a aplicação do instituto no direito tributário. Referem-se aos artigos 134 e 135 do Código Tributário Nacional e, mais recentemente, o parágrafo único do art. 116 do mesmo diploma legal que adota a possibilidade de se desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com o escopo de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo. Encontramos também posicionamentos que justificam que o art. 50 do Código Civil Brasileiro desencadeou um movimento no sentido de se identificar sua repercussão no âmbito tributário.

Destaca-se que essa não é a opinião da grande maioria dos estudiosos. Muitos entendem que o nosso sistema jurídico tributário não possui norma processual específica para o instituto da desconsideração, provindo daí que o art. 135, inciso III, do CTN, não representa a desconsideração da personalidade jurídica, mas somente a responsabilidade tributária “pessoal” do sócio.

No Brasil é cada vez mais constante a utilização do véu da pessoa jurídica. Tal atitude delituosa se reveste-se de diversas formas e não há, no âmbito da lei tributária, forma de coibi-la amplamente. Contudo se considerarmos os avanços alcançados na interpretação e integração da lei e a modernidade do direito, que ganha foros de vinculação social, não se deve mais admitir interpretações restritas.

1 A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Segundo Coelho (2011, p. 153) a autonomia patrimonial possibilita a realização de atividades fraudulentas por parte de seus membros. Para impedi-los, a doutrina criou, a partir de teses

jurisprudenciais, nos EUA, Inglaterra e Alemanha, a teoria da desconsideração da pessoa jurídica. Tal instituto permite que o Poder Judiciário retire o véu protetivo da empresa que é a sua autonomia patrimonial, sempre que for vislumbrado o seu mau uso. Sendo possível responsabilizar o sócio.

1.1 PESSOA JURÍDICA E PERSONALIDADE JURÍDICA

De acordo com Pereira (2000, p. 185) com a necessidade de unir o empenho de indivíduos para a realização dos mesmos objetivos e ao mesmo tempo impulsionar o agrupamento de atividades, assim como a complexidade da vida civil “sugerem ao direito equiparar à própria pessoa natural certos agrupamentos de indivíduos e certas destinações patrimoniais e lhe aconselham atribuir personalidade e capacidade de ação aos entes abstratos assim gerados”.

Desta forma o Gonçalves (2013, p. 216) conceitua pessoas jurídicas como “entidades a que a lei confere personalidade, capacitando-as a serem sujeitos de direitos e obrigações”.

Ligado a isso Monteiro (1993, p. 109) discorre sobre personalidade jurídica:

[...] a personalidade jurídica não é uma ficção, mais uma forma, uma investidura, um atributo que o Estado defere a certos entes, havidos como merecedores dessa situação. A pessoa jurídica tem, assim, realidade, não a realidade física (peculiar às ciências naturais), mas a realidade jurídica, ideal à realidade das instituições jurídicas. No âmbito do direito, portanto, as pessoas jurídicas são dotadas do mesmo subjetivismo outorgado às pessoas físicas.

Nesse sentido Gonçalves (2013, p. 220) também conceitua a personalidade jurídica como uma qualidade deferida pelo Estado a certas empresas dignas desse benefício. O Estado não concede esse privilégio de forma aleatória, mas sim observando o preenchimento de todos os requisitos por ele determinado.

Segundo Tomazette (2012, p. 233/224) a personalidade jurídica surge com formação de uma sociedade, sendo presumidos alguns requisitos:

A doutrina não é unânime ao indicar os elementos necessários à constituição de uma pessoa jurídica, sem, contudo, chegar a divergências de maior importância. Em função disso, unindo as ideias de vários autores podemos chegar aos seguintes elementos: (a) vontade humana criadora; (b) a finalidade específica; (c) o substrato representado por um conjunto de bens ou de pessoas; e (d) a presença do estatuto e respectivo registro.

Assim, Koury (2000, p. 415), expõe que o objetivo principal da pessoa jurídica consiste na “criação de um centro de interesses autônomos em relações às pessoas que lhe deram origem, de modo que a estas não possam ser imputadas as condutas, os direitos e os deveres daquela”.

1.2 CONCEITO DO INSTITUTO DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

De acordo com Coelho (2007, p. 126), “a autonomia patrimonial da pessoa jurídica, princípio que a distingue de seus integrantes como sujeito autônomo de direito e obrigações, pode dar ensejo à realização de fraudes”. Dessa forma o autor afirma em sua obra (COELHO, 2012, p. 33, v. 2):

Em razão do princípio da autonomia patrimonial, as sociedades empresárias podem ser utilizadas como instrumento para a realização de fraude contra os credores ou mesmo abuso de direito. Na medida em que é a sociedade o sujeito titular dos direitos e devedor das obrigações, e não os seus sócios, muitas vezes os interesses dos credores ou terceiros são indevidamente frustrados por manipulações na constituição de pessoas jurídicas, celebração dos mais variados contratos empresariais, ou mesmo

realização de operações societárias, como as de incorporação, fusão, cisão.

Tomazette (2013, p. 237) explica que a personalidade jurídica das sociedades “deve ser usada para propósitos legítimos e não deve ser pervertida”.

O autor esclarece que o ato da desconsideração é maneira de adequar a pessoa jurídica com as finalidades para as quais foi criada; é a forma prevenir e impedir o uso inadequado deste privilégio que é a pessoa jurídica, e de reconhecer a relatividade da personalidade das sociedades. (TOMAZETTE, 2013, p. 237).

O tema da desconsideração para Farias e Rosenvald (2014, p. 426), significa o desprezar, por parte do Poder Judiciário, da personalidade autônoma de uma pessoa jurídica, com o intuito de responsabilizar o patrimônio pessoal dos sócios pelas atitudes fraudulentas praticadas a sombra da sociedade. Ou seja, é a autorização judicial para que os sócios respondam, civilmente, pelas ações ilícitas, em virtude do contrato ou da lei.

Bruschi (2016, p. 138) discorre:

A desconsideração da personalidade jurídica pode ser conceituada como um meio de repressão à frustração da atividade executiva, caracterizada pela decretação da inoponibilidade (ineficácia relativa) do limite patrimonial da pessoa jurídica, permitindo que sejam atingidos os bens de seus sócios, ex-sócios, acionistas, ex-acionistas, administradores, ex-administradores e sociedades do mesmo grupo econômico; ou, ainda, que sejam atingidos os bens da pessoa jurídica por obrigações contraídas por elas, no caso da chamada “desconsideração inversa da personalidade jurídica.

Para este autor, supracitado, “trata-se, portanto, de caso de responsabilidade executiva secundária, em que os bens de terceiro, no

caso o sócio, respondem pela obrigação assumida pelo devedor, que é a pessoa jurídica.” (BRUSCHI, 2016, p. 138).

Ainda sobre o conceito, Coelho (2012, p. 35) lembra:

A teoria da desconsideração da pessoa jurídica, é necessário deixar bem claro esse aspecto, não é uma teoria contra a separação subjetiva entre a sociedade empresária e seus sócios. Muito ao contrário, ela visa preservar o instituto, em seus contornos fundamentais, diante da possibilidade de o desvirtuamento vir a comprometê-lo.

Nesse sentido Tomazette (2013, p. 239) afirma:

[...] a desconsideração da personalidade jurídica é a retirada episódica, momentânea e excepcional da autonomia patrimonial da pessoa jurídica, a fim de estender os efeitos de suas obrigações à pessoa de seus titulares, sócios ou administradores, com o fim de coibir o desvio da função da pessoa jurídica, perpetrado por estes.

Inicialmente, no Brasil, as normas pertinentes ao instituto da Desconsideração surgiram com o Código de Defesa do Consumidor com fundamento no art. 28 (VADE MECUM, 2016, p. 666):

Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

§ 1º (Vetado).

§ 2º As sociedades integrantes dos grupos societários e as sociedades controladas, são subsidiariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código.

§ 3º As sociedades consorciadas são solidariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código.

§ 4º As sociedades coligadas só responderão por culpa.

§ 5º Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.

Posteriormente, com o desenvolvimento da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, o Código Civil de 2002, em seu art. 50, consagrou em norma expressa tal teoria (VADE MECUM, 2016, p. 178):

Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

Em consonância o inciso VII do art. 790 do Novo Código de Processo Civil de 2015 determina os bens dos sócios ficam sujeitos à execução, nos casos de desconsideração da pessoa jurídica. (BRUSCHI, 2016, p.138).

1.3 TEORIAS DA DESCONSIDERAÇÃO

Segundo Tomazette (2013, p. 243) a possibilidade de desviar as finalidades da pessoa jurídica foi fomentadora do estudo sobre a desconsideração, permitindo a superação da autonomia patrimonial, e afirmando que “embora seja um importante princípio, não é um princípio absoluto”.

Podemos vislumbrar na obra do doutrinador Coelho (1999) a existência de duas teorias que versam sobre a desconsideração da personalidade jurídica.

Coelho (1999, p. 35) de forma sintetizada constatou:

Há duas formulações para a teoria da desconsideração: a maior, pela qual o juiz é autorizado a ignorar a autonomia patrimonial das pessoas jurídicas, como forma de coibir fraudes e abusos praticados através dela, e a menor, em que o simples prejuízo do credor já possibilita afastar a autonomia patrimonial.

A respeito do tema Farias e Rosenvald (2014, p. 427) explicam que a teoria maior sustenta que só será possível se desconsiderar a personalidade jurídica em determinados momentos, ou seja, nos casos de se ignorar a autonomia patrimonial da pessoa jurídica como forma de combater as práticas fraudulentas e abusivas praticadas pelos sócios, e responsabilizar seu patrimônio pessoal.

A respeito da teoria maior, Tomazette subdivide o tema, fazendo as seguintes considerações (TOMAZETTE, 2013, p. 244):

Uma primeira vertente pode ser chamada de teoria maior subjetiva, na qual o pressuposto fundamental da desconsideração é o desvio da função da pessoa jurídica, que se constata na fraude e no abuso de direito relativos à autonomia patrimonial.

A segunda vertente é a adoção dos pressupostos da teoria maior objetiva, “entendendo que é a confusão patrimonial o requisito primordial da desconsideração”. (TOMAZETTE, 2013, p. 245).

Por outro lado, Farias e Rosenvald (2014, p. 428) discorrem que a teoria menor trata como desconsideração da personalidade jurídica “toda e qualquer hipótese de comprometimento do patrimônio pessoal do sócio por obrigação da empresa. Fundamenta o seu cerne no simples prejuízo do credor para afastar a autonomia patrimonial da pessoa jurídica”.

Contudo em obras mais recentes, o professor Coelho (2012, p.41) relata que desde 1970, juízes e tribunais tem aplicado os exatos entendimentos da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, valendo-se dela somente nas hipóteses excepcionais em que é justificável o afastamento do princípio da autonomia patrimonial. Por conseguinte, a partir de novo entendimento, discorre que caso seja utilizada a teoria menor da desconsideração da personalidade jurídica, consiste em incorreção quanto à sua aplicação, conforme podemos verificar (COELHO, 2012, p.40):

Essa aplicação incorreta reflete, na verdade, a crise do princípio da autonomia patrimonial, quando referente a sociedades empresárias. Nela, adota-se, o pressuposto de que o simples desatendimento de crédito titularizado perante uma sociedade, em razão da insolvência ou falência desta, seria suficiente para a imputação de responsabilidade aos sócios ou acionistas.

O autor Coelho (2012, p. 41) supracitado, ainda acrescenta sobre o tema:

Em 1999, quando era significativa a quantidade de decisões judiciais desvirtuando a teoria da desconsideração, cheguei a chamar sua aplicação incorreta de “teoria menor”, reservando à correta a expressão “teoria maior”. Mas a evolução do tema na jurisprudência brasileira não permite mais falar em

duas teorias distintas, razão pela qual esses conceitos de “maior” e “menor” mostram-se, agora, felizmente, ultrapassados.

Nesta mesma linha de pensamento Tomazette, apesar de ter apreciado o desdobramento da teoria desconsideração, também possui uma visão contrária quanto à aplicação da teoria menor (2013, p. 246):

Embora não aplicada a todos os ramos do direito, não vemos razoabilidade na aplicação dessa teoria menor. Tal teoria praticamente ignora a ideia de autonomia patrimonial das pessoas jurídicas e não se coaduna com a própria origem de aplicação da teoria da desconsideração. Ao contrário de proteger, a teoria menor acaba por minar a existência da autonomia patrimonial, em nada favorecendo aqueles que se dignam a exercer atividades econômicas.

Na maioria dos casos o ordenamento jurídico brasileiro adota a teoria maior, sendo exigido o desvio da finalidade social ou a confusão patrimonial para que se caracterize a desconsideração. (BRUSCHI, 2016, p. 140).

1.4 REQUISITOS PARA A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

De acordo com Tomazette (2013, p. 246) para que ocorra a desconsideração faz-se necessário uma prova concreta de que a finalidade da pessoa jurídica foi desviada, sendo de suma importância que sejam preenchidos todos os requisitos para a aplicação do instituto.

1.4.1 A personificação

Tomazette (2013, p. 247) explica que, se observamos a simples terminologia usada, pode-se concluir que a desconsideração só será aceita quando a sociedade tem personalidade jurídica.

O autor supracitado (TOMAZZETE, 2013, p. 247) discorre que no ordenamento brasileiro a personificação das sociedades se dá com o registro dos atos competentes. Sem este procedimento não há que se falar em personificação, mesmo que a sociedade possua atos constitutivos.

Além do mais, de acordo com a análise do art. 990 do nosso Código Civil de 2002, “todos os sócios respondem solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais” (VADE MECUM, 2016, p. 229).

Neste contexto Tomazette (2013, p. 247) conclui que “a aplicação da desconsideração presume-se que pressupõe uma sociedade na qual o exaurimento do patrimônio social não seja suficiente para levar responsabilidade aos sócios”. Assim, o autor expõe que a exigência da responsabilidade limitada apesar de ser de cunho eminentemente prático, não impede que haja desconsideração em uma sociedade composta por sócios de responsabilidade ilimitada, tendo em vista que um dos seus principais objetivos é de proteger a sociedade.

1.4.2 A fraude e o abuso de direito relacionados à autonomia patrimonial

Segundo Tomazette (2013, p. 248), o principal pressuposto para aplicação da desconsideração é o desvio da função da pessoa jurídica, que está presente na fraude e no abuso de direito em razão da autonomia patrimonial, tendo em vista que o instituto é uma forma de limitar o uso da pessoa jurídica para os fins aos quais ela foi destinada.

Toda via Comparato (1983, p. 283) entende que o requisito primordial da desconsideração é a confusão patrimonial.

Tomazette discorda de tal posicionamento. O autor afirma que a confusão patrimonial pode levar à desconsideração da personalidade jurídica, contudo, não é seu principal requisito (2013, p. 245):

A confusão patrimonial não é por si só suficiente para coibir todos os casos de desvio da função da pessoa jurídica, pois há casos nos quais não há confusão de patrimônios, mas há o desvio da função

da pessoa jurídica, autorizando a superação da autonomia patrimonial. Outrossim, há casos em que a confusão patrimonial provém de uma necessidade decorrente da atividade, sem que haja um desvio na utilização da pessoa jurídica.

Por essa razão o autor entende que a fraude e o abuso de direito relacionados à autonomia patrimonial são os fundamentos básicos da aplicação da desconsideração. (TOMAZETTE, 2013, p. 248).

1.4.2.1 Fraude

Para Tomazette (2013, p. 248), a autonomia patrimonial é um instrumento que protege o patrimônio do sócio, prevenindo possíveis riscos da atividade empresarial. Contudo, o indivíduo que ilicitamente usar da autonomia patrimonial como forma de se ocultar deixar de cumprir suas obrigações, estará diante de uma fraude relacionada à autonomia patrimonial.

O supracitado autor (TOMAZETTE, 2013, p. 250) ressalta que, para à aplicação da desconsideração, não se faz necessário somente à existência de uma fraude, se não houver sua ligação com a utilização da autonomia patrimonial.

1.4.2.2 O abuso de direito

De acordo com Tomazette, a personalidade jurídica é um direito conferido às sociedades para os seus fins específicos. No entanto, tal finalidade poderá ser desvirtuada, não podendo mais se falar no uso do direito, mas sim no seu abuso, o que não deve ser aceito. Neste sentido, o autor sintetiza que “é abusivo qualquer ato que por sua motivação e por seu fim, vá contra o destino, contra a função do direito que se exerce”. (TOMAZETTE, 2013, p. 250).

Continua o citado autor (2013, p.251) em seu pensamento afirmando que em oposição à fraude, no abuso de direito a finalidade de

prejudicar não é fundamental, ocorrendo na verdade o mau uso da pessoa jurídica.

1.4.3 Imputação dos Atos Praticados pela Pessoa Jurídica

De acordo com Tomazette (2013, p. 253), sendo aplicada a teoria da desconsideração, os atos devem ser imputados à pessoa jurídica. Feito isso os sócios ou administradores serão responsabilizados. Porém, existem algumas hipóteses que não há o que falar sobre tal instituto.

O autor em sua obra ressalta que existem casos em que a desconsideração não será aplicada. Essas hipóteses ocorrem quando o sócio ou administrador violar a lei ou o contrato social, não sendo preciso desconsiderar a empresa, a responsabilidade será direta e pessoal aos sócios, vez que decorre de preceito legal. (TOMAZETTE, 2013, p. 253).

1.5 EFEITOS DA DESCONSIDERAÇÃO

Guimarães (2004, p.236) discorre que a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica (disregard doctrine) terá por consequência atingir aquele que fez uso indevido da distinção da autonomia patrimonial da pessoa jurídica - o sócio - sendo este pessoa física ou jurídica.

Segundo Brushi (2016, p.145) os efeitos resultantes da decretação da fraude de execução, da desconsideração da personalidade jurídica e da procedência da ação pauliana, ao ser reconhecido a fraude contra credores, são os mesmos; os limites dos patrimônios do devedor e do terceiro tornam-se relativamente ineficazes “em relação à atividade jurisdicional executiva que seria frustrada, caso a eficácia de tais limites não fosse relativizada”.

1.6 DESCONSIDERAÇÃO INVERSA

Coelho (2012, p.40) ao abordar a desconsideração inversa da personalidade jurídica, define esta como sendo o afastamento do conceito da autonomia patrimonial da pessoa jurídica no intuito de levar a responsabilidade à sociedade por obrigação do sócio.

Vale ressaltar ainda as palavras de Diniz (2009, p.316):

A doutrina da desconsideração da personalidade jurídica visa impedir a fraude contra credores, levantando o véu corporativo, desconsiderando a personalidade jurídica num dado caso concreto, ou seja, declarando a ineficácia especial da personalidade jurídica para determinados efeitos, portanto, para outros fins permanecerá incólume. Com isso alcançar-se-ão pessoas e bens que dentro dela se escondem para fins ilícitos ou abusivos, pois a personalidade jurídica não pode ser um tabu que entrave a ação do órgão judicante.

Tomazette (2013, p.280) também disciplina acerca da desconsideração inversa da personalidade jurídica:

Com efeito, é possível que o sócio use uma pessoa jurídica, para esconder o seu patrimônio pessoal dos credores, tranferindo-o por inteiro à pessoa jurídica e evitando com isso o acesso dos credores a seus bens. Em muitos desses casos, será possível visualizar a fraude (teoria maior subjetiva) ou a confusão patrimonial (teoria maior objetiva) e, em razão disso, vem sendo admitida a desconsideração inversa para responsabilizar a sociedade por obrigações pessoais do sócio.¹⁷² O mesmo raciocínio da desconsideração tradicional é usado aqui para evitar o mau uso da pessoa jurídica.

Dessa forma, Coelho afirma que a desconsideração inversa da personalidade jurídica, objetiva combater a fraude pelo desvio de bens (COELHO, 2012, p.40):

[...] Quando, porém, a pessoa jurídica reveste forma associativa ou fundacional, ao seu integrante ou instituidor não é atribuído nenhum bem correspondente à respectiva participação na

constituição do novo sujeito de direito. Quer dizer, o sócio da associação ou o instituidor da fundação, desde que mantenham controle total sobre os seus órgãos administrativos, podem concretizar com maior eficácia a fraude do desvio de bens.

Sendo assim, de acordo com a visão de Gagliano e Pamplona Filho (2009, p.238), a desconsideração inversa ocorre quando o sócio coloca em nome da empresa seus próprios bens, com o objetivo de prejudicar terceiros. Diante disso, deve-se aplicar a desconsideração inversa da personalidade jurídica da sociedade com o propósito de atingir o patrimônio social, que na verdade, pertence ao indivíduo fraudador.

1.7 INCIDENTE DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO CÓDIGO DE PROCESSO CÍVIL DE 2015

Segundo Didier Jr. (2015, p.513/514), o direito brasileiro criou a desconsideração da personalidade jurídica, cabendo assim ao direito processual criar um mecanismo que pudesse efetivá-lo. Desta forma, o CPC prevê o incidente do instituto, tratando-se da intervenção de terceiro, onde se provoca o ingresso deste em juízo, na busca de responsabilizá-lo patrimonialmente.

Nesse sentido o § 2º, art.134 do Código de Processo Civil de 2015 expõe (BECKER, 2016).

Art. 134 O incidente de desconsideração é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial.

§ 2º Dispensa-se a instauração do incidente se a desconsideração da personalidade jurídica for requerida na petição inicial, hipótese em que será citado o sócio ou a pessoa jurídica.

Bruschi (2016, p.159) discorre que o Código de Processo Civil de 2015 assegura a realização do contraditório antes de ser desconsiderada a

personalidade jurídica, extinguindo-se o que era anteriormente assentado pela doutrina e pela jurisprudência, na medida em que se realizava a desconsideração, impedido o sócio de dispor livremente de seu bem sem a sua oitiva. Dessa forma retardava-se o direito do exercício do contraditório, sendo necessária a oposição de embargos de terceiro como um processo incidental.

1.7.1 Aspectos Processuais da Desconsideração da Personalidade Jurídica

Didier Jr. (2015, p.519) em sua obra expõe as características do incidente de desconsideração da personalidade jurídica:

a) Cabe em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento da sentença e na execução de título extrajudicial (art. 134, caput, CPC). Assim, não é possível desconsiderar a personalidade jurídica sem a observância desse procedimento - mesmo na execução de título extrajudicial e no cumprimento de sentença.

b) A desconsideração da personalidade jurídica não pode ser determinada ex officio pelo órgão julgador. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica depende de pedido da parte ou do Ministério Público, nos casos que justificam a sua intervenção (art. 133, CPC).

De acordo com o autor, o inciso VI, do art. 932 do CPC, explica que “cabe ao relator decidir o requerimento de desconsideração da personalidade jurídica, quando formulado perante o tribunal”(DIDIER JR., 2015, p.519).

c) Nada obstante ser exemplo de intervenção de terceiro, admite-se a instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis (art. 1.062, CPC).

d) O requerimento de desconsideração da personalidade jurídica será dirigido ao sócio ou à pessoa jurídica, cujo patrimônio se busca alcançar. Como o incidente serve também para a desconsideração inversa - muito utilizada em questões de família, quando um dos cônjuges esconde seus bens em uma pessoa jurídica -, será bem frequente o direcionamento do requerimento de desconsideração a uma pessoa jurídica.

Como já foi dito anteriormente, Didier Jr. (2015, p.520) ressalta que, este requerimento poderá ser formulado na petição inicial. Desta forma o autor irá dirigir o pedido em face da sociedade, que eventualmente, será o pedido de desconsideração contra o sócio.

e) O incidente de desconsideração da personalidade jurídica, além de trazer sujeito novo, amplia também o objeto litigioso do processo. Acresce-se ao processo um novo pedido: aplicação da sanção da desconsideração da personalidade jurídica ao terceiro.

O autor explica que no pedido de instauração do incidente devem estar preenchidos os pressupostos legais que autorizem a intervenção, sob pena de inépcia (DIDIER JR., 2015, p.520).

f) Instaurado o incidente, o terceiro será citado para manifestar-se e requerer as provas cabíveis, em quinze dias (art. 135, CPC). Com essa regra, concretiza-se o princípio do contraditório. Conforme sempre defendemos neste Curso, não é possível desconsiderar a personalidade jurídica sem a observância do princípio do contraditório. O dispositivo encerra, assim, antiga controvérsia.

g) A instauração do incidente suspende o processo, salvo quando a desconsideração foi requerida na petição inicial, quando, como vimos, não

é caso de intervenção de terceiro (art. 134, § 2º, CPC). A instauração deve ser imediatamente comunicada ao distribuidor, para que proceda às anotações devidas (art. 134, § 1º, CPC).

h) O incidente será resolvido por decisão interlocutória - impugnável por agravo de instrumento (art. 1.015, IV, CPC). Se for por decisão de relator, o caso é de agravo interno (art. 136, par. único, CPC). Se porventura o juiz decidir o incidente na sentença, o caso é de apelação (art. 1.022, CPC).

i) Aplica-se ao incidente de desconconsideração da personalidade jurídica o regime da tutela provisória da urgência. Pode-se, então, pedir a antecipação dos efeitos da desconconsideração, uma vez preenchidos os pressupostos gerais da tutela de urgência (arts. 300 e segs., CPC).

j) Acolhido o requerimento de desconconsideração, a alienação em fraude à execução, feita após a instauração do incidente, será ineficaz em relação ao requerente (art. 137, CPC).

k) O Ministério Público somente intervirá no incidente de desconconsideração de personalidade jurídica, se ocorrer uma das hipóteses do art. 178 do CPC.

Dessa forma o autor (DIDIER JR., 2015, p.520/521) expõe que não bastam afirmações genéricas da parte que queira desconSIDERAR a personalidade jurídica, embasadas nos princípios da efetividade e da dignidade humana. Ao solicitar a desconSIDERação, a parte deve observar que o instituto é formado pela prática de atos ilícitos, devendo a conduta imprópria está descrita no requerimento para que o terceiro possa defender-se da acusação.

2 RESPONSABILIDADE DO SÓCIO NO DIREITO TRIBUTÁRIO

Segundo Sabbag (2012, p.737/738), a responsabilidade de terceiros está disciplinada nos art. 134 e 135 do CTN. Tal responsabilidade não se restringe apenas à transmissão patrimonial, mas abrange o dever legal ou contratual que certas pessoas devem ter de zelar o patrimônio de outrem. Os terceiros devedores são, geralmente, administradores ou gestores da vida patrimonial de certos contribuintes, motivo pelo qual o CTN os responsabiliza pelas ações praticadas em sua gerencia.

2.1 RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA

Martins (2000, p.200) define Responsabilidade Tributária como:

Responsabilidade tributária é a imposição legal da sujeição passiva da obrigação tributária a uma pessoa física ou jurídica que, sem revestir a condição de contribuinte, vincula-se com o respectivo fato gerador, seja como exclusão da responsabilidade do contribuinte “substituto”, seja assumindo com o contribuinte, supletivamente, a responsabilidade total ou parcial (transferência) pelo cumprimento da obrigação.

Minardi (2015, p.331) explica que a lei impõe a um indivíduo, denominado responsável tributário, o dever de pagar pelo inadimplemento da obrigação tributária, mesmo que não tenha cometido o fato gerador. Desta forma, elimina a responsabilidade do contribuinte (autor do fato gerador) ou, “o atribui em caráter supletivo para o cumprimento da obrigação tributária”.

Bruschi (2016, p.44) em sua obra discorre sobre a existência de dois tipos de devedores tributários estabelecidos por lei: o contribuinte (sujeito passivo direto) e o responsável (sujeito passivo indireto) tributário.

O art. 121 do Código Tributário Nacional faz a distinção entre contribuinte e responsável tributário, sendo ambos chamados de sujeito passivo da obrigação tributária (VADE MECUM, 2016, p.801):

Art. 121. Sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária.

Parágrafo único. O sujeito passivo da obrigação principal diz-se:

I - contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador;

II - responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei.

Alexandre (2010, p.313) explica que existem duas espécies de responsabilidade tributária podendo ser classificada como responsável por substituição ou ainda por transferência.

Bruschi (2016, p.44/45) observa que na responsabilidade por substituição a lei escolhe o responsável para cumprir a obrigação principal, substituindo o lugar do contribuinte. Deste modo apesar de não ter realizado o fato gerador, o responsável esta indiretamente vinculado com o contribuinte. Por outro lado, nos casos de responsabilidade por transferência a lei escolhe um terceiro para ocupar o polo passivo em momento posterior ao surgimento da obrigação tributária.

Minardi (2015, p.331) discorre que esta responsabilidade por transferência abrange três casos de responsabilidade: por sucessão, por solidariedade e de terceiros.

2.1.1 Responsabilidade tributária por solidariedade Art 124 e 125 do CTN

O art. 124 do CTN estatui o seguinte (VADE MECUM, 2016, p.802):

Art. 124. São solidariamente obrigadas:

I - as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal;

II - as pessoas expressamente designadas por lei.

Parágrafo único. A solidariedade referida neste artigo não comporta benefício de ordem.

Brusch (2016, p.46) explica que no inciso I do art. 124 do CTN, o “interesse jurídico comum que implica na efetiva participação na ocorrência do fato gerador da obrigação”. O autor exemplifica que são responsáveis solidários os co-proprietários de imóvel urbano pelo pagamento do IPTU. Já em referencia ao inciso II, do citado artigo, explica que podem ser responsáveis tributários aqueles indivíduos designados por lei.

O art. 125 do CTN expõe os efeitos da responsabilidade solidária (VADE MECUM, 2016, p.802).

Art. 125. Salvo disposição de lei em contrário, são os seguintes os efeitos da solidariedade:

I - o pagamento efetuado por um dos obrigados aproveita aos demais;

II - a isenção ou remissão de crédito exonera todos os obrigados, salvo se outorgada pessoalmente a um deles, subsistindo, nesse caso, a solidariedade quanto aos demais pelo saldo;

III - a interrupção da prescrição, em favor ou contra um dos obrigados, favorece ou prejudica aos demais.

Machado (2010, p.155) afirma que mesmo os estabelecimentos da mesma pessoa jurídica serem sujeitos autônomos, por força da lei eles são solidariamente obrigados a realizar os pagamentos pelas dividas de ICMS uns dos outros.

2.1.2 Responsabilidade tributária dos sucessores Art. 129 a 133 do CTN

De acordo com Alexandre (2010, p.325) o art. 129 do CTN dá início ao tema responsabilidade dos sucessores, dispondo o seguinte:

Art.129: O disposto nesta Seção aplica-se por igual aos créditos tributários definitivamente constituídos ou em curso de constituição à data dos atos nela referidos, e aos constituídos posteriormente aos mesmos atos, desde que relativos a obrigações tributárias surgidas até a referida data.

O doutrinador Harada (2010, p.486) elucida que a responsabilidade sucessória da obrigação tributária ocorre quando outro indivíduo é obrigado a cumprir prestação não paga, mesmo após o lançamento do fato gerador no outro sujeito passivo.

Neste sentido Machado (2010, p.160) destaca:

No que se refere à atribuição de responsabilidade aos sucessores, importante é saber a data da ocorrência do fato gerador. Não importa a data do lançamento, vale dizer, da constituição definitiva do crédito tributário, em virtude da natureza declaratória deste, no que diz respeito à obrigação tributária.

A responsabilidade do adquirente de bens imóveis segundo ensina Harada (2012, p.487) tem como fundamento o art. 130 do CTN, veja-se:

[...] quanto aos impostos que tem como fato gerador a propriedade, o domínio útil ou a posse de bens imóveis, bem como em relação às taxas de serviço e a contribuição de melhoria, relacionadas com esses bens imóveis. Trata-se de ampliação do conceito que se encontrava no parágrafo único do art. 677 do estatuto civil antigo, não reproduzido pelo

Código Civil vigente. Ressalva, entretanto, essa responsabilidade do adquirente quando constar do título de transferência à prova de quitação fiscal. Da mesma forma, o parágrafo único, no caso de arrematação, elege a regra da sub-rogação do encargo tributário no respectivo preço.

O doutrinador Paulsen (2012, p.238/239) discorre que a responsabilidade dos sucessores em razão da morte está prevista no art. 131 incisos I, II e III, veja-se:

O art. 131 estabelece a responsabilidade pessoal do adquirente ou remitente (quem realiza o resgate de dívida) pelos tributos relativos aos bens adquiridos ou remidos (inciso I), do sucessor a qualquer título e do cônjuge meeiro, pelos tributos limitada ao montante do quinhão, do legado ou da meação (inciso II) e do espólio, pelos tributos devidos pelo de cujus até a data da abertura da sucessão (inciso III).

Para Harada (2012, p.487) apresenta seu posicionamento em relação à responsabilidade decorrente de fusão, transformação e incorporação de empresas, com fundamento no art. 132:

A pessoa jurídica que resultar de fusão, transformação ou incorporação de outra ou em outra responde pelos tributos devidos, até a data do ato, pelas pessoas jurídicas coparticipantes. Esse princípio sucessório é estendido ao sócio remanescente ou ao espólio quando continuar a exploração de atividade da pessoa jurídica extinta, quer sob a mesma, quer sob outra denominação social quer, ainda, sob firma individual.

Bruschi (2016, p.48) intitula que a responsabilidade por sucessão do adquirente de fundo de comércio ou estabelecimento, como sendo “a responsabilidade por sucessão decorrente da aquisição “a qualquer título”

do estabelecimento (comercial, industrial ou profissional) ou do fundo de comércio é regulada pelo art. 133 do CTN”.

Sabbag (2012, p.736/737) discorre que o mencionado artigo foi alterado pela LC n. 118/2005, com o acréscimo de três parágrafos. O autor afirma de acordo com suas análises do § 1º do art. 133 do CTN, o adquirente de uma empresa que esta em processo de falência ou em recuperação judicial não será responsabilizado pelos tributos devidos anteriormente à aquisição. Tal alteração tem como objetivo estimular às alienações, incentivando a realização de negócios com a referida garantia oferecida ao comprador.

Em seqüência o autor discorre sobre o § 2º do art. 133 do CTN, afirmando que o dispositivo traz ressalvas à aplicação do parágrafo anterior, com o intuito de evitar fraudes, nos casos em que seja comprovado que o comprador tenha grau de envolvimento com o devedor, (nas condições de parente, sócio, agente do falido, etc.), impõe-se a retomada da responsabilidade. Por fim, menciona o parágrafo § 3º do art. 133, que em processo de falência, o produto da alienação da empresa ficará depositado à disposição do juízo pelo prazo de 1 (um) ano, contado da data da alienação, e somente poderá ser sacado no caso de pagamentos extra concursais ou de créditos que preferem ao tributário (SABBAG, 2012, p.737).

2.1.3 Responsabilidade tributária de terceiros Arts 134 e 135 do CTN

De acordo com Alexandre (2010, p.344), ao tratar sobre responsabilidade de terceiros o Código Tributário Nacional apresenta dois dispositivos. O autor explica que em ambos os casos, os terceiros são responsabilizados pelo descumprimento do dever de arcar com a obrigação tributária do patrimônio do contribuinte. O que distingue os mencionados dispositivos é que por um lado o terceiro responsável não cometeu um ato ilícito, agindo regularmente face aos ditames da lei, do contrato social ou dos estatutos (CTN, art. 134); por outro lado o art. 135 do CTN dispõe sobre o terceiro que atua irregularmente.

2.1.3.1 Responsabilidade do Art. 134 do CTN

Minardi afirma que o art. 134 do CTN determina que alguns indivíduos sejam responsabilizados solidariamente por participação no ato que resultou no fato gerador do tributo ou que dele venha se omitir, na impossibilidade da exigência do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte (MINARDI, 2015, p.350).

Art. 134. Nos casos de impossibilidade de exigência do cumprimento da obrigação principal pelo contribuinte, respondem solidariamente com este nos atos em que intervierem ou pelas omissões de que forem responsáveis: I - os pais, pelos tributos devidos por seus filhos menores; II - os tutores e curadores, pelos tributos devidos por seus tutelados ou curatelados; III - os administradores de bens de terceiros, pelos tributos devidos por estes; IV - o inventariante, pelos tributos devidos pelo espólio; V - o síndico e o comissário, pelos tributos devidos pela massa falida ou pelo concordatário; VI - os tabeliães, escrivães e demais serventuários de ofício, pelos tributos devidos sobre os atos praticados por eles, ou perante eles, em razão do seu ofício; VII - os sócios, no caso de liquidação de sociedade de pessoas. Parágrafo único. O disposto neste artigo só se aplica, em matéria de penalidades, às de caráter moratório.

Os indivíduos citados no art.134, do CTN, se praticarem atos com excesso de poder, infringirem a lei ou o contrato social, assumem total responsabilidade pelos respectivos créditos tributários. Deixam de responder apenas pela impossibilidade do cumprimento da obrigação tributária e passam a assumir o papel de responsáveis solidários. (MACHADO, 2010, p.167).

Sobre o conteúdo Sabbag (2012, p.743) ensina que de acordo com o inciso VII do art. 134 do CTN, os sócios serão solidariamente responsáveis pelos tributos devidos pelas “sociedades de pessoas”.

Tais sociedades, especialmente mercantis, são aquelas nas quais subsiste responsabilidade subsidiária e ilimitada dos sócios pelas dívidas sociais. Estão praticamente extintas, pois a praxe mercantil adstringe-se à formação de sociedades em que a responsabilidade do sócio fica limitada ao capital subscrito, desaparecendo com a respectiva integralização (sociedades anônimas e sociedades por quotas de responsabilidade limitada). Assim, a estas sociedades citadas S.A. e LTDA. não se aplica a regra inserta neste inciso. Ademais, de há muito o STF já se posiciona, entendendo que as sociedades por quota de responsabilidade limitada não são sociedades de pessoas.

O autor (SABBAG,2012, p.743) ressalta que existe a possibilidade de os dirigentes de tais sociedades serem responsabilizados com fundamento no art. 135, III, do CTN.

2.1.3.2 Responsabilidade do Art. 135 do CTN

Segundo Alexandre (2010, p.351) a responsabilidade de terceiros decorrentes de atuação irregular provém da interpretação do art. 135 do CTN:

Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

- I - as pessoas referidas no artigo anterior;
- II - os mandatários, prepostos e empregados;
- III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

Machado (p.168) em sua obra faz questão de dar relevância à responsabilidade tributária e a abrangência do art.135, inciso III, do CTN, fazendo um estudo sobre as hipóteses em que os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado respondem pelas obrigações tributárias das quais sejam contribuintes. O autor explica que, em se tratando de sociedades onde a legislação não especifica as limitações das responsabilidades dos sócios, não existe qualquer dificuldade. Por outro lado, quando se trata das sociedades limitadas e nas sociedades anônimas, a questão fica mais trabalhosa.

Na mesma linha de pensamento o autor (MACHADO, p.168) continua:

As leis societárias, mesmo quando limitam a responsabilidade dos sócios, atribuem aos administradores responsabilidade pelos atos praticados com violação da lei, do contrato ou estatuto. E o próprio art. 135, inciso III, do Código Tributário Nacional estabelece que os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado respondem pessoalmente pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos.

Coelho (2012, p.746) em sua linha de pensamento disserta que o art. 135 remove a solidariedade e a subsidiariedade do art. 134. A autora explica que neste ponto a responsabilidade é transferida inteiramente para os terceiros, ficando livres os seus dependentes e representados. O terceiro passa a ter responsabilidade plena, pessoal e exclusiva. Isto se dará no momento em que praticarem atos que prejudiquem a pessoa jurídica que representam, toda vez que forem verificados atos com excesso de poderes ou infração de lei, do contrato social ou do estatuto.

3 DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

O instituto da desconsideração da pessoa jurídica (*disregard of legal entity*) originou-se na jurisprudência dos Estados Unidos e teve seu desenvolvimento teórico na Alemanha, chamando a atenção dos juristas europeus. Em 1916 ancorou no Brasil como um tema de indagação teórica, e a partir disso tem sido um agente muito importante em diversos estudos do nosso país, inclusive no Direito Tributário. (AMARO, 2006, p.239).

Segundo Coelho (2011, p.155) a teoria da desconsideração da personalidade jurídica está consubstanciada nos “arts. 28 do Código de Defesa do Consumidor, 18 da Lei Antitruste (LIOE), 4º da legislação protetora do meio ambiente (Lei n. 9.605/98) e 50 do Código Civil”.

Amaro (2006, p.239) disserta que tal doutrina pretende, em determinados momentos em que a pessoa jurídica for utilizada de forma abusiva ou fraudulenta, ela deve ser desconsiderada, responsabilizando o sócio pelos atos praticados pela pessoa jurídica.

O autor (AMARO, 2006, p.239) acima citado, afirma que o problema que nos interessa é saber se existe a possibilidade de se aplicar a desconsideração da pessoa jurídica no direito tributário, tendo em vista o princípio da legalidade.

Machado (2010, p.56) entende que o Direito Tributário tem por finalidade “limitar o poder de tributar e proteger o cidadão contra os abusos desse poder”. O autor, com fundamento no art. 150, inciso I, da Constituição Federal, elucida que nenhum tributo será exigido ou aumentado sem que a lei o estabeleça (MACHADO, 2010, p.66).

O art. 97, inciso III, do CTN fomenta que somente a lei poderá determinar o sujeito passivo da obrigação tributária. (VADE MECUM, 2016, p.800). Desta forma Bruschi (2016, p.166) explica que, no art. 121, parágrafo único, do CTN, o legislador afirma que o sujeito passivo poderá assumir a feição de contribuinte ou responsável tributário.

Dessa forma Becker (1972, p.486) explicita:

O tributo deve ser cobrado da pessoa que esteja em relação econômica com o ato, fato ou negócio que dá origem à tributação; por outras palavras; o tributo deve ser cobrado da pessoa que tira uma vantagem econômica do ato, fato ou negócio tributado.

Também trazemos à baila a interpretação de Nogueira (1986, p.157):

Pode-se dizer, então, que o contribuinte é a pessoa ligada materialmente ao evento tributado, e essa sua vinculação ao fato econômico tributado explica-se por duas razões básicas: 1ª) é a vantagem decorrente do fato que vai possibilitar o pagamento do tributo; e 2ª) dessa forma, atende-se ao princípio fundamental de justiça tributária, qual seja, o da capacidade contributiva.

Isto posto, Difini (2008, p.215) elucida que os responsáveis tributários estão delimitados no art. 134, do CTN:

A efetivação da obrigação do responsável tributário, pois, depende sempre da impossibilidade de sua exigência do contribuinte. A rigor, sua responsabilidade é sempre subsidiária (e não solidária), pois a solidariedade não comporta benefício de ordem (art. 124, parágrafo único), que é justamente a possibilidade de exigir que primeiro se busque a execução dos bens do devedor principal.

Dessa forma faz-se necessário esclarecer, preliminarmente, que os posicionamentos quanto à aplicação da desconsideração da personalidade jurídica nas relações tributárias possuem uma grande divergência, por não haver previsão legal.

No que concerne a corrente contrária ao instituto, Amaro (p.240) posiciona-se:

É importante referir essa distinção porque nossa lei tributária apresenta vários exemplos em que a responsabilidade de uma pessoa jurídica é imputada a terceiros, solidária ou subsidiariamente. Não existe aí desconsideração da pessoa jurídica. O que se dá é que, independentemente da forma societária adotada (por exemplo, sociedade cujo sócio seja ilimitadamente responsável, ou sociedade onde ele tenha sua responsabilidade limitada ao capital), a lei tributária, em certas situações atribui, de modo expresse, a responsabilidade tributária (subsidiária, solidária ou exclusiva) a pessoa do sócio.

Machado (2010, p.167) delimita que: as pessoas citadas no art. 134 do CTN bem como os mandatários, prepostos e empregados (inc. I, art. 135 do CTN), os diretores, gerentes ou representantes de pessoa jurídica de direito privado (inc. II, art. 135 do CTN), são responsabilizados pelos créditos de obrigações tributárias, pelas praticas de atos com excesso de poderes ou infração de lei, do contrato social ou de seus estatutos, por eles cometidos.

O autor Machado (2010, p.168) esclarece que, para que ocorra a incidência da responsabilidade tributária não basta a simples condição de sócio:

O que gera a responsabilidade, nos termos do art. 135, III, do CTN, é a condição de administrador de bens alheios. Por isto a lei fala em diretores, gerentes ou representantes. Não em sócios. Assim, se o sócio não e diretor, nem gerente, isto e, se não pratica atos de administração da sociedade,

responsabilidade não tem pelos débitos tributários desta.

Outros doutrinadores, também em favor da inviabilidade da aplicação da desconsideração da personalidade jurídica, justificam sua impossibilidade através do princípio da legalidade. Neste sentido Amaro (2006, p.240/241) conclui:

Resta examinar desconsideração da pessoa jurídica (propriamente dita), que seria feita pelo juiz, para responsabilizar outra pessoa (o sócio) sem apoio em prévia descrição legal de hipótese de responsabilização do terceiro, à qual a situação concreta pudesse corresponder. Nessa formulação teórica da doutrina da desconsideração, não vemos possibilidade de sua aplicação em nosso direito tributário. Nas diversas situações em que o legislador quer levar a responsabilidade tributária além dos limites da pessoa jurídica, ele descreve as demais pessoas vinculadas ao cumprimento da obrigação tributária. Trata-se, ademais, de preceito do próprio Código Tributário Nacional que, na definição do responsável tributário, exige norma expressa de lei (arts. 121, parágrafo único, II, e 128), o que, aliás, representa decorrência do princípio da legalidade. Sem expressa disposição de lei, que eleja terceiro como responsável em dadas hipóteses descritas pelo legislador, não é lícito ao aplicador da lei ignorar (ou desconsiderar) o sujeito passivo legalmente definido e imputar a responsabilidade tributária a terceiro.

Filho (2005, p.77) utiliza-se do argumento de que a aplicação da desconsideração só poderia ser demandada mediante o condicionamento de lei complementar, em consonância com o art. 146, III, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:

Um limite material intransponível é o princípio da legalidade. Portanto, a regra não pode, sem recepção por intermédio de outra, ser aplicada no campo do direito tributário. Nessa seara, as relações envolvem o emprego de poder heterônomo no que difere da natureza paritária das relações privadas. Não fosse por esta razão seria pelo fato de que, em face do art. 146 da Constituição Federal, esta matéria só poderia ser veiculada por Lei Complementar.

Para os defensores da desconsideração da personalidade jurídica, como Torres (2003, p.470), na aplicação na legislação tributária, o instituto poderá ser adotado tanto “quando se esteja em presença de leis especiais quanto na hipótese de aplicação de uma regra geral que a autorize, à luz de determinados pressupostos”.

Koury (2000, p.166) também se posiciona em favor no instituto:

Poder-se-ia afirmar, então, que se aplica a Disregard Doctrine no Direito Tributário sempre que se verifica a existência de um direito comum, entre empresas integrantes de grupos, na situação que constitua o fato gerador da obrigação tributária, bem como nas hipóteses normativamente consagradas pelo legislador brasileiro.

Do mesmo modo, Requião (2012, p.455) também defende a teoria:

Não temos dúvida de que a doutrina, pouco divulgada em nosso país, levada à consideração de nossos Tribunais, poderia ser perfeitamente adotada, para impedir a consumação de fraude contra credores e mesmo contra o Fisco, tendo como escudo a personalidade jurídica da sociedade.

Em qualquer caso, todavia, focalizamos essa doutrina com o propósito de demonstrar que a personalidade jurídica não constitui um direito

absoluto, mas está sujeita e contida pela teoria da fraude contra credores e pela teoria do abuso de direito.

Para os que apoiam a aplicação da desconsideração, o “art. 135, III, do CTN permite atingir a pessoa do diretor, gerente ou representante da empresa, à luz da teoria da desconsideração da pessoa jurídica” (SABBAG, 2012, p.747).

Segundo Ferreira (2011) uma questão que também gera conflito na doutrina relaciona-se ao que está exposto no parágrafo único do art. 116 do CTN, implantada no referido diploma em 2001 por intermédio da Lei Complementar n. 104. Desta maneira, tal norma recebe inúmeras críticas quanto a sua constitucionalidade, vez que, muitos estudiosos a consagram como norma atlelista, sendo admitido no nosso ordenamento jurídico, bem como necessita de lei ordinária para que possa produzir seus efeitos jurídicos.

Vejamos o dispositivo (VADE MECUM, 2016, p.801):

Art. 116: Salvo disposição de lei em contrário, considera-se ocorrido o fato gerador e existentes os seus efeitos:

[...]

Parágrafo único: A autoridade administrativa poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, observados os procedimentos a serem estabelecidos em lei ordinária.

Entretanto, nas palavras de Santiago (2008) a tese não deve ser empregada:

Primeiramente, cumpre esclarecer que o parágrafo único do artigo 116 do CTN não contempla uma regra antielisiva, mas sim uma regra antielusiva, já que, como é sabido, a elisão fiscal corresponde ao

comportamento do sujeito passivo da obrigação tributária de tentar praticar o ato ou negócio jurídico de modo a enquadrá-lo em um hipótese de imunidade, isenção ou incidência tributária menos gravosa, é o que se chama planejamento tributário; por outro lado, a elusão fiscal corresponde a prática de negócios jurídicos simulados para dissimular a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária, furtando-se do seu cumprimento.

Ademais, o autor salienta que o parágrafo único do art. 116 do CTN, estabelece a possibilidade de não serem consideradas “as formas como os sujeitos passivos da relação tributária realizaram seus atos e negócios jurídicos”, possibilitando a decisão por parte da autoridade da quantia do crédito tributário. Compreende-se, assim, que não se alude à superação do princípio da separação patrimonial entre a pessoa jurídica e os sócios ou administradores, para a aplicação da responsabilidade tributária a estes (SANTIAGO, 2008).

Ferreira (2011) assevera que:

Como dito, tal dispositivo legal não poderá ser aplicado de forma independente, uma vez que não se encontra em seu bojo critérios a serem observados pela autoridade fiscal para utilizar a desconsideração. A interpretação conjunta do parágrafo único do art. 116 do CTN com o artigo 50 do Código Civil parece ser a forma mais coerente de se aplicar a disregard doctrine no direito tributário, pois dessa maneira se assegura que o agente fiscal observará os elementos caracterizadores do abuso da personalidade jurídica, ensejando a respectiva desconsideração.

Castro (2007) defende que desconsideração da personalidade jurídica nos ramos do direito privado pode e deve ser aproveitado no âmbito do direito tributário, já familiarizado, embora parcialmente, com a

prática. Portanto, o art. 50 do novo Código Civil assegura à possibilidade de se afastar a personalidade jurídica quando esta pretender a proteção indevida de patrimônios individuais em detrimento do Fisco.

Do mesmo modo, Paulsen (2007, p.60) defende que a desconsideração da personalidade jurídica deve ser aplicada no âmbito do direito:

A dissolução irregular tem sido considerada como causa para o redirecionamento porque se presume, em tal caso, a confusão de patrimônios, com locupletamento dos sócios. Não seria o caso, contudo, de invocação do art. 135, III, do CTN, porquanto o crédito tributário não decorre da dissolução irregular. Mais pertinente é o art. 50 do Código Civil de 2002: 'Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

Contudo, assim como na doutrina, verifica-se o desentendimento quanto a função dos artigos 134, VII, e 135, III, do Código Tributário Nacional, evidenciando-se ou não o instituto da desconsideração da pessoa jurídica, conforme ementas transcritas abaixo:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. RESPONSABILIDADE PESSOAL DO SÓCIO-GERENTE. DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA EMPRESA EXECUTADA. A dissolução irregular da empresa, assim compreendido o encerramento de suas atividades sem a observância das obrigações

perante o fisco, configura, ipso facto, a gestão ilícita da pessoa jurídica, haja vista a inexorável ofensa aos diplomas legais de regência. - Plenamente justificável, portanto, a responsabilização pessoal do sócio-gerente da sociedade executada. Inteligência dos artigos 134 e 135 do Código Tributário Nacional. Agravo de instrumento provido.

(TRF-5 - AGTR: 53038 SE 2003.05.99.002158-3, Relator: Desembargador Federal Jose Maria Lucena, Data de Julgamento: 01/12/2005, Primeira Turma, Data de Publicação: Fonte: Diário da Justiça - Data: 15/12/2005 - Página: 625 - Nº: 240 - Ano: 2005).

TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. RESPONSABILIDADE. SÓCIO. ART. 135, III, DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL. COMPROVAÇÃO DE INFRAÇÕES. INEXISTÊNCIA. REDIRECIONAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. 1. A responsabilidade solidária só pode ser verificada se presentes os requisitos dispostos no art. 135, III, do Código Tributário Nacional. 2. Os diretores, gerentes ou representantes das pessoas jurídicas de direito privado podem ser responsabilizados, pessoalmente, não por serem sócios, quotistas ou acionistas da pessoa jurídica, mas pelo fato de exercerem a sua administração e possuírem poderes de gerência, pelos quais cometem abusos, excessos ou infrações à lei, estatuto ou contrato social. 3. Não logrou a União comprovar que houve, por parte dos diretores, gerentes ou representantes da pessoa jurídica de direito privado, a prática de atos com excesso de poderes, infração a lei, contrato social ou estatuto, ou

ainda, que esses atos tenham, efetivamente, dado origem ao crédito tributário em execução, para fins de responsabilização pessoal pelas dívidas fiscais da empresa, ou que tenha ocorrido a dissolução irregular da sociedade. 4. Agravo de instrumento a que se dá provimento.

(TRF-1 - AG: 429449520134010000 MT 0042944-95.2013.4.01.0000, Relator: DESEMBARGADORA FEDERAL MARIA DO CARMO CARDOSO, Data de Julgamento: 22/11/2013, OITAVA TURMA, Data de Publicação: e-DJF1 p.468 de 10/01/2014).

AGRAVO DE INSTRUMENTO EXECUÇÃO FISCAL MULTA AMBIENTAL INCLUSÃO DOS SÓCIOS DA EMPRESA NO POLO PASSIVO VIABILIDADE ENCERRAMENTO DA ATIVIDADE DA EMPRESA NO LOCAL ONDE ESTAVA SEU ESTABELECIMENTO, ESTANDO EM LUGAR INCERTO E NÃO SABIDO PRESUNÇÃO DE DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE FRAUDE QUANTO À COBRANÇA DA MULTA APLICAÇÃO DO ART. 4º DA LEI Nº 9.605/95, BEM COMO DOS ARTS. 134, VII, E 135, III, DO CTN, ALÉM DA SÚMULA Nº 435 DO STJ RECONHECIMENTO RECURSO PROVIDO. Considerando que, a teor da certidão exarada pelo Oficial de Justiça, a empresa devedora, que já fora citada por edital, não mais se encontrava no endereço cadastrado, plenamente possível a inclusão dos sócios gerentes no polo passivo quando não mais encontrada a pessoa jurídica, com fulcro no art. 4º da Lei nº 9.605/95 e das previsões dos arts. 134, VII, e 135, III, ambos do CTN; art. 4º, V, da Lei 6.830/80 e, ainda, a Súmula 435 do Superior Tribunal de Justiça, sendo de rigor, portanto, a desconsideração da personalidade jurídica da empresa executada.

(TJ-SP - AI: 00528221520138260000 SP 0052822-15.2013.8.26.0000, Relator: Paulo Ayrosa, Data de Julgamento: 25/04/2013, 2ª Câmara Reservada ao Meio Ambiente, Data de Publicação: 25/04/2013).

Outras decisões, porém, compreendem no artigo 135, III, não se enquadra a desconsideração da personalidade jurídica e sim como hipótese de responsabilidade tributária por substituição:

EXECUÇÃO FISCAL. DISSOLUÇÃO IRREGULAR DE SOCIEDADE POR COTAS DE RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. CITAÇÃO DO SÓCIO-GERENTE, NA QUALIDADE DE RESPONSÁVEL TRIBUTÁRIO, POR SUBSTITUIÇÃO. CTN ART. 135, III E DECRETO 3.708/19, ART. 10. I. Dissolvida irregularmente sociedade por cotas de responsabilidade limitada e não possuindo a empresa extinta bens suficientes para a satisfação do crédito tributário reclamado, é plenamente possível a citação dos responsáveis tributários, por substituição, estejam ou não os seus nomes incluídos na inicial executória ou na Certidão da Dívida Ativa correspondente, a teor do que prescreve o art. 135, III, do Código Tributário Nacional, e o art. 10, do Decreto nº 3.708/19. II. Precedentes do STF, do STJ e desta Corte de Justiça Regional. III. Agravo de Instrumento provido.

(TRF-1 - AG: 23705 BA 95.01.23705-2, Relator: JUIZ EUSTAQUIO SILVEIRA, Data de Julgamento: 24/08/2000, TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: 07/12/2000 DJ p.108).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO DA DEMANDA CONTRA O SÍNDICO DA MASSA FALIDA. APURAÇÃO DA RESPONSABILIDADE.

DESNECESSIDADE DE AÇÃO AUTÔNOMA. Em execução fiscal contra sociedade por quotas, não se localizando bens suficientes para o adimplemento da obrigação tributária, pode o processo ser redirecionado contra o responsável pela mesma, a teor do estatuído no art. 135, do CTN. Não há obrigatoriedade de processo prévio para a substituição do sujeito passivo responsável pelo crédito tributário pelo simples fato de que não se trata de desconsideração da personalidade jurídica, mas sim de redirecionamento do processo, através da aplicação pura e simples da lei. Inteligência do art. 4º, da Lei n. 6.830/1980, e do art. 134, do CTN. Precedente do STF. Agravo de instrumento provido.

(TRF-3 - AI: 18592 SP 2002.03.00.018592-4, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MÁRCIO MORAES, Data de Julgamento: 01/07/2010, TERCEIRA TURMA,)

Assim, de acordo com Santiago (2008) finalmente pode-se afirmar que, de acordo com os defensores da aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no campo do direito tributário, e ainda em consonância com os ditames do art. 50 do Código Civil, “a intervenção judicial revela-se indispensável, uma vez que expressamente exigida pela lei”.

Não obstante, quando analisamos a necessidade de se utilizar e adequar o instituto aos aspectos do direito tributário, pode-se afirmar que a sua aplicação no processo administrativo harmoniza-se com os princípios da celeridade e da economia, que conduzem a satisfação do crédito tributário, não devendo ser esquecido, todavia, em hipótese alguma que não poderá ser afetado o contraditório e a ampla defesa. (SANTIAGO, 2008).

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o estudo desenvolvido pode-se concluir que a desconsideração da personalidade jurídica é atualmente um instrumento de extrema importância para combater as condutas fraudulentas e abusivas que têm se tornado cada vez mais frequentes no cenário nacional, especialmente no âmbito das relações jurídicas tributárias.

Apesar disso, vimos que o instituto somente se faria legítimo se fossem devidamente comprovadas às circunstâncias autorizadas e previstas em lei material. Sendo assim, sua aplicação deveria ser vista de forma excepcional.

A doutrina nacional é muito divergente a respeito da aplicabilidade do instituto da desconsideração da personalidade jurídica no campo do direito tributário. Muitos estudiosos sustentam ser impossível sua aplicação em detrimento ao princípio da legalidade que conduz o direito tributário, enquanto outros sustentam esta possibilidade de sua aplicação nas relações jurídicas tributárias, através de norma genérica.

No entanto, doutrinadores que defendem a aplicação da desconsideração não estão em harmonia quanto ao fundamento legal em que esta se sustenta. Diante disso, entre os fundamentos expostos, destacam-se o artigo 116, parágrafo único do Código Tributário Nacional, os artigos 134 e 135, III, do mesmo diploma, e o artigo 50 do Código Civil Brasileiro.

Portanto, podemos perceber que o instituto da desconsideração da pessoa jurídica encontra-se em grande evolução no direito brasileiro, seja pela enorme gama doutrinária e jurisprudencial existente sobre o tema, seja pelas práticas de inovações legislativas, contemplando o fortalecimento do instituto da pessoa jurídica, em especial no âmbito do Direito Tributário, conferindo maior segurança aos sujeitos passivos da obrigação tributária, tendo em vista que a desconsideração da personalidade jurídica não seria realizada segundo a mera decisão do administrador ou juiz, mas sim se sustentando em critérios legais antecipadamente definidos.

Entretanto, verifica-se que os fundamentos legais apresentados pela doutrina não acatam satisfatoriamente as particularidades do direito tributário. Em razão disso, constata-se a necessidade de que seja

elaborada uma lei que adicione no Código Tributário Nacional um dispositivo específico que contemple a desconsideração da personalidade jurídica, estabelecendo todas diretrizes necessárias para uma correta aplicação, eliminando todas as controvérsias a respeito do instituto.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito tributário esquematizado**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2010.

BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria Geral do Direito Tributário**, São Paulo: Saraiva, 1972.

BECKER, Carmem (Org.). **Vade Mecum**: 2016: Com foco no exame da OAB e em Concursos Públicos. 7.ed. Niterói, RJ: Impetus, 2016.

BRUSCHI, Gilberto Gomes. **Fraudes patrimoniais e a desconsideração da personalidade jurídica no Código de Processo Civil de 2015**/Gilberto Gomes Bruschi, Rita Dias Nolasco, Rodolfo da Costa Manso Real Amadeo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

CASTRO, Aldemario Araujo. Aplicação no Direito Tributário da desconsideração da personalidade jurídica prevista no novo Código Civil. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 12, n. 1497, 7 ago. 2007. Disponível em: . Acesso em: 23 maio 2016.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**, volume 2: direito de empresa / Fábio Ulhoa Coelho. — 16. ed. — São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Curso de direito comercial**, volume 2: direito de empresa. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. **Manual de direito comercial**: direito de empresa. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

COÉLHO, Sacha Calmon Navarro, 1940- **Curso de direito tributário brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

COMPARATO, Fábio Konder. **O poder de Controle na sociedade anônima**. 3.ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 17. ed. - Salvador: Jus Podivm, 2015. v. I.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. volume. I: teoria geral do direito civil / Maria Helena Diniz. 26. ed. reformulada. - São Paulo: Saraiva, 2009.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: parte geral e lndb**. v. 1. 12. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2014.

FERREIRA, Nádía Arnaud Pereira. A teoria da desconsideração da personalidade jurídica no Direito Tributário: Estudo sobre sua aplicabilidade. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 84, jan 2011. Disponível em: . Acesso em maio 2016.

FILHO, Edmar Oliveira Andrade. **Desconsideração da Personalidade Jurídica no Novo Código Civil**. São Paulo: MP, 2005.

GAGLIANO, Pablo S.; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de direito Civil**. volume I: parte geral. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GUIMARÃES, Márcio Souza. **Aspectos Modernos da Desconsideração da Personalidade Jurídica**. In: Revista da EMERJ, V.7, Nº 25, 2004.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 1: Parte Geral** / Carlos Roberto Gonçalves.- 11. ed.- São Paulo: Saraiva, 2013.

HARADA, Kiyoshi. **Direito financeiro e tributário**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. **A Desconsideração da Personalidade Jurídica (disregard doctrine) e os Grupos de Empresas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

LUBISCO, Nídia Maria Lienert; VIEIRA, Sônia Chagas. **Manual de estilo acadêmico**: trabalhos de conclusão de curso, dissertações e teses. 5.ed. Salvador: EDUFBA, 2013, 145 p.

MANUAL para apresentação de trabalhos acadêmicos da Universidade Católica do Salvador. **Sistema de Bibliotecas**. Salvador: UCSal, 2014, 53p.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Curso de Direito Tributário**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

MINARDI, Josiane. **Manual de Direito Tributário**. 2. ed. Salvador: JusPodivm. 2015.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: Parte Geral**. 27. ed., São Paulo: Saraiva, 1993.

NOGUEIRA, Ruy Barbosa, **Curso de Direito Tributário**, 7.ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

PAULSEN, Leandro. **Curso de direito tributário: completo**.. 4. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

PAULSEN, Leandro. **Contribuições: custeio da seguridade social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**, vol. I. 19.ed. Forense. Rio de Janeiro. 2000.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. 31.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.v. 1.

SABBAG, Eduardo. **Manual de direito tributário**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SANTIAGO, Edna Ribeiro. Desconsideração da personalidade jurídica no Direito Tributário. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XI, n. 51, mar 2008. Disponível em: . Acesso em maio 2016.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário**, volume 1 / Marlon Tomazette. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2013.

A POSSIBILIDADE DE AS PARTES, POR INTERMÉDIO DE UM NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL, NEGAREM CARÁTER ABSOLUTO À IMPENHORABILIDADE PREVISTA NO ARTIGO 833 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

NEEMIAS MOTIN: Graduado no Curso de Formação de Oficiais da Polícia Militar do Paraná, pós-graduado em Administração Educacional pela Faculdade de Pinhais - FAPI, graduando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica - Toledo-PR.

Orientador (a): **José Rapahel Batista Freire**[\[1\]](#)

Resumo: O Novo Código de Processo Civil que passou a vigorar no ano de 2015 trouxe em seu bojo diversas inovações. Dentre elas está a inserção de uma cláusula geral ao Negócio Jurídico Processual, o qual, em síntese, possibilita as partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa. Inserida, também está a norma da impenhorabilidade prevista no artigo 833 do CPC/15, a qual por muitos doutrinadores é adjetivada de absoluta. Com o desenvolver da presente pesquisa, averiguar-se-á, se as partes de um processo, com base nessa cláusula genérica, poderiam negar o carácter absoluto da impenhorabilidade do artigo 833 do CPC/15, considerando que tal instituto está intimamente ligado a dignidade da pessoa humana, à medida que busca defender o mínimo existencial do executado.

Palavras-chave: Negócio Jurídico Processual, Impenhorabilidade do artigo 833, Novo Código de Processo Civil.

Sumário: 1. Introdução. 2. A impenhorabilidade prevista no artigo 833 do CPC/2015. 2.1. A relevância do instituto da impenhorabilidade. 3. Negócio jurídico processual. 3.1. Negócio jurídico processual que verse sobre a impenhorabilidade. 3.2. Função do Juiz perante o negócio jurídico processual. 3.3. Negócio jurídico processual e a dignidade da pessoa humana. 4. Considerações finais. 5. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O Código de Processo civil de 2015 (CPC/2015) trouxe diversas inovações, dentre elas está o Negócio Jurídico Processual, o qual será abordado no transcorrer deste artigo. Contudo, de forma sucinta e inaugural, pode ser definido como “uma modalidade de flexibilização do procedimento permitindo às partes escolher entre ‘circuitos’ processuais”^[2]. Para que essa flexibilização tenha maior aplicação, inseriu-se o artigo 190 do CPC/2015 uma cláusula genérica que por se tratar de algo novo e de maior abrangência, suscita dúvidas quanto à sua aplicação e relação prática com alguns outros institutos jurídicos. Dentre eles se destaca a chamada impenhorabilidade prevista de forma expressa no artigo 833 do CPC/2015, que regulamenta que determinados bens, por conta da importância, são impenhoráveis, salvo casos expressos em lei. Por esse motivo que alguns doutrinadores, como Elpídio Donizetti^[3] (2016), por exemplo, classificam esta impenhorabilidade como “absoluta”. Sem muita dificuldade de perceber a importância da impenhorabilidade, que será comentada adiante, no tocante a proteger o mínimo existencial daquele que está submetido a um processo de execução e consequentemente garantir a dignidade humana. Mas emerge o questionamento a respeito de como os dois institutos coexistiriam na hipótese de partes plenamente capazes de um processo convencionarem a mitigação do caráter absoluto inerente a este instituto. Se o contido na cláusula geral do artigo 190 do CPC/2015 autorizaria essa relativização.

2. A IMPENHORABILIDADE PREVISTA NO ARTIGO 833 DO

CPC/2015

Como regra, na busca da satisfação do exequente, a responsabilidade patrimonial é ampla, de modo que todos os bens do executado podem responder pela dívida, ou nas palavras de Donizetti (2016, p. 1149) “Em princípio, todos os bens de propriedade do devedor ou dos responsáveis pelo débito são passíveis de penhora”^[4]. O procedimento de penhora visa justamente delimitar quais os bens que serão alvo da execução, como prelecionam Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero e Sérgio Cruz Arenhart^[5] que “A penhora é procedimento de segregação dos bens que efetivamente se sujeitarão à execução, respondendo pela dívida adimplida. Até a penhora, a responsabilidade patrimonial é ampla, de modo que **praticamente** todos os seus bens respondem por suas dívidas”. (grifase)

O uso do termo “praticamente”, demonstra que há um ponto no qual o Exequente tem sua atuação restringida. Conforme prevê o CPC/2015, em seu artigo 789, “o devedor responde com todos os seus bens presentes e futuros para o cumprimento de suas obrigações, salvo as restrições estabelecidas em lei” ^[6]. A restrição na qual o artigo trata diz respeito aos casos de impenhorabilidade considerando que “Há bens absolutamente impenhoráveis e bens relativamente impenhoráveis. Os primeiros não podem ser penhorados em hipótese alguma”^[7]. Quando o mencionado doutrinador se refere aos bens absolutamente impenhoráveis, ele faz menção aqueles previstos no artigo 833 e incisos o qual define de forma taxativa os bens que não podem ser alvo da execução, exceto nos casos estritamente previstos em lei, ou seja, quando “a execução de dívida é relativa ao próprio bem” (§1º do art. 833 do CPC/2015) e quanto ao “pagamento de prestação alimentícia, bem como às importâncias excedentes a 50 (cinquenta) salários-mínimos mensais no que diz respeito aos incisos IV e X” (§2º do art. 833 do CPC/2015), por exemplo.

2.1. A relevância do instituto da impenhorabilidade

Em que pese haver uma forte aplicação do Estado no desempenho de sua função jurisdicional na tentativa de garantir a satisfação do exequente, é possível que o valor devido não seja adimplido caso o devedor tenha em sua posse somente bens impenhoráveis. Nesse sentido, podemos destacar a abordagem de Didier Júnior^[8]:

“O princípio da efetividade choca-se muita vez com os princípios que protegem o executado, como o princípio da dignidade da pessoa humana, que, embora também sirva ao exequente, costuma ser invocado para fundamentar a existência de uma série de regras de tutela do executado, como, por exemplos, as regras que preveem as impenhorabilidades”

Em épocas passadas, mais precisamente no Império Romano, não havia qualquer espécie de refreamento, de modo que, não somente os bens imprescindíveis ao mínimo existencial do executado podiam ser afetados, mas também, o corpo do devedor podia ser objeto da execução, como explica Assumpção Neves, que “No direito romano a execução era extremamente violenta, permitindo-se a privação corporal e até mesmo a morte do devedor. A famosa Lei das XII Tábuas choca ao estabelecer que em determinadas condições seria possível dividir o corpo do devedor em tantos pedaços quantos sejam os credores” ^[9]

Com o passar dos anos, houve uma evolução, conforme explica Assumpção Neves, ao se “proibir a morte e o acorrentamento do devedor, a prever de forma institucionalizada a satisfação do crédito mediante a prestação de trabalhos forçados”^[10]. Mas o jurista continua explicando que somente no período clássico é que se passou a incidir uma certa limitação à expropriação patrimonial.

Atualmente, está presente, no ordenamento jurídico Pátrio, uma realidade totalmente diversa daquela vivida no Império Romano, uma vez

que “A lei brasileira, observando critérios humanitários ou particulares de certas situações de direito material, ressalva determinados bens da responsabilidade por dívidas”^[11]. Nesse mesmo contexto, preleciona Theodoro Júnior

“(…) não pode a execução ser utilizada para causar a extrema ruína, que conduza o devedor e sua família à fome e ao desabrigo, gerando situações aflitivas inconciliáveis com a dignidade da pessoa humana. E não é por outra razão que nosso Código de Processo Civil não tolera a penhora de certos bens econômicos como provisões de alimentos, salários, instrumentos de trabalho, pensões, seguro de vida etc”^[12]

Portanto, extrai-se de tal entendimento que, por mais que a impenhorabilidade seja uma exceção à regra do princípio da patrimonialidade, nos casos em que ela se manifesta é de crucial importância que seja resguardada, pois busca evitar que o processo de execução gere a penhora de bens imprescindíveis ao mínimo existencial do executado. Sobre o assunto, Sarlet e Figueiredo desenvolvem uma importante diferenciação entre o mínimo existencial e vital:

“(…) mínimo existencial, que não pode ser confundido com o que se tem chamado de mínimo vital ou um mínimo de sobrevivência, de vez que este último diz com a garantia da vida humana, sem necessariamente abranger as condições para uma sobrevivência física em condições dignas, portanto, de uma vida com certa qualidade. Não deixar alguém sucumbir à fome certamente é o primeiro passo em termos da garantia de um mínimo existencial, mas não é – e muitas vezes não o é sequer de longe – o suficiente”^[13]

Na visão de Paula de Barcellos “o mínimo existencial corresponderia a um elemento constitucional essencial, pelo qual se deve

garantir um conjunto de necessidades básicas do indivíduo”[14]. Portanto a impenhorabilidade tem uma importante função de garantir o mínimo existencial que por sua vez é instituto intimamente relacionado ao princípio da dignidade da pessoa humana, inclusive previsto na Constituição Federal como direito fundamental, o que significa que qualquer negócio jurídico que trate a respeito desse assunto deve ser analisado com muita cautela pelo juiz conforme será visto adiante.

3. NEGÓCIO JURÍDICO PROCESSUAL

O Negócio Jurídico Processual não é um instituto novo, uma vez que, apesar de se apresentar de maneira distinta pelo NCCP, já se fazia presente no Código de 1973, conforme explica Assumpção Neves, que “a existência de negócios jurídicos processuais não é novidade do Novo Código de Processo Civil, já que no diploma processual revogado existiam várias previsões pontuais de negócios jurídicos típicos”[15]. Contudo, reside na ampliação deste fenômeno por intermédio do artigo 190, *caput*, do Código de Processo Civil de 2015, considerando que, “(...) o Novo Código de Processo Civil passou a prever de forma expressa uma verdadeira cláusula geral de negócio jurídico processual”[16]. Por se tratar de algo novo e de caráter genérico, surge a dúvida a respeito de como será sua aplicação e relação prática com alguns outros institutos jurídicos. Porém antes de realizar essa análise, é importante definí-lo:

“fato jurídico voluntário em cujo suporte fático, descrito em norma processual, esteja conferido ao respectivo sujeito o poder de escolher a categoria jurídica ou de estabelecer, dentro dos limites fixados no próprio ordenamento jurídico, certas situações jurídicas processuais. Estando ligado ao poder de autorregramento da vontade, o negócio jurídico processual esbarra em limitações preestabelecidas pelo ordenamento jurídico, como sucede em todo negócio jurídico”[17]

Em que pese estar presente a possibilidade dada pelo Código de Processo Civil de autorregramento da vontade, tal não se constitui de forma absoluta, uma vez que, “a vontade das partes na celebração de negócio jurídico processual é limitada pela ordem pública, como é curial”^[18]. Portanto, as partes devem se submeter ao previsto no caput do artigo 190 do NCPC, que prevê que a causa deve versar sobre direitos que admitam autocomposição, que os contratantes devem ser plenamente capazes e que a convenção deve limitar-se aos ônus, poderes, faculdades e deveres processuais das partes. Também não seriam permitidos, pelo parágrafo único do artigo 190, negócios nos casos de nulidade, de inserção abusiva em contrato de adesão e que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade, cabendo ao magistrado fazer o controle. Cabe verificar se a relativização da impenhorabilidade do artigo 833 incidiria de alguma maneira em alguma dessas ressalvas do caput e parágrafo único do artigo 190, ou por violar alguma outra norma, impediriam a realização do Negócio Jurídico Processual.

3.1. Negócio jurídico processual que verse sobre a impenhorabilidade

Baseado nesta questão, visando dirimir esta dúvida, quanto à possibilidade ou não da mitigação da impenhorabilidade, foi aprovado o enunciado 19 do Fórum Permanente de Processualistas Civis – FPPC, o qual discrimina de maneira expressa quais as matérias possíveis de serem sujeitadas aos Negócios Jurídicos Processuais, veja-se:

“São admissíveis os seguintes negócios processuais, dentre outros: **pacto de impenhorabilidade**, acordo de ampliação de prazos das partes de qualquer natureza, acordo de rateio de despesas processuais, dispensa consensual de assistente técnico, acordo para retirar o efeito suspensivo de recurso, acordo para não promover execução provisória”^[19]. (grifa-se)

Isto posto, conforme tal Enunciado, é possível que o negócio jurídico verse a respeito da impenhorabilidade. Além disso, vários

doutrinadores se manifestaram sobre o assunto corroborando com esse entendimento. É o caso de Rodrigo da Cunha Lima Freire (2016, E-book) o qual explicou que o CPC/2015 admite a realização de negócios típicos e atípicos, de modo que a impenhorabilidade estaria inserida como um exemplo de negócio jurídico atípico. No mesmo sentido, Flávio Tartuce (2015, E-book), defendeu que o conteúdo versado no enunciado 19 é hígido e lícito. Além deles, Elpídio Donizetti, ao comentar sobre o assunto afirma que “A inovação é bastante significativa e, se utilizada com cautela, pode trazer maior efetividade ao processo. Para tanto, é imprescindível a cooperação entre os jurisdicionados e a fiscalização por parte do magistrado, que pode anular a convenção em caso de abuso” [20].

Ainda sob a égide de tal entendimento, se manifestou Fredie Didier:

“não há óbice a que a impenhorabilidade de determinado bem decorra de pactuação das partes, ainda que sem amparo nas hipóteses do artigo 833 e ou nas hipóteses de impenhorabilidade previstas fora do âmbito deste Novo Código de Processual Civil. Em paralelo, embora se trate de hipótese de mais controvérsia, tampouco há óbice a natureza impenhorável de determinado bem ou direito seja renunciada”[21].

Porém conforme exposto acima, há divergência nesse entendimento. Por exemplo, o doutrinador e Juiz Federal Rodolfo Kronenberg Hartmann, em sua obra, conforme segue abaixo:

“Há, também, enunciado do FPPC nesse sentido, quanto à possibilidade de pacto renunciando a impenhorabilidade do bem. Contudo, a jurisprudência, notadamente a do STJ, sempre foi refratária a esse entendimento, o que parece o mais acertado. Com efeito, basta uma atenta leitura da norma em comento (art. 833), para se chegar à conclusão de que, naquelas situações em que o legislador erigiu um bem como impenhorável, pautou-se em um critério razoável

para proteger um direito ou interesse extremamente relevante, como vestuário, utensílios domésticos, exercício de profissão, dentre outras mais. Logo, não poderia essa proteção, diretamente ligada à garantia da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III, CRFB-88), ser renunciada em negócio processual”^[22]

O enunciado citado é o de número 19 do FPPC, onde o jurista citado discorda por considerar que instituto da impenhorabilidade tem íntima relação com o que seria o chamado mínimo existencial do executado, o que acaba se relacionando de forma direta com a dignidade da pessoa humana. O julgado no qual ele faz menção é o que abaixo segue:

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO.
EXECUÇÃO FISCAL. BEM DE FAMÍLIA OFERECIDO
À PENHORA. RENÚNCIA AO BENEFÍCIO
ASSEGURADO PELA LEI. 8.009/90.
IMPOSSIBILIDADE.

1. A indicação do bem de família à penhora não implica em renúncia ao benefício conferido pela Lei 8.009/90, máxime por tratar-se de norma cogente que contém princípio de ordem pública, consoante a jurisprudência assente neste STJ.

2. Dessarte, a indicação do bem à penhora não produz efeito capaz de elidir o benefício assegurado pela Lei 8.009/90. Precedentes : REsp 684.587 - TO , Relator Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, Quarta Turma, DJ de 13 de março de 2005; REsp 242.175 - PR, Relator Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, Quarta Turma, DJ de 08 de maio de 2.000; REsp 205.040 - SP, Relator Ministro EDUARDO RIBEIRO, Terceira Turma, DJ de 15 de abril de 1.999)

3. As exceções à impenhorabilidade devem decorrer de expressa previsão legal.

4. Agravo Regimental provido para dar provimento ao Recurso Especial”[23].

Porém deve-se ressaltar que em outra situação, com base no princípio da boa-fé, o STJ admitiu que um bem de família, após ter sido indicado pelo devedor à penhora, tenha sido constrita por haver a compreensão de que o ato representou um negócio unilateral de renúncia do benefício legal:

“Não se deve desconstituir a penhora de imóvel sob o argumento de se tratar de bem de família na hipótese em que, mediante acordo homologado judicialmente, o executado tenha pactuado com o exequente a prorrogação do prazo para pagamento e a redução do valor de dívida que contraíra em benefício da família, oferecendo o imóvel em garantia e renunciando expressamente ao oferecimento de qualquer defesa, de modo que, descumprido o acordo, a execução prosseguiria com a avaliação e praça do imóvel”[24].

Portanto não se torna unânime o entendimento firmado pelo enunciado 19 do FPPC, o qual se torna alvo de controvérsias, bem como quando o assunto foi tratado na corte Superior de Justiça, também houve divergências considerando as especificidades de cada caso. Desta forma como será destacado adiante, ficaria a cargo do juiz, em cada caso concreto, a análise da situação, decidindo se o convencionado deve ou não prosperar.

3.2. Função do juiz perante o negócio jurídico processual

O magistrado assume uma importante função para a efetivação do Negócio Jurídico Processual, posto que “A eficácia do negócio jurídico processual, somente ocorrerá quando juiz o homologar. A homologação judicial é, portanto, condição da eficácia endoprocessual do negócio, isto é, da produção dos efeitos dentro do processo”[25].

A relação durante a formulação desse ato processual deve ser interativa entre as partes e o juiz como explica Flávio Tartuce, que “a realização dos negócios jurídicos processuais, seja antes ou durante o processo, estimula o diálogo entre o juiz e as partes, permitindo-lhes avaliar, nos limites possíveis, os melhores caminhos a serem trilhados para o deslinde da controvérsia”[26].

Também como explica Nery Júnior e Nery “o juiz tem o dever de analisar o negócio jurídico processual e lhe conceder validade e eficácia no processo, se presentes os requisitos formais e materiais para tanto”[27]. Os requisitos formais estão previstos no parágrafo único do artigo 190:

“(...) Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam autocomposição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade”[28].

Podendo inclusive haver responsabilidade contra a Administração Pública caso a parte tenha sido lesada por intermédio da ação judicial considerando que “Caso a parte interessada tenha sofrido dano (moral ou material) pela ação do juiz com sua intervenção no negócio jurídico processual, tem pretensão indenizatória contra a administração pública”[29].

O juiz não poderia impedir que as partes exerçam seu direito de autorregramento da vontade caso sejam preenchidos os requisitos legais, uma vez que “O art. 190 do CPC consagra a atipicidade da negociação

processual celebrada pelas partes. É possível a existência de negócios probatórios atípicos. Uma vez observados os pressupostos do art. 190 e sendo válido o negócio jurídico processual, o juiz fica a ele vinculado” [30](FIGUEIREDO, 2015, E-book).

Em que pese haver esse entendimento, o magistrado precisa, além de observar os requisitos que o CPC/2015 exige, analisar, por intermédio da proporcionalidade, razoabilidade, se a dignidade da pessoa humana está sendo resguardada. Até por que, a função do juiz é mais ampla do que somente analisar os requisitos do artigo 190, uma vez que conforme prevê o artigo 8º do CPC/2015 “Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a **dignidade da pessoa humana** e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência”[31](grifa-se).

Neste sentido, explica Henrique Lopes Dornelas que:

“Com a redação do artigo 8º do NCPD, não se diz mais - o juiz ao aplicar a lei, como na redação do artigo 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB): - na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”, e sim “aplicar o ordenamento jurídico”, visto que com o pós-positivismo é atribuído força normativa aos princípios jurídicos, adotando-se uma interpretação pautada na aplicação dos direitos fundamentais, sobretudo o da **dignidade da pessoa humana**”[32] (grifa-se).

Caso contrário, a própria razão de ser do instituto da impenhorabilidade estaria sendo violado, cujo o escopo é justamente evitar que um interesse patrimonial se sobreponha à dignidade de uma pessoa, conforme segue:

“(...) a impenhorabilidade de bens é a última das medidas no trajeto percorrido pela humanização da

execução. A garantia de que alguns bens jamais sejam objeto de expropriação judicial é a tentativa mais moderna do legislador de preservar a pessoa do devedor, colocando-se nesses casos sua dignidade humana em patamar superior à satisfação do direito do exequente”[33]

3.3. Negócio jurídico processual e a dignidade da pessoa humana

Além disso, em nosso ordenamento jurídico pátrio, a dignidade da pessoa humana é colocada em destaque, no patamar de fundamento da República Federativa do Brasil, conforme prevê o artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal[34]. E essa posição tem grande magnitude posto que enfatiza que “toda a atividade estatal deve estar direcionada ao bem coletivo”, ou seja, “o Estado deve servir as pessoas e não as pessoas servirem o Estado. Esta é a premissa fundamental de qualquer Estado Constitucional”[35]. No mesmo sentido afirma Comparato a respeito do assunto:

“(…) a dignidade da pessoa humana não consiste apenas no fato de ser ela, diferentemente das coisas, um ser considerado e tratado como um fim em si e nunca como um meio para a consecução de determinado resultado. Ela resulta também do fato de que, pela sua vontade racional, só a pessoa vive em condições de autonomia, isto é, como ser capaz de guiar-se pelas leis que ele próprio edita. Daí decorre, como assinalou o filósofo, que todo homem tem dignidade e não um preço, como as coisas”[36].

Neste diapasão, pelo que prega tal instituto, a “pessoa” é colocada como o objetivo final da atuação do Estado ou como afirma José Afonso da Silva, “a dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do ser humano, desde o direito à vida”[37].

Apesar da existência do exercício legítimo e constitucional do autorregramento da vontade, conforme defende Di Spirito, “a tutela dos direitos fundamentais também se faz imperativa nas relações privadas, não importando se a imposição abusiva venha de um particular ou do Poder Público”, que prossegue explicando que “(...) o negócio jurídico processual pode ser sindicado pela incidência direta dos direitos fundamentais”^[38].

Além disso, Di Spirito explica que, o negócio jurídico está submetido a diversos limites, dentre eles os limites específicos, gerais, implícitos e gerais expressos. Nos limites gerais expressos, que seriam aqueles, definidos pelo doutrinador, como “previstos em outros dispositivos ou diplomas” estaria manifesto o “**respeito à dignidade da pessoa humana** (arts. 1.º, III, 226, §7º, e 230 da CF/1988; e 8.º do CPC/2015)”^[39], que assim como os outros limites tem “o objetivo de impedir que o negócio jurídico processual seja utilizado de modo a desvirtuar a aplicação da lei pela jurisdição”^[40]

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se que o Negócio Jurídico Processual tem como propósito garantir uma flexibilidade no processo, dando maior poder de decisão para as partes, primando assim pela autonomia da vontade. Pelo fato de ser algo facultativo, só pode ser feito com a anuência expressa das partes. Por razão disso, a partir do momento em que as partes aderem ao negócio, passam a ser submetidas ao que foi estipulado, bem como vinculam também o juiz, que é obrigado a homologar caso verifique que os requisitos legais foram preenchidos. Inclusive quando disser respeito à impenhorabilidade do artigo 833 de acordo com o que foi defendido por diversos doutrinadores citados no transcrito deste trabalho e conforme firmado no enunciado 19 do FPPC.

Porém, se durante a análise judicial, não restar dúvida, no caso concreto, que a realização de um Negócio Jurídico Processual, que trate a respeito da impenhorabilidade, vai comprometer o mínimo existencial de uma das partes, o magistrado poderá, utilizando os critérios da proporcionalidade e razoabilidade, previsto no artigo 8º do NCPC, impedir

que o mesmo se realize, visando resguardar a dignidade da pessoa humana, princípio fundante da República Federativa do Brasil, conforme artigo 1º da CF.

5. REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**. O princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: . Acesso em 15 jan. 2017.

BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF. .Acesso em 29 abr. 2017.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. et al. **Curso de Direito Processual Civil: Execução**. 6. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2014.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. MACEDO DE, Lucas Buriel. PEIXOTO, Ravi. Freire, Alexandre. Execução. 2º ed. Bahia: Jus Podivm, 2016.

DI SPIRITO, Marcos Paulo Denucci. **Controle de Formação e Controle de Conteúdo do Negócio Jurídico Processual**. Revista de Direito Privado. Vol. 63, ano 2016.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso Didático de Direito Processual Civil**. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2016.

DORNELAS, Henrique Lopes. **Breve Panorama os Princípios Processuais do Novo Código de Processo Civil – NCP**. Revista do Curso de Direito Uniabeu. Vol. 06, n. 01, 2016.

FIGUEIREDO, Simone Diogo Carvalho. **Novo Código de Processo Civil anotado e comparado para concursos**. São Paulo: Saraiva, 2015.

FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. **Novo Código de Processo Civil para concursos**. 5º ed. Salvador: Jus Podivm, 2016.

HARTMANN, Rodolfo Kronemberg. **Os Negócios Processuais (Primeiras Impressões)**. Revista da Escola da Magistratura da Escola do Rio de Janeiro. Vol. 18, n. 70, 2015. pp. 26-41.

GARCIA, Edinês Maria Sormani; CARDOSO, Carla Roberta Fontes. **A proteção da pessoa portadora de deficiência e seu fundamento no princípio da dignidade humana**. p. 151-172. In: ARAUJO, Luiz Alberto David (Coord). *Direito da pessoa portadora de deficiência: uma tarefa a ser completada*. Baur: EDITE, 2003.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante o procedimento comum**, volume II / Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**. 16º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 8 ed. São Paulo: Jus Podivm, 2015.

NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Negócios Jurídicos Processuais**. Análise dos Provimentos Judiciais como Atos Negociais. 2011. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal da Bahia, p. 206. Disponível em: . Acesso em: 05 maio 2011.

PORTAL PROCESSUAL Direito Processual Civil. **Fórum permanente de processualistas civis.** Disponível em: <<http://portalprocessual.com/tag/fppc/>>. Acesso em 05 maio 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações.** In: SARLET, Ingo Wolfgang. TIMM, Luciano Benetti (Org.). Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

TARTUCE, Flávio. **O Novo CPC e o Direito Civil.** São Paulo: Método, 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC. Fundamentos e Sistematização.** Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 226.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil.** 47 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

NOTAS:

[1] Especialista. Docente na Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR, Campus Toledo, e no Centro Universitário da Fundação Assis Gurgacz. Advogado. E-mail: joseraphael@hbf.adv.br.

[2] THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC. Fundamentos e Sistematização.** Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 226.

[3] DONIZETTI, Elpídio. **Curso Didático de Direito Processual Civil.** 19 ed. São Paulo: Atlas, 2016.p. 1449.

[4] Ibid., p. 1149.

[5] MARINONI, Luiz Guilherme. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante o procedimento comum,** volume II / Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.p. 967.

[6] BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF. Acesso em 29 abr. 2017.

[7] DONIZETTI, Elpídio. **Curso Didático de Direito Processual Civil**. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2016.p. 1149.

[8] DIDIER JÚNIOR, Fredie. et al. **Curso de Direito Processual Civil: Execução**. 6. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2014.p. 57.

[9] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 8 ed. São Paulo: Jus Podivm, 2015.p.E-Book.

[10] Ibid., E-Book.

[11] MARINONI, Luiz Guilherme. **Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante o procedimento comum**, volume II / Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Daniel Mitidiero. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.p. 969.

[12] THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 47 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.p. 454.

[13] SARLET, Ingo Wolfgang. FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações**. In: SARLET, Ingo Wolfgang. TIMM, Luciano Benetti (Org.). Direitos fundamentais, orçamento e reserva do possível. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.p.22.

[14] BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**. O princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.p. 126.

[15] NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 8 ed. São Paulo: Jus Podivm, 2015.E-Book.

[16] Ibid., E-Book.

[17] NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa. **Negócios Jurídicos Processuais**. Análise dos Provimentos Judiciais como Atos Negociais. 2011.p. 206. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal da Bahia, p. 206. Disponível em: Acesso em: 05 maio 2011.

[18] NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**. 16º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.p.761.

[19] PORTAL PROCESSUAL Direito Processual Civil. **Fórum permanente de processualistas civis**. Disponível em: <<http://portalprocessual.com/tag/fppc/>>. Acesso em 05 maio 2017.

[20] DONIZETTI, Elpídio. **Curso Didático de Direito Processual Civil**. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2016.p. 420.

[21] DIDIER JÚNIOR, Fredie. MACEDO DE, Lucas Buriel. PEIXOTO, Ravi. Freire, Alexandre. **Execução**. 2º ed. Bahia: Jus Podivm, 2016. p.639.

[22] HARTMANN, Rodolfo Kronemberg. **Os Negócios Processuais (Primeiras Impressões)**. Revista da Escola da Magistratura da Escola do Rio de Janeiro. Vol. 18, n. 70, 2015. p. 29.

[23] STJ. Agravo regimental no RESP nº 813546/DF. Rel. Min. Fux (acórdão). DJ 04/06/2007.

[24] STJ, [REsp 1.461.301-MT](#), Rel. Min. João Otávio de Noronha, julgado em 5/3/2015, DJ 23/3/2015

[25] NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**. 16º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.p. 761.

[26] TARTUCE, Flávio. **O Novo CPC e o Direito Civil**. São Paulo: Método, 2015.E-Book.

[27] NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. op. cit., p. 763.

[28] BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF. .Acesso em 29 abr. 2017.

[29] NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. op. cit., p. 761.

[30] FIGUEIREDO, Simone Diogo Carvalho. **Novo Código de Processo Civil anotado e comparado para concursos**. São Paulo: Saraiva, 2015.E-Book.

[31] BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**, op. cit.

[32] DORNELAS, Henrique Lopes. **Breve Panorama os Princípios Processuais do Novo Código de Processo Civil – NCPC**. Revista do Curso de Direito Uniabeu. Vol. 06, n. 01, 2016. p.14.

[33] Assumpção Neves, op. cit. E-Book.

[34] BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: . Acesso em 15 jan. 2017.

[35] GARCIA, Edinês Maria Sormani; CARDOSO, Carla Roberta Fontes. **A proteção da pessoa portadora de deficiência e seu fundamento no princípio da dignidade humana**. p. 151-172. In: ARAUJO, Luiz Alberto David (Coord). *Direito da pessoa portadora de deficiência: uma tarefa a ser completada*. Baury: EDITE, 2003. p.156.

[36] COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999. p.20.

[37] SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.p. 109.

[38] DI SPIRITO, Marcos Paulo Denucci. **Controle de Formação e Controle de Conteúdo do Negócio Jurídico Processual**. Revista de Direito Privado. Vol. 63, ano 2016. p.167.

[39] DI SPIRITO, Marcos Paulo Denucci, op. cit., p. 132.

[40] Ibid., p. 131.

LINGUAGEM E DIREITO: O DUALISMO DA INTERPRETAÇÃO EM CONTRASTE AO PROTAGONISMO JUDICIAL

FELIPE TEIXEIRA DIAS: Acadêmico do curso de bacharelado em DIREITO. Faculdade Guanambi/CESG. Brasil.

RESUMO: O estudo em comento trata-se do dualismo linguístico existente nas mais variadas relações sociais, diante disso a ferramenta principal para efetivação de forma clara e objetiva destas relações é o Direito, assim, com base nos pressupostos teóricos e metodológicos dos estudos da Linguagem no Direito, em contraste com o protagonismo Judicial, discute-se no presente estudo, o papel da linguagem enquanto instrumento essencial para efetividade do Direito, com a finalidade de alcançar a pacificação para uma melhoria do desenvolvimento humano e social. Diante disso, o presente trabalho objetiva analisar o papel da linguagem ao longo de sua metamorfose e como a hermenêutica jurídica é essencial para consolidar a figura de um Estado atuante promotor de uma pacificação social justa e efetiva.

Palavras-Chave: Comunicação; Linguagem; Interpretação; Protagonismo Judicial.

ABSTRACT: The present study deals with the linguistic dualism existing in the most varied social relations. In this respect, the main tool for effecting a clear and objective form of these relations is the Law, thus, based on the theoretical and methodological assumptions of the studies of Language in Law, In contrast to Judicial protagonism, the present paper discusses the role of language as an essential instrument for the effectiveness of Law, with the aim of achieving pacification for an improvement of human and social development. Thus, the present work aims to analyze the role of language throughout its metamorphosis and how legal hermeneutics is essential to consolidate the figure of an acting state that promotes a just and effective social pacification.

Keyword: Communication; Language; Interpretation; Judicial Protagonism.

1. INTRODUÇÃO

A Figura da linguagem é a essência da humanidade, é por meio desta que é possível a concretude dos pensamentos (GADAMER, 2002). A atualidade é fundada nos reflexos da antiguidade, a figura do presente que retorna ao passado em busca de respostas e exemplificações diversas para uma melhoria do futuro comina para o desenvolvimento humano e social cuja meta é traçada por toda sociedade.

Dessa forma, é essencial a investigação permanente no que se refere à figura da linguagem, neste caso a linguagem jurídica, o dualismo linguístico que por um lado, é um dos principais componentes do Direito no que tange a resolução dos conflitos, e por outro também profere decisões equivocadas face ao sujeito que devera ser o protagonista da ação, neste sentido o estudo face à figura da linguagem como ferramenta hermenêutica do Direito torna-se destaque para estudos no qual o protagonista não é o sujeito ativo ou passivo de uma ação, mas o magistrado que irá utilizar deste mecanismo (TRINDADE, 2015).

2. ANÁLISE HISTÓRICA DA LINGUAGEM E SUA FUNÇÃO

Historicamente, a linguagem perpassou diversos períodos impregnada de criação e interpretação, da antiguidade para a atualidade a interpretação foi e continua sendo o principal alvo de estudos no vasto campo das ciências. O homem movido pela curiosidade busca incansavelmente encontrar respostas para perguntas que já existiam atreladas sua existência (GADAMER, 2002).

O surgimento da linguagem é tão antigo quanto à existência do homem, não podendo marcar um ponto certo na historia afirmando sua criação, Gadamer (2002) diz que a linguagem faz parte da natureza do homem, dessa forma é impossível estabelecer uma divisão entre homem e linguagem, uma vez que ao pensar já está criando-se linguagem ao mesmo tempo em que à linguagem o criou, desta forma cada vez mais as pessoas buscam dialogar-se tanto pelo viés de aprendizagem quanto por questões de interação e resolução pacifica de eventuais problemas, à medida que o fenômeno da linguagem evoluiu, a humanidade percebeu o poder que é capaz de ter, ou seja, a capacidade de criar por meio da expressão linguística (GADAMER, 2002).

Com o passar do tempo novas definições foram surgindo acerca da interpretação, conseqüentemente entendeu-se que para compreender é preciso conhecer, e então destacou-se que o elemento principal para tal seria a linguagem, o ser humano passou a ser considerado de acordo com Aristóteles como o animal racional ou seja, dotado de *logos* (GADAMER, 2002), com o tempo homem compreendeu que necessita conviver com os demais seres de sua espécie, e precisou abdicar do seu “estado natural” para que surgisse a figura de um “Estado” um ente criado por um grupo de homens para que pudesse administrar a utilização da força e a criação de “obrigações e direitos” (LOCKE, 1998) para tanto foi necessário criar o primeiro mecanismo de sobrevivência, ou seja, a linguagem, esta que seria a ferramenta primordial e essencial para condicionar a vida humana a uma segurança (GADAMER, 2002) na qual todos concordassem, isto é, abdicando do seu estado natural, (LOCKE, 1988).

Em tentativa de explicação aos demais seres humanos que compunha a sociedade antiga, os primeiros homens á possuírem um raciocínio que fugia da lógica comum, buscaram então compreender a historia de sua origem, mesclando o natural com o sobrenatural, criando assim a concepção daquilo que denominou-se religião que foi uma das primeiras instituições que buscava e segue na busca pela interpretação em seu campo específico, ou seja, do divino, para comprovar os fenômenos existentes no seio da vida humana. Segundo o Livro do Genesis, 11, 1-9, a terra inteira tinha uma só língua e usava as mesmas palavras, quando os homens decidiram construir uma torre que alcançasse o Céu. Porém, o Senhor, vendo o empreendimento, decidiu dispersá-los por toda a Terra, e eles pararam de construir a cidade que recebeu o nome de Babel, *Confusão* (GADAMER, 2002).

Coaduna-se com essas flexões Boehme (2005) quando aponta que a torre simboliza a confusão das "falsas religiões" que a humanidade teria construído para voltar ao céu, há que se observar que dentro deste contexto está explicito que a confusão é o centro de toda essa idealização. Por tanto quando se diz confusão é preciso resaltar que tal problema é decorrente da dualidade linguística daquilo que é dito.

Nesse sentido salienta-se que desde quando os homens começaram a desenvolver o método de comunicação, entre eles também acompanhavam os conflitos oriundos dessa dualidade comunicativa, até então o que hoje se tem por linguagem não tinha muita importância, o que sim efetivamente importava era comunicar-se. Duque (2006) aponta que, ora, qualquer diálogo só é possível quando há *logos*, isto é, quando há linguagem, e ainda acrescenta que sendo assim, mudar a linguagem é mudar a ideia e a respectiva compreensão – e vice-versa.

À medida em que o raciocínio humano evoluiu-se também a busca por compreender melhor a humanidade foi tido como referencial para a linguagem. A linguagem é primordial na comunicação, e é essa a metáfora contida no texto bíblico que retrata “Babel”, ao transmitir essa metáfora para a atualidade, ocorre a difícil compreensão, ora o dualismo existente na sociedade contemporânea ocorre em virtude da falta de linguagem, pois considera-se linguagem como sendo um sistema de regras ou convenções que apontam, como uma frase pode ser significativa e bem formada (MIGUENS, 2007).

3. A DUALIDADE NA UTILIZAÇÃO DA LINGUAGEM

Em toda matéria que compõe a sociedade ou mesmo a humanidade, intrinsecamente está à linguagem, é necessário contrastar a figura da linguagem como fonte de resolução principal e essencial dos conflitos tanto na esfera social quanto na jurídica, cuja necessidade de uma compreensão torna-se cada vez mais sedenta por novos métodos de interpretação e variadas análises face ao dualismo existente, sem essa ferramenta todo e qualquer projeto torna-se inacessível e por tanto inutilizável, o fenômeno da linguagem perpassou a história incrementada por novos conceitos, tornando-se dessa forma um campo de investigação “ciência da linguagem” e posteriormente, alvo de estudos em todos os campos das ciências (GADAMER, 2002)

Diante do dualismo linguístico, o entendimento torna-se desentendimento, a coerência resulta em incoerência, exemplo claro disso é a má utilização da linguagem que é causadora de diversos conflitos, nesse sentido, Boehme (2005), Silva (2002), Gaarder (1995) utilizam-se de um instrumento em comum para esclarecer esse “fenômeno retroativo”

com relação à má utilização da linguagem, significa dizer que, eles apontam a ideia do saber relacionada com o diálogo *logos* como centro de todas as atenções.

Outrora torna-se visível que na atualidade as informações circulam de forma acelerada sendo transmitidas de pessoa por pessoa pelo diálogo diário e cotidiano, entretanto há que se dizer e resaltar que “é por meio da linguagem que nos comunicamos, nos organizamos, mas, ao mesmo tempo, no uso das nossas linguagens, também produzimos mal-entendidos, difundimos informações equivocadas e introduzimos a desordem nas relações sociais” (VESPAZIANI, 2015, p.70).

4. A INTERPRETAÇÃO E O DUALISMO LINGUISTICO NO DIREITO

Para o Direito a interpretação é considerada a efetivação ou a instrumentalização da Hermenêutica enquanto ciência jurídica, e sua função é auxiliar o Direito em sua tarefa principal que é a de interpretar as normas, “buscando o melhor sentido para uma finalidade prática, criando condições para uma decisão possível, ou melhor, condições de aplicabilidade da norma com o mínimo de perturbação social” (DINIZ, 2010 p. 318).

Nesse sentido é válido destacar que a dimensão do interpretar é algo que dimensiona à abordagem da interpretação em uma compreensão inter/multidisciplinar, para uma melhor compreensão Diniz (2010) conceitua a interpretação conforme a lista que se segue, mostrando o vasto campo da interpretação em: a) interpretação; b) corretiva; c) declarativa, d) econômica; e) extensiva; f) gramatical; g) histórica; h) literal; i) lógica; j) objetiva; l) restritiva; m) sistemática; n) subjetiva; o) teleológica.

Diante disso, no campo do Direito enquanto ciência, percebe-se o destaque de pensadores em momentos históricos que tratavam de compreender a linguagem como forma de pacificar o ambiente social, de forma a transmitir aos demais o conhecimento adquirido sobre esta matéria (GADAMER, 2002) . As primeiras formas de organização para comunicação no sentido de que contrasta a atualidade foi a organização política, que por sua vez caracterizava-se pelo discurso político, é dizer, práticas de comunicação na *polis*, coaduna-se com essas reflexões a

indagação “o Estado como ordem política da Sociedade é conhecido desde a antiguidade aos nossos dias” (BONAVIDES, 2000, p. 287).

Gadamer (2002, p. 174) mostra que Aristóteles afirmava que foi dado justamente ao homem o *logos*, para que dessa forma fosse possível a comunicação pacífica na humanidade para que houvesse distinção entre o que seria útil e prejudicial ou o que seria justo e injusto, e com isso tornasse possível a convivência humana sem assassinatos e homicídios, na forma de uma vida social, de uma constituição política, ou seja, a busca pela verdadeira convivência pacífica almejada por grande parte dos homens e pela sociedade.

De acordo com Bobbio (2000) o homem começou a refletir sobre a paz partindo do estado de guerra, diferentemente da antiguidade, a paz moderna é o resultado almejado pelo Direito, pode-se dizer que é ético-político uma vez que utiliza-se da força, ou seja, da coerção estatal “assim, o Poder Judiciário assume a função de guardião das promessas (GARAPON, 1996, apud TRINDADE, 2015 p. 158) para fazer com que se cumpra aquilo de que se trata o próprio direito.

Isso ocorre não pelo Estado se preocupar com as pessoas de forma individual, mas porque é seu dever primordial garantir o que o “contrato social” seja cumprido, afim de não causar uma desordem Estatal (LOCKE, 1988), ao mesmo tempo em que garante uma organização prolongada, por outro lado também pode-se dizer que é uma exigência biológica (sobrevivência), visto que ao não cumprir o que determina a lei ou se opor ao Estado, os indivíduos correram riscos coercitivos, por tanto é necessariamente que o sujeito busque seguir o determinado pelo Estado para que se haja paz, afim de extinguir os conflitos sem que haja a todo instante intervenção do Estatal, sendo apenas necessário a consciência humana, ou seja uma conduta moral (KANT, 1993).

5. A DUALIDADE LINGUISTICA E O PROTAGONISMO JUDICIAL

A partir desses levantamentos, cabe destacar que a conduta humana é subjetiva e para isso o direito processual é por tanto o responsável, se acionado, para mover a paz, a mesma que foi proposta por Kant (1993), e que é defendida por muitos até a atualidade, com a

finalidade de que o paradigma de efetividade do direito se concretize, e que todos possam conviver em harmonia, por essa razão o direito é considerado como instrumento de pacificação social (SOUZA, 2012), Diante disso, Reale & Antiseri (1990), descrevem um dos raciocínios fundamentais feitos por Sócrates para provar essa tese é o seguinte: uma coisa é o instrumento que se utiliza, neste caso o (Direito) e a outra é o sujeito (Juiz) que utiliza o instrumento.

É necessário, pois, analisar duas questões: a) a linguagem do legislador e b) a linguagem para o aplicador, para Vespaziani (2015, p. 74) “A linguagem do legislador é abstrata, analítica e formal” devido às lacunas existentes na legislação, entretanto “o legislador deve satisfazer os interesses da maioria que venceu as eleições, dispondo axiomáticamente” e por outro lado “a linguagem do juiz é concreta, dialética e narrativa” e que “por sua vez, deve persuadir a parte sucumbente, argumentando as razões jurídicas que motivam a sua decisão” (VESPAZIANI, 2015 p. 74).

Pode-se inferir, com Vespaziani (2015, p. 69) que, “a relação entre linguagem e poder é uma relação ambígua”, tendo em vista que dentre as variadas ciências que a utilizam, “Observada sob a perspectiva do direito, ela parece focalizar-se no poder: o direito é a linguagem do poder” por essa razão, a linguagem de forma dualística torna-se senão um instrumento que o direito coloca a serviço do poder (VESPAZIANI, 2015 p. 69).

A partir dessas reflexões, levanta-se a seguinte indagação “por que após a luta pela democracia e pelos direitos fundamentais, [...] deve-se delegar ao juiz a apreciação do direito em conflito?” (STRECK, 2012b, p. 30 *Apud* LUZ SEGUNDO, 2017, p. 187). A existência do protagonismo judicial no qual a figura do sujeito é posta a um lado, “remete ao problema da democracia e dos limites do poder do Estado. Em uma frase: discricionariedades, arbitrariedades, positivismo jurídico: tudo estaria interligado” (STRECK, 2012b, p. 30 *Apud* LUZ SEGUNDO, 2017, p. 187).

Coaduna-se com essas reflexões o pensamento de Ferrajoli (2007) *apud* Trindade (2015 p. 159), quando expressa que “o Direito reduzia-se à lei, enquanto a democracia consistia na submissão à vontade

da maioria” –, o paradigma do Estado Constitucional submete o exame da validade das normas jurídicas aos juízes [...]”.

Nesse sentido é essencialmente necessária a utilização da hermenêutica na atualidade, destacando que o dever do juiz consiste, conforme o pensamento de “Dworkin, em interpretar a história jurídica que encontra e não inventar uma história melhor, como é proposto pelos adeptos do pragmatismo” (PEDRON, 2005 p. 74) diante disso, o magistrado não deve romper com o passado, somente porque a escolha entre os “vários sentidos que o texto legal apresenta não pode ser remetida à intenção de ninguém *in concreto*, mas sim deve ser feita à luz de uma teoria política e com base no melhor princípio ou política que possa justificar tal prática” (PEDRON, 2005 p. 74).

Finalmente dessa perspectiva é válido destacar a importância da interpretação judiciária tendo em vista que é dever o juiz fazer a justa aplicação do Direito, de modo a “remover as incompatibilidades e contradições internas e motivando as sentenças de modo que elas sejam aceitas como legítimas” (SILVA, 2016 p. 208). Em função disso o juiz, para a correta aplicação do Direito, deverá recorrer a vários elementos, “principalmente quando vier a se deparar com conflitos de difícil solução, [...] Interpretar o texto legislativo pressupõe vontade e raciocínio. Dar efetividade aos direitos é ir além da interpretação” (SILVA, 2016 p. 208 / 209).

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

À título de palavras finais, este estudo em questão tratou do Direito através da Linguagem, de forma a demonstrar a dualidade linguística existente no Direito e no protagonismo judicial, demonstrando que historicamente foi estabelecida como chave de interpretação dos problemas do Brasil. Diante disso, não há pretensão aqui em pautar um fim nas discussões acerca da presente temática, visto que é ampla e de abordagem interdisciplinar e deve ser tratada por variadas análises.

Diante do exposto, é importante ressaltar o papel crucial da Interpretação e da linguagem que deve ser desempenhado pelo Poder Judiciário para garantir o a justa efetividade do Direito e segurança aos cidadãos, com a aplicação dos recursos necessários, tendo por finalidade,

por exemplo, compatibilizar o aspecto teórico (legislação) com o real (caso concreto) por meio da interpretação (Hermenêutica Jurídica).

REFERÊNCIAS

A Alegoria da caverna: **A Republica**, 514a-517 com tradução de Lucy Magalhães.

In: MARCONDES, Danilo. **Textos Básicos de Filosofia: dos Pré-socráticos a Wittgenstein**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2000.

BOBBIO, Norberto. **Igualdade e liberdade**. Ediouro, 1996.

BOBBIO, Norberto. **Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos**. Campus, 2000.

BOEHME, Jacob. As quarenta questões sobre a alma. **São Paulo: Polar Editorial**, 2005.

CONSTANT, Benjamin. Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos. **Filosofia política**, v. 2, p. 9-25, 1985.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico universitário**. Saraiva, 2010.

DUQUE, João. O conflito das linguagens. **Theologica**, v. 42, p. 39-52, 2006.

GADAMER, Hans-Georg. Homem e linguagem. **Verdade e método II: complementos e índice**, v. 2, p. 173-182, 2000.

GAARDER, Jostein. - "**O Mundo de Sofia**", Companhia das Letras, São Paulo, 1995.

KANT, Immanuel; ROHDEN, Valério; MARQUES, António. **Crítica da faculdade do juízo**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993.

LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. São Paulo São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MIGUENS, Sofia. **Filosofia da linguagem: uma introdução**. Universidade do Porto, 2007.

PEDRON, Flávio Quinaud. Comentários sobre as interpretações de Alexy e Dworkin. **Revista CEJ**, v. 9, n. 30, p. 70-80, 2005.

REALE, Giovanni & ANTISERLI, Dario. - "**História da Filosofia**", Vol. I, Ed. Paulus, São Paulo, 1990.

SEGUNDO, Elpídio Paiva Luz. Machado de Assis eo imaginário jurídico moderno no Brasil: contribuições para o desvelamento epistemológico do positivismo jurídico. **Anamorphosis: Revista Internacional de Direito e Literatura**, v. 3, n. 1, p. 171-195, 2017.

SILVA, Carolina Machado Cyrillo da. RACIONALIDADE JURÍDICA E DIREITO: UM PRESSUPOSTO PARA ESTUDAR O PROCESSO CIVIL CONTEMPORÂNEO SOB A ÉGIDE DO FORMALISMO-VALORATIVO. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. 6, n. 6, 2016.

SOUZA FILHO, Luiz Fernando Ferreira de. Pacificação/administração de conflitos sociais e a realização da justiça. **Revista EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 15, n. 59, p. 24-35, 2012. Disponível em: acessado em: 14 abr. 2017.

"Sócrates" - **Coleção Os Pensadores**, Editora Abril, São Paulo, 1987.

SILVA, Daniel Ribeiro da. **Adorno e a Indústria Cultural**. Urutágua. Maringá, Ano I, n. 04, maio. 2002. Disponível em: http://www.urutagua.uem.br//04fil_silva.htm, Acesso em: 14. abril.2017.

TRINDADE, André Karam; ROSENFELD, Luis. RÉQUIEM PARA IVAN ILITCH: O PROBLEMA DA INTERPRETAÇÃO DO DIREITO NA LITERATURA DE TOLSTÓI. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, v. 60, n. 2, p. 157-176, 2015.

VESPAZIANI, Alberto. O poder da linguagem e as narrativas processuais. **ANAMORPHOSIS-Revista Internacional de Direito e Literatura**, v. 1, n. 1, p. 69-84, 2015.

A TEORIA DOS CAPÍTULOS DE SENTENÇA NO NOVO CPC: ALGUMAS REFLEXÕES SOBRE A TEMÁTICA

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

RESUMO: Partindo das construções doutrinárias acerca da teoria dos capítulos de sentença, este estudo se propõe a identificar as diversas previsões do Novo Código de Processo Civil que corroboram os fundamentos da técnica de cisão ideológica da decisão judicial. Além das repercussões geradas pela novidade do julgamento antecipado parcial do mérito na teoria da decisão judicial, são também apontadas as inovações do Novo Código no campo da teoria das nulidades, na dinâmica de distribuição dos encargos sucumbenciais e na seara executiva.

Palavras-chave: Teoria dos Capítulos de Sentença. Novo Código de Processo Civil. Decisão Judicial.

ABSTRACT : Starting from the doctrinal constructions on the theory of sentence chapters, this study proposes to identify the various provisions of the New Code of Civil Procedure that corroborate the fundamentals of the technique of ideological splitting of the judicial decision. In addition to the repercussions generated by the novelty of the early partial judgment of merit in the judicial decision theory, the innovations of the Novel Code in the field of the theory of nullities, in the dynamics of the distribution of sucumbencial charges and in the executive branch are also pointed out.

Keywords: Theory of Sentence Chapters. New Code of Civil Procedure. Judicial decision.

Sumário: 1 Introdução; 2 A Teoria dos Capítulos de Sentença; 3 Análise das Principais Repercussões da Teoria dos Capítulos de Sentença à luz do CPC/2015; 3.1 Teoria da Decisão Judicial; 3.2 Teoria das Nulidades Processuais; 3.3 Fixação dos Encargos Sucumbenciais; 3.4 Executividade Parcial das Decisões; 4 Considerações Finais

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho aborda a teoria dos capítulos de sentença, que sob a égide do Código de Processo Civil de 1973 não encontrava no direito positivo referenciais muito significativos para sua afirmação científica. Todavia, com o advento do Novo Diploma Processual Civil (Lei n. 13.105/2015), construções doutrinárias sobre o tema, há muito propaladas por alguns processualistas brasileiros, inspirados nas tradicionais lições italianas, acabaram sendo incorporadas no sistema normativo.

A premissa fundamental da teoria dos capítulos de sentença consiste no reconhecimento de que, embora formalmente una, a decisão judicial pode abrigar diversos fragmentos decisórios quando analisada sob o aspecto material. Este é o ponto de partida de todas as reflexões acerca da teoria, descrita basicamente como uma técnica de decomposição ideológica da decisão judicial. O Código de Processo Civil de 2015 não inaugurou a teoria *sub examine*. Muito antes do Novo Codex, a decomposição ideológica da decisão judicial já era vista como solução para alguns problemas práticos pelos juízes e tribunais, especialmente em questões envolvendo a devolutividade recursal e a executividade parcial das decisões. Entretanto, conforme será analisado, o grande mérito do Novo Diploma Legal foi positivar as elementares da teoria dos capítulos de sentença, algo inédito nos domínios da processualística brasileira.

Destaca-se, nessa toada, que a teoria dos capítulos de sentença não se trata de algo recente entre os processualistas pátrios, sendo certo que já há algum tempo juristas nacionais têm se debruçado sobre tal linha de estudo. A questão que ora se coloca sob análise, contudo, concerne à cristalina e irretorquível consagração da teoria levada a efeito pelo

Novo *Codex*. Justamente por essa ótica é que se torna imprescindível a análise, a partir do CPC/2015, das principais repercussões do fracionamento ideológico da decisão judicial, ponto em que merecem destaque os novos rumos dados à teoria da decisão judicial, especialmente em razão da novidade do julgamento antecipado parcial do mérito, e as implicações na teoria das nulidades processuais, na dinâmica de fixação dos encargos sucumbenciais e na executividade parcial das decisões.

Impende, desde logo, destacar que a importância da teoria em foco não se restringe à cena acadêmica, haja vista ser cada vez mais crescente a preocupação de se otimizar a tramitação do processo judicial – *v. g.* EC n. 45/2004 que inseriu o inciso LXXXVIII no Art. 5º da CR/88. O que a teoria propõe é, indene de dúvidas, a operabilidade como caminho para se atingir eficiência na gestão do instrumental da jurisdição, e, nesse ponto, vai ao encontro de axiomas relevantíssimos à estruturação do ordenamento jurídico brasileiro^[1].

Dessa forma, este estudo se propõe a traçar os fundamentos da teoria dos capítulos de sentença para, em seguida, demonstrar sua adoção pelo Novo Código de Processo Civil através da análise das principais repercussões que a teoria gera nos institutos do direito processual. O tema foi desenvolvido a partir da análise da produção doutrinária, sendo que, em relação a algumas questões, também se recorreu à observação do comportamento dos tribunais superiores.

2 A TEORIA DOS CAPÍTULOS DE SENTENÇA

A gênese da teoria dos capítulos de sentença remete à doutrina italiana, merecendo destaque entre os juristas peninsulares que se dedicaram com mais intensidade ao estudo do tema: Giuseppe Chiovenda, Piero Calamandrei, Enrico Tulio Liebman e Francesco Carnelutti (DINAMARCO, 2002).

Chiovenda, pioneiro na abordagem da teoria, entendia haver uma correspondência entre os capítulos de sentença e os capítulos da demanda, de modo que seria censurável entender que uma sentença tem muitos capítulos tão somente pelo fato de existirem muitas partes sob o

ponto de vista lógico, isto é, muitas questões resolvidas (CHIOVENDA, 1923 *apud* CÂMARA, 2009). Nesse quadrante, Dinamarco (2002), sintetizando a visão de Chiovenda, esclarece que esse autor defendia uma vertente restritiva da teoria, já que atribuía a rubrica capítulos de sentença apenas às unidades do decisório que encerrassem efetivo julgamento de mérito. Nesse diapasão, esses capítulos deveriam ser autônomos, passíveis de ser objeto de demandas próprias, e independentes, não dependerem de outras partes da decisão.

Piero Calamandrei, por sua vez, demonstrava ser partidário da proposta de Chiovenda, de vez que entendia por capítulo de sentença a manifestação de uma singular vontade concreta da lei, traduzida em verdadeiro ato jurisdicional completo, suscetível de constituir, sozinho, apartado de outros capítulos, o conteúdo de uma sentença (CALAMANDREI, 1979 *apud* CÂMARA, 2009). Sem abandonar a corrente *chiovendiana*, que alocava os capítulos de sentença na parte decisória, Liebman, citado por Câmara (2009), traçou um posicionamento que ampliava sobremaneira o conceito de capítulo de sentença. Também as questões preliminares ao julgamento do mérito passaram a ser tomadas como integrantes da categoria em questão.

Sobre essa construção de Liebman, Dinamarco (2002) sinaliza para a concepção de uma autonomia relativa no que se refere aos capítulos de sentença, em nítido contraste à autonomia estanque defendida por Chiovenda. A título de exemplo, numa sentença em que o magistrado vence a fase inicial de admissibilidade e passa ao julgamento pela improcedência ou procedência, haveria dois capítulos: o primeiro contendo a apreciação da admissibilidade e o segundo, a análise do mérito.

Outro jurista que encetou reflexões sobre a teoria em foco foi Carnelutti. Em clarividente oposição às construções *chiovendianas*, esse autor propôs uma verdadeira reestruturação dos capítulos de sentença ao defender que, diferentemente do posicionamento até então corrente, esses capítulos não estariam alocados no julgamento da lide, mas na solução das questões. Noutras palavras, os capítulos de sentença estariam na motivação da decisão (CARNELUTTI, 1952 *apud* DINAMARCO, 2002).

Outra temática que desafiou esses juristas concerne à composição dos capítulos de sentença no caso de pedidos de quantidade decomponíveis em unidades, sendo relevante destacar, em apertada síntese, que enquanto Chiovenda pregava que o valor do bem da vida em litígio podia originar tantos capítulos quantos fossem as variações numéricas suscitadas pelos fatos (CHIOVENDA, 1923 *apud* MARQUES, 1999), outro posicionamento, oxigenado por Carnelutti, mas também compatível com a visão de Liebman, sustentava que quando o juiz, por exemplo, acolhe parcialmente o pedido e condena o réu a pagar metade do valor pleiteado pelo autor, ele terá resolvido duas questões, em uma delas dando razão ao autor e em outra decidindo em favoravelmente ao réu (CARNELUTTI, 1952 *apud* CÂMARA, 2009).

Esgotadas essas considerações iniciais de caráter eminentemente histórico sobre as raízes italianas da teoria, doravante passa-se a uma análise mais restrita à cena nacional. Com efeito, no Brasil, dois doutrinadores que se destacam no trato do tema são José Carlos Barbosa Moreira (2006) e Cândido Rangel Dinamarco (2002). Este último, inclusive, chegou a dedicar uma obra específica à abordagem da teoria dos capítulos da decisão judicial. Nessa obra, Dinamarco conceitua capítulo de sentença como:

[...] uma unidade elementar autônoma, no sentido de que cada um deles expressa uma deliberação específica; cada uma dessas deliberações é distinta das contidas nos demais capítulos e resulta da verificação de pressupostos próprios, que não se confundem com os pressupostos das outras (DINAMARCO, 2002, p. 34).

Cândido Rangel Dinamarco (2002) ainda ensina que os capítulos de sentença devem ser conceituados como os fragmentos em que ideologicamente se decompõe o decisório de uma decisão judicial, cada um deles abrigando o julgamento de uma pretensão distinta. Nessa trilha, em que pese a decisão judicial, em regra, seja tomada como uma sob o aspecto meramente formal, em várias situações se verifica a possibilidade de se proceder à sua cisão ideológica. Desse fracionamento surgem os

chamados *capítulos de sentença*, entendidos, para além das divergências doutrinárias, como toda unidade autônoma alocada na parte dispositiva de uma decisão judicial (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2009).

Por sua vez, Babosa Moreira (2006) chama a atenção para a figura das chamadas *sentenças objetivamente complexas*, descrevendo-as como aquelas cujo dispositivo abriga mais de uma decisão ou, em outras palavras, aquelas que se compõem de mais de um capítulo. Nesse *iter*, as decisões alocadas na parte dispositiva do ato judicial correspondem, portanto, aos capítulos de sentença, segundo o autor retrocitado. Demais disso, para Barbosa Moreira (2006), a pluralidade de capítulos numa decisão pode se dar por duas principais razões: a primeira, quando o juiz resolver mais de um fato com análise de mérito, apreciando vários pedidos do autor e/ou do próprio réu no caso de pretensões veiculadas em sede de reconvenção; a segunda, quando o bem da vida em discussão for passível de cisão quantitativa e o juiz, ao decidir, entender pela parcial procedência (sucumbência recíproca) – nessa situação, a decisão poderá ser fragmentada em pelo menos dois capítulos: o primeiro contendo decisão favorável ao autor e o segundo, decidindo favoravelmente ao réu.

Um ponto de divergência entre o posicionamento de Barbosa Moreira e as concepções defendidas por Dinamarco reside no fato de que este, por ter adotado a teoria de Liebman sobre o *capi de sentença*, entende que a análise da admissibilidade do julgamento de mérito também tem a aptidão para dar origem a capítulos de sentença. Não apenas as decisões sobre o mérito possuiriam tal prerrogativa (SÁ, 2015). Uma vez revelada a noção básica acerca dos capítulos da decisão judicial, questão de acentuada relevância é entender como se dá o relacionamento entre esses capítulos. Com efeito, justamente visando à decifração dessa interação entre os capítulos de uma decisão judicial é que a doutrina criou várias classificações, categorizando esses capítulos, ressalta-se.

A primeira preocupação da doutrina, no que concerne a essa missão de organização taxonômica, consiste na demarcação da natureza jurídica que os capítulos podem apresentar. Visando a esse objetivo, são as palavras de Didier Júnior, Braga e Oliveira, com inspiração na obra de Dinamarco:

Essa unidade autônoma tanto pode encerrar uma decisão sobre a pretensão ao julgamento de mérito (capítulos puramente processuais), como uma decisão sobre o próprio mérito (capítulos de mérito). Ou seja: *i) capítulos puramente processuais* são aqueles que se pronunciam explicitamente sobre a possibilidade de examinar o mérito, isto é, tratam da presença ou ausência dos requisitos de admissibilidade do julgamento de mérito; *ii) capítulos de mérito* são aqueles que se pronunciam sobre o próprio objeto litigioso do procedimento. (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2009, p. 305) (grifos constantes do original)

Com espeque nessa distinção, que considera o objeto de cognição, é que as decisões podem ainda ser classificadas em *homogêneas* e *heterogêneas*. As primeiras assim denominadas por versarem sobre o mesmo objeto de cognição, e estas caracterizadas pela apreciação de matéria preliminar ao julgamento de mérito e também de matéria de mérito, ou seja, pluralidade de objetos de cognição (SÁ, 2015). Exemplificativamente: no primeiro caso, o rótulo de decisão homogênea seria aplicável tanto na hipótese de existirem dois capítulos de mérito, quando na de dois capítulos processuais, o que importa é a natureza da matéria sob conhecimento; já no segundo, um exemplo seria a hipótese de o juiz afastar um vício processual e, em seguida, julgar o mérito, caso em que decidiria dois capítulos diferentes na mesma sentença. Sobre essa segmentação das decisões, quanto ao conteúdo analisado pelo magistrado, Neves faz as seguintes observações:

Nem sempre existirá o capítulo referente aos pressupostos de admissibilidade do julgamento do mérito – condições da ação e pressupostos processuais – porque é possível que numa demanda a ausência de qualquer vício procedimental dispense a formação de tal capítulo. Por outro lado, também é possível que a decisão tenha somente esse capítulo e

aquele referente ao custo financeiro do processo, quando ocorre extinção do processo sem resolução do mérito com a condenação do autor ao pagamento das verbas de sucumbência (*sentença homogênea*). Sendo superadas as matérias processuais – ainda que exista mais de uma haverá somente um capítulo – se passa ao julgamento do mérito, que constitui outro capítulo da decisão (*sentença heterogênea*). (NEVES, 2016, p. 775) (grifos do original)

Ademais, no que se refere às *sentenças complexas*, acima mencionadas, cumpre ressaltar que nesses casos o objeto de cognição pode ser apenas um – a exemplo: pedido relativo a coisas suscetíveis de quantificação (contagem, medição, pesagem, etc). Todavia, isso não conduz, necessariamente, à conclusão de que a decisão será *puramente homogênea*, dado que se o pedido for parcialmente acolhido, haverá, consoante já visto, dois capítulos de mérito: um relativo à parcela deferida e outro à parcela rejeitada. Além de *homogênea*, essa sentença será também *objetivamente complexa* (MOREIRA, 2006). Outra preocupação da doutrina consiste em identificar o grau de interação entre os capítulos de uma decisão. Sobre tal questão, Câmara defende a seguinte classificação:

[...] são capítulos independentes aqueles que proferem decisões que não dependem de nenhum outro pronunciamento, contido na mesma ou em outra sentença, para subsistir, enquanto dependentes são aqueles capítulos cuja existência está condicionada a outra decisão. Assim, por exemplo, a decisão que, por falta de pressuposto processual, extingue o módulo processual em que proferida sem resolução de mérito é um capítulo independente da sentença (que, normalmente, conterà mais de um capítulo, sobre a obrigação de pagar pelo custo do processo). Do mesmo modo, são independentes os capítulos que julgam pedidos cumulados quando se trata de

cumulação simples de demandas. De outro lado, é dependente o capítulo que julga o segundo pedido formulado em uma cumulação sucessiva de demandas (já que este só pode ser apreciado se o segundo tiver sido acolhido). (CÂMARA, 2009, p. 436).

Essa classificação não se confunde a noção de autonomia, de vez que para se reputar, tecnicamente, uma parte do decisório como capítulo de decisão é imprescindível a presença de autonomia. Ou seja, antes mesmo de avaliar se um capítulo é dependente ou independente, é necessário aferir se essa parte do decisório de fato é um capítulo, isto é, se está presente a autonomia (DINAMARCO, 2002). Cumpre, nesse passo, destacar que a autonomia dos capítulos é tema extensamente tratado por Dinamarco (2002). Mais acima, inclusive, já se mencionou a tendência desse doutrinador em adotar os ensinamentos de Liebman sobre essa temática. Em estreita síntese, para Dinamarco (2002), não se pode ababelar as ideias de dependência/independência com a noção de autonomia, isso porque todos os capítulos são necessariamente autônomos, podendo haver variação apenas no que tange à sua dependência ou independência conforme, respectivamente, haja ou não relação de prejudicialidade.

Analisando mais a fundo, a aferição de autonomia nas diversas partes que um decisório pode ser levada a efeito por meio de dois parâmetros fundamentais: o da possibilidade de a fração decisória ser objeto de um processo apartado e o da disciplina por pressupostos próprios, diferentes dos que regem as outras partes da decisão. Fixadas essas premissas, a conclusão primeira é a de que os capítulos devem apresentar autonomia em razão de pelo menos um desses parâmetros, do contrário, sequer devem ser rotulados como tal (DINAMARCO, 2002).

Pois bem. Conforme é cediço, a exigência de interesse de agir impede que seja instaurado um processo com a simples finalidade de se pronunciar a ausência de um pressuposto processual ou mesmo de uma condição da ação. Daí porque não se concebe que capítulos meramente processuais sejam autônomos a partir do parâmetro centrado na

possibilidade de a fração decisória ser versada em processo separado. Possuem, assim, autonomia relativa, ou seja, apenas em relação ao segundo parâmetro. Lado outro, as frações decisórias que tratam do mérito processual podem ser reputados como capítulos de decisão e, portanto, possuidoras de autonomia, com espeque em qualquer desses parâmetros, seja pelo fato de poder ser objeto de um processo à parte, seja pela existência de pressupostos próprios (DINAMARCO, 2002). Neste compasso, partindo-se do pressuposto de que dos parâmetros acima citados o segundo é o mais abrangente, visto permitir a aferição da autonomia dos capítulos processuais e também dos de mérito, ele é o mais adequado para explicar o fenômeno da autonomia. Sem embargo, os ensinamentos de Câmara (2009) ratificam essa exegese:

Neste plano, a autonomia dos diversos capítulos da sentença revela apenas uma *distinção funcional entre eles*, sem que necessariamente todos sejam portadores de aptidão a constituir objeto de julgamentos separados, em processos distintos e mediante mais de uma sentença: a autonomia *absoluta* só se dá entre os capítulos de mérito, não porém em relação ao que contém julgamento da pretensão ao julgamento deste (capítulo que aprecia preliminares) (CÂMARA, 2009, p. 434) (grifos constantes do original)

Portanto, autonomia e independência são realidades que não se confundem. Embora todo capítulo de decisão seja necessariamente autônomo, nem todos são independentes. Se há influência de um no julgamento do outro, são dependentes; se não há, independentes. O foco da análise deve ser a relação de prejudicialidade (DINAMARCO, 2002).

Exemplificativamente, tratando-se de cumulação sucessiva, o indeferimento do pedido principal é fatalmente prejudicial ao pedido sucessivo, pelo que, são dependentes os capítulos; no caso de cumulação simples, porque ausente qualquer traço de prejudicialidade, os capítulos são claramente independentes; por fim, a fração decisória que aprecia a admissibilidade do julgamento de mérito, se concluir pela ausência dos

pressupostos processuais ou das condições da ação, impede a análise do mérito, ou seja, há nesse caso uma relação de subordinação marcada pela existência de capítulos condicionantes e capítulos subordinados (DINAMARCO, 2002). Sá, ainda, registra outra classificação, centrada no caráter principal ou acessório de um capítulo de decisão:

Existem capítulos que sobrevivem por si e em si, não necessitando de outros para a produção de seus regulares efeitos. São os **capítulos principais**. Contudo, existem determinados capítulos em que sua existência depende do capítulo principal. Os honorários e a correção monetária são subordinados à existência de outro capítulo. São denominados **capítulos subordinados ou acessórios**. (SÁ, 2015, p. 483) (grifos constantes do original)

Depois de enfrentadas as necessárias digressões sobre a natureza dos capítulos e os respectivos graus de interação entre eles, cumpre trazer à baila as conclusões de Dinamarco acerca da forma básica de se proceder à cisão ideológica de uma decisão judicial:

[...] a divisão pode ser realizada da seguinte forma: a) capítulo referente aos pressupostos processuais de admissibilidade do julgamento de mérito; b) diferentes capítulos decidindo no mérito diferentes pedidos; c) nos pedidos decomponíveis a existência de dois capítulos quando do julgamento de parcial procedência; d) capítulo referente ao custo financeiro do processo. (DINAMARCO, 2001, p. 663 *apud* NEVES, 2016, p. 775)

Por fim, ainda há na doutrina argumentos que defendem a *cisão jurídica* do dispositivo de uma decisão. As teses nessa direção se arvoram na defesa de que o provimento jurisdicional veiculado numa ação é perfeitamente passível de decomposição, especialmente à vista da tradicional noção de objeto *imediato* (correspondente à providência

jurisdicional que se pretende obter: declaração, condenação, expedição de ordem, etc) e objeto *mediato*, referente ao próprio bem da vida em litígio[2].

Dinamarco (2002) ainda esclarece a possibilidade de *cisão jurídica* nos casos em que o juiz decide pedidos suscetíveis de contagem, medição ou qualquer outra forma de quantificação. Nesse caso, a decisão reconhece a existência do direito do autor (*an debeatur*) e, em seguida, fixa os limites desse direito (*quantum debeatur*). Dois capítulos, portanto. Não descartando a existência de outras classificações e categorizações acerca da teoria dos capítulos de sentença, reputa-se, neste *iter*, minimamente esposados os seus fundamentos elementares da teoria em foco, os quais servirão de premissas ao desenvolvimento da seção seguinte.

3 ANÁLISE DAS PRINCIPAIS REPERCUSSÕES DA TEORIA DOS CAPÍTULOS DE SENTENÇA À LUZ DO CPC/2015

Com a entrada em vigor da Lei n. 13.105/2015, instituidora do Novo Código de Processo Civil, a teoria dos capítulos de sentença, conforme já salientado alhures, passou a encontrar no direito positivo fundamentos bastantes à sua afirmação científica[3]. Nessa toada, os tópicos seguintes buscarão justamente demonstrar, de modo não exaustivo, os principais avanços levados a efeito pelo Novo *Codex* no tocante à teoria ora colocada sob análise.

Com efeito, sem prejuízo das demais inovações trazidas pelo CPC/2015 no tocante à teoria dos capítulos de sentença, a presente abordagem se limitará à análise das repercussões geradas nos seguintes campos: teoria da decisão judicial, dispensando-se especial destaque ao novel instituto do julgamento antecipado parcial do mérito; teoria das nulidades processuais; fixação dos encargos sucumbenciais; e executividade parcial das decisões.

3.1 Teoria da Decisão Judicial

É importante ter em mente que quando se faz menção à chamada teoria da decisão judicial, essencialmente, a referência diz respeito àqueles delineamentos traçados pelo Código de Processo Civil e, às vezes, até

mesmo pela Constituição da República (v. g. Art. 93, IX – exigência de fundamentação das decisões). Sobre essas premissas normativas é que a doutrina estabelece os elementos de uma teoria básica que orienta a atividade jurisdicional sobre o arcabouço técnico-jurídico em que os pronunciamentos judiciais com carga decisória necessitam estar lastreados (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2009). Despiciendo o enfrentamento de divagações sobre outros pronunciamentos judiciais despidos de caráter decisório – v. g. *despachos e atos de mero expediente* -, importa colacionar uma breve noção do que vem a ser, genericamente, uma decisão judicial. Nesse particular, vale conferir as lições de Watanabe sobre a temática da cognição:

A cognição é prevalentemente um ato de inteligência, consistente em considerar, analisar e valorar as alegações e as provas produzidas pelas partes, vale dizer, as questões de fato e as de direito que são deduzidas no processo e cujo resultado é o alicerce, o fundamento do *judicium*, do julgamento do objeto litigioso do processo. (WATANABE, 2005, p. 67) (grifos constantes do original)

Esse *ato de inteligência* a que se refere o autor retrocitado constitui, na essência, o espírito de todo e qualquer pronunciamento judicial com carga decisória. Portanto, tem-se, assim, dimensionada uma noção perfeitamente aplicável às sentenças e às decisões interlocutórias, em primeiro grau de jurisdição, e aos acórdãos e às decisões monocráticas, em segundo. Mais restritamente ao tema objeto do presente trabalho, destaca-se que, ao abordar a técnica de fracionamento ideológico das decisões judiciais nos domínios da teoria da decisão judicial, Câmara registra as seguintes considerações:

Ponto que merece ser estudado quando se desenvolve a teoria da sentença é o dos assim chamados capítulos de sentença. Diga-se, porém, e desde logo, que o termo sentença vai aqui empregado em sentido bastante amplo, pois pode haver capítulos de qualquer provimento jurisdicional

(como uma decisão interlocutória ou um acórdão). Trata-se de um dos temas mais sofisticados e complexos de toda a ciência processual, com grande importância teórica e prática.

Embora o tema guarde grande conexão com o estudo dos recursos, é na teoria da sentença que o mesmo deve ser examinado (até por produzir reflexos também em outras partes da ciência processual, como a coisa julgada). (CÂMARA, 2009, p. 432)

Não olvidando outras implicações, na seara da teoria da decisão judicial, as repercussões da teoria dos capítulos de sentença envolvem a própria estrutura lógica do decisório. Bem por isso, merecem destaque as diferentes posturas a serem adotadas pelo magistrado a depender dos aspectos objetivos da demanda. Relativamente a esse ponto, Assis chama a atenção para a complexidade que paira sobre o chamado *processo cumulativo*:

O processo cumulativo necessita de disciplina própria, conforme a respectiva espécie, e apresenta inúmeras dificuldades no que tange à técnica do julgamento do mérito, a distribuição das despesas do processo, e o efeito devolutivo da apelação. Por exemplo, formulando o autor dois pedidos, um em caráter principal, o outro subsidiário, ensejando que o juiz somente examine este na hipótese de rejeição daquele, na chamada cumulação eventual (*omissis*), a teor do art. 326, caput, do NCPC, surgirá ao menos dois problemas no caso de o juiz efetivamente rejeitar o pedido antecedente e acolher o pedido subsequente, a saber: (a) a existência de decaimento parcial do autor, com o fito de atribuir-lhe, em parte, os ônus da sucumbência; (b) a possibilidade de o autor recorrer, postulando o acolhimento do pedido principal, e, faltando essa

iniciativa, a do órgão *ad quem* apreciar o pedido rejeitado, no caso de prover a apelação do réu quanto ao pedido secundário. Por outro lado, acolhido o pedido principal, há outra questão: a possibilidade de o órgão *ad quem*, provendo a apelação do réu quanto a esse pedido, estimar devolvido o conhecimento do segundo pedido, e passar a julgá-lo diretamente, havendo sido produzidas provas suficientes para tal juízo. (ASSIS, 2015, p. 537) (grifos constantes do original)

Neste quadrante, deflui-se que teoria dos capítulos de sentença exerce indiscutível influência na condução, pelo juiz, do processo de estruturação da decisão. Esta exegese, inclusive, encontra amparo nos ensinamentos de Câmara:

A sentença será, sempre, formalmente una, ainda que nela sejam proferidas diversas decisões. Haverá, então, uma sentença *em capítulos*.

(omissis)

Pense-se, então, em uma sentença que julga procedente o (único) pedido formulado pelo autor e, além disso, condena o réu a arcar com as despesas processuais e honorários advocatícios. Parece óbvio que esta sentença tem dois capítulos: um principal, de mérito; outro acessório, sobre o custo econômico do processo. Pode, ainda, haver outros capítulos. Caso o juízo, na sentença, aprecie questões preliminares, cada decisão que a respeito delas se profira será um capítulo de sentença. Assim, por exemplo, se o juízo, na sentença, declarou ter o demandante preenchido todas as “condições da ação” e, além disso, acolheu seu (único) pedido e condenou o réu a arcar com o custo do processo, terá

proferido sentença com três capítulos. (CÂMARA, 2009, p. 434-435)

Relativamente ao tema *sub examine*, o NCPC propiciou significativa evolução no tocante à teoria dos capítulos de sentença, e esse raciocínio fica nitidamente cristalizado com a análise dos ensinamentos de Marinoni e Arenhart, ainda sob a égide do CPC/73, sobre a superação do denominado *princípio da unidade ou unicidade do julgamento* após a inserção, no *Código Buzaid*, do instituto da *tutela antecipada desvinculada de alegação de perigo* (§6º do Art. 273, CPC/73):

O CPC, em sua primeira estrutura, não permitia o fracionamento do julgamento do pedido ou de um dos pedidos cumulados. É que a sua originária feição é marcada pelo princípio da unidade ou unicidade do julgamento. Esse princípio quer expressar que o mérito não deve ser resolvido pelo juiz em partes, pois seria mais adequado considerar *toda a sua extensão* quando do julgamento. Como consequência lógica, o processo deveria viabilizar somente *uma oportunidade – uma sentença* – para a solução. (*omissis*)

O agravamento da demora da justiça e o surgimento de situações de direito substancial que exigem pronta solução do judiciário tornaram pacífica a tese de que há direito fundamental à tutela jurisdicional tempestiva. Esse direito fundamental implica em um direito à tutela jurisdicional sem dilações indevidas e, assim, redundando na impossibilidade de o juiz *adiar a concessão da tutela após ter formado o seu convencimento*. Nessa perspectiva de tempestividade, a cumulação de pedidos – que sempre foi estimada em nome da economia processual –, por poder gerar situações em que um pedido se torne *pronto para julgamento bem antes do outro, também pode atentar contra tal direito*

fundamental ao se insistir na impossibilidade de fragmentação da demanda. (omissis)

[...] o processo civil, como instrumento, não pode estar predisposto de modo a não viabilizar a tutela da parcela incontroversa da demanda. De qualquer forma, com base no art.5.º, XXXV, da CF, e, assim, antes da introdução do direito fundamental à duração razoável no art.5.º da Constituição Federal, propusemos a tese do julgamento imediato da parcela incontroversa da demanda, posteriormente expressa, na falta de localização de melhor lugar pelo legislador, no §6º do art.273 do CPC: “a tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcelas deles, mostrar-se incontroverso.” (MARINONI, 2010, p. 109-111) (grifos constantes do original)

É ínsita à técnica de fracionamento do julgamento a consideração de todos aqueles elementos fundamentais da teoria dos capítulos de sentença, daí porque, no tocante à teoria da decisão judicial, o NCPC, ao prever a figura do julgamento antecipado parcial do mérito, ampliou sobremaneira os alicerces da tese que prega a decomposição da sentença em capítulos (WAMBIER *et al.*, 2015). Demais disso, a partir do escólio acima colacionado, pode-se afirmar que o *princípio da unidade* ou *unicidade do julgamento* já vinha sendo superado desde as reformas no CPC/73, tendo o Novo *Codex* consagrado essa tendência sobretudo com a inserção do referido instituto, asilado no art. 356^[4] do NCPC.

Sobre o novel instituto, após sustentar que a grande novidade do Novo Código de Processo Civil quanto ao julgamento antecipado do mérito é a previsão de que ele pode ser parcial, Neves tece as seguintes considerações:

O dispositivo encerra uma considerável polêmica doutrinária quanto à melhor interpretação do art.273,

§6º, do CPC/1973. Apesar de prevista como espécie de tutela antecipada no revogado diploma processual, o julgamento parcial do mérito suscitava interessante debate doutrinário: seria realmente um espécie diferenciada de *tutela antecipada* ou um *julgamento antecipado parcial da lide*? (*omissis*)

A opção do legislador no Novo Código de Processo Civil foi modificar a natureza jurídica dessa espécie de julgamento, tornando o que anteriormente era uma espécie diferenciada de tutela antecipada em julgamento antecipado parcial do mérito. Afastou-se do princípio da unicidade do julgamento do mérito preconizado por Chiovenda, passando a prever a hipótese de julgamento fracionado do mérito. (*omissis*)

Com a alteração, o capítulo que decide a parcela do mérito produzirá coisa julgada material ao transitar em julgado, não sendo possível o juiz posteriormente modificar a decisão ao resolver a parcela do mérito que demandou a continuidade, ainda que parcial, do processo. (NEVES, 2016, p. 623-625) (grifos constantes do original)

Por conseguinte, o julgamento antecipado parcial do mérito, extirpando antiga cizânia decorrente da tradição ecoada do *princípio da unidade* ou *unicidade do julgamento*, pode ser considerado um dos institutos que melhor reflete a adoção pelo NCPC da teoria dos capítulos de sentença. Em estreita síntese, o NCPC, ao prever o instituto do julgamento antecipado parcial do mérito, positivou fundamentos que deferem cientificidade à teoria dos capítulos de sentença, já que por meio dessa técnica de julgamento os capítulos de decisão, que no sistema do CPC/73 teriam que compor um único decisório, podem agora ser pulverizados ao longo do *iter*processual^[5].

Ademais, consoante se colhe das lições de Marinoni e Arenhart (2010) acima transcritas, a efetivação do acesso à justiça também dialoga positivamente com a necessidade de afastamento do dogma da *unidade* ou *unicidade do julgamento*. Isso fica ainda mais enfatizado a partir do pensamento de Nery Júnior (2013) ao tratar do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional sob a ótica da adequação da tutela jurisdicional: “[...] o jurisdicionado tem direito de obter do Poder Judiciário a tutela jurisdicional *adequada*. A lei infraconstitucional que impedir a concessão da tutela adequada será ofensiva ao princípio constitucional do direito de ação.”(NERY JÚNIOR, 2013, p. 188).

Nessa mesma direção, também se orientam os ensinamentos de Sá (2015, p. 906): “Não há motivo plausível para que se proíba que parte do conflito seja resolvida em caráter de definitividade antes de outra, se já houver essa possibilidade. A boa técnica da economia, efetividade e celeridade processual orientam essa vertente”. Não obstante a nitidez dos avanços do Novo Diploma Processual Civil, a teoria dos capítulos de sentença já integrava a cultura processualista brasileira antes do seu advento^[6]. Ao NCPC coube, portanto, a tarefa de positivar os fundamentos de tal teoria no sistema processual brasileiro.

3.2 Teoria das Nulidades Processuais

o tratar do regramento básico das invalidades processuais, a doutrina comumente se reporta à arquitetura do ato jurídico concebida nos domínios do direito civil, especialmente no que se refere ao Art. 104 do *Código Reale*, que elenca como requisitos de validade do ato jurídico a capacidade do agente, a licitude do objeto e a forma prescrita ou não defesa em lei. No entanto, entre esses requisitos, o que ganha mais atenção dos códigos de processo é aquele referente às formas de materialização do ato processual. Essa é, inclusive, a tônica encerrada nos artigos 276 a 283 do NCPC (DONIZETTI, 2016).

Como os atos processuais também devem obedecer aos pressupostos a que se submetem os atos jurídicos em geral, a chamada *Escada Pontean*a tem quanto a eles perfeita aplicação. Assim, um ato processual, para não padecer de invalidade e produzir os efeitos

que dele se espera, necessita passar primeiro pelo plano da existência, em seguida pelo da validade e, por fim, chegar ao plano da eficácia. Surgem, neste passo, as seguintes categorias de invalidade: *inexistência*; *nulidade*; e *ineficácia*. Entretanto, o NCPD, assim como o CPC revogado, trata essas espécies de invalidade sob o rótulo de *nulidades* (SÁ, 2015).

Em apertada síntese, a nulidade pode ser entendida como uma sanção imposta ao ato processual que não cumpriu todos os requisitos exigidos pela lei e que, além disso, não seja passível de resgate à luz do *princípio da instrumentalidade das formas* cotejado com os *princípios da finalidade* e do *prejuízo*, sendo que, diferentemente do que ocorre no campo do direito material, não existe no processo a figura do *ato jurídico nulo de pleno direito*. Portanto, a nulidade invariavelmente necessita de uma decisão judicial que a reconheça, de modo que não se afigura censurável pensar em atos viciados produzindo efeitos como se válidos fossem (DONIZETTI, 2016).

Para o presente estudo, o que denota relevo é a constatação, a partir da segunda parte do Art. 281 do NCPD – “(omissis) a nulidade de uma parte do ato não prejudicará as outras que dela sejam independentes” (grifos nossos) – , de que em determinados atos processuais complexos, em que pese formalmente unos, descortina-se a possibilidade de a nulidade ser confinada a apenas alguns dos seus capítulos. A doutrina de Neves é partidária dessa exegese:

No que tange à segunda parte do dispositivo legal, ou seja, ao confinamento da nulidade a apenas parte do ato em que se verificou a nulidade, trata-se de norma a ser aplicada aos atos complexos, na tentativa de preservação do quanto possível do ato. Havendo uma unidade meramente formal do ato, é possível que apenas um dos capítulos do ato seja defeituoso, e, não havendo relação entre tal capítulo considerado viciado com outros tidos como sadios, a anulação deve se limitar ao primeiro (*utile per inutile non vitiatur*). É o caso típico da decisão saneadora do processo, na qual as atividades do juiz se dividem

entre a tentativa de conciliação, saneamento de irregularidades pendentes, fixação dos pontos controvertidos e determinação dos meios de prova. A regra, entretanto, somente será aplicável se as decisões contiverem capítulos independentes entre si e autônomos. (NEVES, 2016, p. 409-410) (grifos no original)

No que se refere à técnica de confinamento de nulidades segundo a estrutura dos capítulos da decisão judicial, o NCPC também evoluiu em relação à ação rescisória. Entre outras inovações, restritamente aos escopos desse estudo, destaca-se o disposto no Art. 966, §3º do referido diploma, segundo o qual a ação rescisória pode ter por objeto apenas um capítulo da decisão. Esse dispositivo, na verdade, apenas positiva entendimento já consolidado pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça[7].

Além disso, ainda no terreno das nulidades processuais, outras repercussões da teoria dos capítulos de sentença são identificadas pela doutrina naquelas hipóteses em que o órgão jurisdicional profere decisão concedendo algo acima das balizas do pedido. Importando destacar que “[...] se uma decisão for *ultra petita*, não será necessário que o tribunal anule toda a sentença, bastando eliminar o capítulo que excedeu os limites da demanda, mantendo aquele que se limitou ao que foi pedido” (SÁ, 2015, p. 482).[8]

A par dessas considerações, acaba por ficar evidenciada significativa contribuição da teoria dos capítulos de sentença no processo de depuração dos atos decisórios parcialmente viciados. Não seria exagero afirmar que a nulificação total de uma decisão apenas em parte viciada, quando possível o confinamento dos fragmentos inservíveis, afronta até mesmo a garantia de acesso à justiça.

3.3 Fixação dos Encargos Sucumbenciais

Conforme é cediço, não diferente das demais funções do Estado, o desenvolvimento da atividade jurisdicional demanda contrapartida

orçamentária. Por detrás do processo judicial há um custo, muitas vezes elevado, inclusive. A par disso, o legislador estabelece uma série de regras acerca do sistema de adiantamento de despesas e da responsabilidade pelo custo do processo quando do exaurimento da demanda. Normas com essa envergadura é que compõem o chamado *regime financeiro do processo* (DINAMARCO, 2003).

Basicamente, o NCPC trata dessas regras em seus artigos 82 a 97, sendo que, não obstante as diversas inovações que o Novel Código introduziu na processualística civil, importa, para a presente abordagem, a análise do seu Art. 86^[9]. A ênfase dada ao citado dispositivo legal justifica-se à medida que ele comporta perfeita aplicação da teoria dos capítulos de sentença nos casos de sucumbência recíproca, inclusive, mesmo antes do NCPC, já pontuava Didier Júnior, Braga e Oliveira:

Quanto ao custo financeiro do processo, a teoria dos capítulos de sentença interfere na forma em que ele é distribuído. Havendo, por exemplo, sucumbência recíproca, responderá o autor pelas despesas e honorários relativos ao capítulo em que foi sucumbente, cabendo ao réu fazer o mesmo, quanto ao capítulo em que se viu vencido. (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2009, p. 307)

Verifica-se, portanto, que a teoria dos capítulos de sentença desempenha relevante papel na fixação dos ônus da sucumbência, mormente quando presente no caso concreto a circunstância de as partes serem ao mesmo tempo vencedoras e vencidas. Parte-se de uma análise objetiva, fracionando-se a decisão em capítulos para em seguida aferir em quais deles cada parte sucumbiu e em quais venceu (DINAMARCO, 2002).

3.4 Executividade Parcial das Decisões

Sem perder de vista eixo hermenêutico já contemplado neste estudo, segundo o qual a tutela jurisdicional adequada integra o conteúdo elementar do princípio do acesso à justiça, a doutrina registra repercussões da teoria dos capítulos de sentença de diversas ordens na

cena executiva. Primeiramente, entre os dispositivos do NCPC, o §1º do Art. 509 – “*Quando na sentença houver uma parte líquida e outra ilíquida, ao credor é lícito promover simultaneamente a execução daquela e, em autos apartados, a liquidação desta.*” (grifos nossos) – é tomado de forma bastante efusiva pela doutrina, inclusive, segundo Neves, tal dispositivo teve o mérito de corroborar a teoria dos capítulos de sentença:

Independentemente da espécie de liquidação de sentença cabível no caso concreto, o art. 509, §1.º do Novo CPC, consagra a teoria dos capítulos de sentença, permitindo à parte concomitantemente liquidar capítulo ilíquido e executar capítulo líquido. (NEVES, 2016, p. 791).

Outro aspecto destacado pela doutrina concerne aos desdobramentos a que determinadas decisões judiciais necessitam ser submetidas para ter viabilizado o seu cumprimento. O exemplo corrente diz respeito à decisão que certifica o direito a várias prestações (*fazer, não fazer, dar coisa ou entregar quantia*), em que, por terem os capítulos eficácias executivas diferentes, devem se sujeitar aos procedimentos executivos próprios – v.g. cumprimento de sentença relativo à obrigação de pagar quantia, efetivando um capítulo da decisão, e cumprimento de sentença referente à obrigação de fazer, concretizando o comando de outro capítulo (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2009).

Até mesmo na chamada exceção/objeção de pré-executividade (ou exceção executiva, para alguns doutrinadores) é identificado influxo da teoria dos capítulos de sentença. Por expressa disposição legal (NCPC, Art. 525, §4º), na hipótese de o executado alegar excesso de execução – *a exemplo: aventar que o exequente vindica quantia superior à resultante da sentença* –, deverá se desincumbir do ônus de, desde logo, indicar o valor que entende correto e ainda apresentar demonstrativo discriminado e atualizado de seu cálculo. Caso não proceda dessa forma, o §5º do dispositivo em referência é taxativo ao prever o indeferimento liminar da impugnação relativamente à alegação de excesso de execução.

Nos casos de alegação de *excesso de execução*, portanto, nota-se que o crédito exequendo acaba sendo fracionado em capítulos: um coincidente com a parcela impugnada, dito excessivo, e o outro correspondente ao valor incontroverso, aceito pelo executado. É esse raciocínio que justifica a penalidade de indeferimento liminar da impugnação caso o executado não indique o valor que entende devido (*capítulo incontroverso*). A discussão, neste sentido, limita-se a outra parcela do crédito, isto é, à que foi alvo da alegação de excesso (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2009).

Em Donizetti (2016), a lógica ínsita à teoria dos capítulos de sentença fica ainda mais evidenciada. Segundo esse jurista, indicado o valor correto pelo executado, a impugnação terá por objeto apenas o valor controvertido. Assim, a fração creditícia reconhecida seguirá o cumprimento de sentença, independentemente de eventual efeito suspensivo que se atribua à impugnação. Além disso, em sede executiva, a teoria dos capítulos de sentença também merece destaque no que tange à possibilidade de se proceder à execução parcial de uma decisão judicial que venha a ter apenas alguns dos seus capítulos infirmados por recurso com efeito suspensivo. Ausente liame de prejudicialidade entre os capítulos impugnados e os não impugnados, nenhum óbice se opõe à imediata tutela dos capítulos isentos de irresignação recursal (SÁ, 2015).

Por fim, cumpre trazer à baila entendimento que, além de homenagear o princípio do acesso à justiça, confere interpretação mais sistemática aos diversos institutos do direito processual civil. Trata-se da possibilidade de expedição de precatório judicial quanto às parcelas incontroversas nos casos em que a impugnação do executado tem caráter parcial^[10]. Esse posicionamento já vinha sendo pacificado pelo STJ muito antes do advento do NCPC. O Novo Diploma Processual Civil, porém, atento ao comportamento dos tribunais pátrios culminou por adotar o citado entendimento em seu Art. 535, §4º – “*Tratando-se de impugnação parcial, a parte não questionada pela executada será, desde logo, objeto de cumprimento*”.^[11]

No plano prático, a aplicação do §4º do Art. 535 do NCPC, indene de dúvidas, permite a abertura de novos horizontes ao cumprimento de

precatórios, bastando imaginar, para exemplificar, que a expedição de precatório quanto à parcela incontroversa evita que a parte tenha que esperar o trânsito em julgado final para, só então, ter seu crédito incluído no orçamento da fazenda pública devedora.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante das premissas assentadas, conclui-se que a teoria dos capítulos de sentença, com raízes na doutrina italiana, consiste numa técnica marcada pelo afastamento da visão formal acerca da decisão judicial com o fito de viabilizar a sua cisão ideológica. Fragmentada uma decisão sob o ponto de vista material, cada parte autônoma, que pode ser dependente ou independente de outra, passa a compor um capítulo dessa decisão. Com efeito, o reconhecimento dessas unidades autônomas é que incute no processo civil uma série de repercussões que otimizam a operabilidade do trâmite processual.

No que concerne à teoria da decisão judicial, a técnica de decomposição da decisão em capítulos tem sua importância revelada à medida que a própria estrutura lógica de uma decisão judicial parte dos fundamentos elementares que lastreiam a teoria dos capítulos de sentença. Sem a visão de que uma decisão materialmente pode abrigar em seu dispositivo vários fragmentos decisórios, seria um tanto difícil compreender institutos básicos da ciência processual, como, por exemplo, a cumulação de pedidos, a prejudicialidade, a sucumbência recíproca, dentre outros.

O NCPC, nesse particular, destaca-se pela festejada inovação levada a efeito com a inserção no ordenamento pátrio do instituto do julgamento antecipado parcial do mérito (Art. 356), rompendo, assim, com o dogma da unidade/unicidade do julgamento. Isso porque, a partir dessa nova figura, o julgamento do mérito, antes concentrado num só ato decisório e ao final do processo, passa a ser suscetível de decisões parciais ao longo do *iter* processual, o que reforça as concepções delineadoras dos capítulos de decisão.

Em relação às nulidades processuais, deflui-se que a teoria dos capítulos de sentença, a partir dos avanços do novo regramento processual civil, passou a manifestar maior ponto de contato com o sistema de confinamento de nulidades (NCPC, Art. 281, segunda parte). Demais disso, a previsão do Novo Diploma sobre a possibilidade de a ação rescisória ter como objeto apenas um capítulo da decisão judicial (Art. 966, §3º) não destoia dessa tendência. Já no trato da distribuição do ônus da sucumbência, a teoria dos capítulos de sentença tem o mérito de permitir uma análise objetiva da situação das partes. Estas, inclusive, nos casos de sucumbência recíproca, respondem pelo custo financeiro do processo de conformidade com o êxito obtido nos diferentes capítulos decisórios (NCPC, Art. 86).

Por fim, sob a ótica da executividade parcial das decisões, a teoria em estudo ganha destaque por inspirar reflexões acerca do efetivo e adequado acesso à justiça, no sentido de que, se um capítulo da decisão já pode ser entregue ao destinatário da tutela jurisdicional, dilações formalistas vão de encontro à promessa constitucional da ubiquidade de justiça. Alguns dispositivos do NCPC, nesse particular, também manifestam a adoção da teoria dos capítulos de sentença, em especial: o §1º do Art. 509, que permite, em relação a uma mesma decisão judicial, a liquidação de capítulos ilíquidos e a execução dos líquidos; o §4º do Art. 525, que adota inteligência claramente consentânea com a teoria dos capítulos de sentença; e o §4º do Art. 535, que positivou o entendimento jurisprudencial sobre a possibilidade de expedição de precatório quanto à parcela incontroversa da demanda.

Depreende-se, a partir dos pontos abordados, que o NCPC, no cotejo com o *Código Buzaid*, evoluiu sobremaneira no que se refere à adoção da técnica de fragmentação ideológica da decisão judicial como meio de propiciar maior operabilidade ao trâmite processual. A teoria dos capítulos de sentença ganhou, dessa forma, fundamentos para sua afirmação científica, o que permitirá uma progressiva ampliação das suas repercussões no plano prático.

5 REFERÊNCIAS

ASSIS, Araken de. **Processo civil brasileiro: parte geral – fundamentos e distribuição de conflitos**. V. 1 São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael; DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. V. 2.11 ed. Salvador: JusPodivm, 2009.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: . Acesso em 07 mai. 2017.

_____. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: . Acesso em 07 mai. 2017.

_____. **Lei nº 13.015, de 16 de março de 2015** Código de Processo Civil. Disponível em: . Acesso em 07 mai. 2017.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. V. 1. 19 ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2009.

DINAMARCO. Cândido Rangel. **Capítulos da sentença**. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **Instituições de Direito Processual Civil**. V. 2. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

DONIZETTI, Eupídio. **Curso didático de direito processual civil**. 19 ed., rev. e completamente reformulada conforme o Novo CPC – Lei. n. 13.105/2015 e atualizada de acordo com a lei n. 13.256/2016. São Paulo: Atlas, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do processo de conhecimento: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento**. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. V. 4. Campinas: Millenium, 1999.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Sentença objetivamente complexa, trânsito em julgado e rescindibilidade. **Revista do Processo**, São Paulo, n. 141, p. 7-19, nov. 2006.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**: processo civil, penal e administrativo. 11 ed. rev. ampl. e atual. com as novas súmulas do STF (simples e vinculantes) e com análise sobre a relativização da coisa julgada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. V. único. 8 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

SÁ, Renato Montans de. **Manual de direito processual civil – atualizado de acordo com o Novo Código de Processo Civil – Lei n. 13.105/2015**. São Paulo: Saraiva, 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Código de Processo Civil anotado**. 20 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et all. **Primeiros comentários ao novo código de processo civil**: artigo por artigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no processo civil**. 3 ed. revista e atual. São Paulo: Perfil, 2005.

NOTAS:

[1] Destaca-se, inclusive, que a doutrina muito tem sustentado pela aplicação da teoria também aos sítios do processo penal e trabalhista, tendência nitidamente acompanhada pelos tribunais pátrios – v.g. no processo penal: Ação Penal n. 470/MG (*Mensalão*), Rel. Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, j. em 13 nov. 2013; e no processo trabalhista: Enunciado n. 100 da Súmula do TST)

[2] Nesse sentido, são as lições de Didier Júnior, Braga e Oliveira (2009, p. 306): [...] a decisão acerca do tipo de providência jurisdicional pleiteada (pedido imediato) pode ser cindida em capítulos. Por exemplo, as decisões que impõem uma prestação (fazer, não-fazer ou pagar quantia), como se verá mais adiante, são mais amplas do que as decisões meramente declaratórias, na medida em que, por meio daquelas, o magistrado não só reconhece (declara) o direito subjetivo do autor à prestação. Por conta disso, se o autor ingressa com uma ação pleiteando que o juiz *condene* o réu ao pagamento de quantia (prestação de pagar quantia), nada impede o magistrado, observando que o autor efetivamente tem direito a uma prestação, mas constatando que esse direito ainda não pode ser exigido (porque a dívida ainda não está vencida, por exemplo), limite-se a simplesmente reconhecer (declarar) o direito à prestação, sem impor ao réu a ordem de cumprimento (porque ainda inexigível). Nesse caso, pode-se ver que a decisão, quanto ao tipo de providência jurisdicional requerida pelo autor (pedido imediato), pode ser dividida em duas partes: há um capítulo que reconhece o direito do autor à prestação e outro que lhe nega, por ora, o direito de exigí-la, porque não vencida.

[3] Dentre outros dispositivos do diploma legal em foco, os mais significativos, nesse sentido, são: o **Art. 86** (que define a dinâmica de distribuição do custo financeiro do processo nos casos de sucumbência recíproca); o **Art. 281, segunda parte** (que deixa claro, nos casos de atos processuais complexos com partes viciadas, a possibilidade de se aproveitar capítulos independentes); o **Art. 356** (que inaugurou na processualística brasileira o instituto do julgamento antecipado parcial do mérito); **Art. 503** (que reconhece a possibilidade de uma sentença abranger apenas parte da lide); o **§1º do Art. 509** (que permite à parte, concomitantemente, liquidar capítulo ilíquido e executar capítulo líquido); o **§4º do Art. 525** (excesso de execução); o **§4º do Art. 535** (expedição de precatório quanto à parcela incontroversa); o **§3º do Art. 919** (que cuida da prerrogativa do exequente em prosseguir com a execução da parcela não atingida por eventual efeito suspensivo atribuído aos embargos do devedor); o **§3º do Art. 966** (que trata da possibilidade de se propor uma ação rescisória em face de apenas um capítulo da decisão); o **Art. 1.002** (que autoriza o recurso parcial); o **§1º do Art. 1.013** (que disciplina a profundidade do efeito devolutivo, preceituando que o tribunal tem competência para apreciar e julgar todas as questões suscitadas e discutidas no processo, mesmo que não solucionadas, contando que sejam relativas ao capítulo impugnado).

[4] Art. 356. O juiz decidirá parcialmente o mérito quando um ou mais dos pedidos formulados ou parcela deles: I - mostrar-se incontroverso; II - estiver em condições de imediato julgamento, nos termos do art. 355. § 1º A decisão que julgar parcialmente o mérito poderá reconhecer a existência de obrigação líquida ou ilíquida. § 2º A parte poderá

liquidar ou executar, desde logo, a obrigação reconhecida na decisão que julgar parcialmente o mérito, independentemente de caução, ainda que haja recurso contra essa interposto. § 3º Na hipótese do § 2º, se houver trânsito em julgado da decisão, a execução será definitiva. § 4º A liquidação e o cumprimento da decisão que julgar parcialmente o mérito poderão ser processados em autos suplementares, a requerimento da parte ou a critério do juiz. § 5º A decisão proferida com base neste artigo é impugnável por agravo de instrumento.

[5] Nesse sentido: NEVES, 2016; WAMBIER *et al.*, 2015; SÁ, 2015; THEODORO JÚNIOR, 2016; etc.

[6] Sobre essa circunstância de cunho eminentemente histórico, é proveitosa a análise de um interessante julgado do STF, o qual, datado da década de 80, coroa a aqui aventada importância da teoria dos capítulos de sentença. Esse julgado demonstra, ademais, que já há algum tempo a teoria em foco vem sendo manejada pelo Pretório Excelso, pelo que, fica reforçada a conclusão, à luz dos argumentos expostos, de que o NCPD teve o importante papel de consagrá-la no sistema processual, mas não de inseri-la, inaugurá-la. Veja-se, pois: “Limites objetivos da coisa julgada. “[...] se a sentença prolatada numa ação se omite – e a omissão, no caso, foi reconhecida pelo acórdão que julgou a apelação e que declarou a preclusão desse ponto por falta de embargos declaratórios para supri-la – sobre um dos capítulos do pedido constante da inicial, não transita em julgado sobre ele, podendo, portanto, o autor propor outra ação para obter a prestação jurisdicional pertinente.” (STF, RE 91.521, Rel. Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, jul. 26.06.1980, DJ 19.09.1980).

[7] STJ: 1ª Turma, AgRg no Ag 1.308.6011/BA, Rel. Min Teori Albino Zavascki, j. 21.08.2012, Dje 27.08.2012; 1ª Seção, AgRg nos EREsp 1.111.092/MG, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 27.06.2012, Dje 22.08.2012

[8] Didier Júnior, Braga e Oliveira também defendem esse raciocínio: Se a decisão judicial, por exemplo, extrapola os limites da demanda, concedendo ao autor *mais* do que ele pediu, tem-se aí uma decisão *ultra petita*. Sucede que não é correto anular toda a decisão por conta do vício existente em apenas uma parte: basta que se expurgue o capítulo em excesso, que extrapola as raias do pedido, mantendo-se o outro que obedeceu aos limites da demanda. (DIDIER JÚNIOR; BRAGA; OLIVEIRA, 2009, p. 307) (grifos constantes no original)

[9] “Se cada litigante for, em parte, vencedor e vencido, serão proporcionalmente distribuídas entre eles as despesas”.

[10] ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. VALOR INCONTROVERSO. EXPEDIÇÃO DE PRECATÓRIO OU REQUISIÇÃO DE PEQUENO VALOR. COISA JULGADA MATERIAL.

CARACTERIZAÇÃO. PRECEDENTE DA CORTE ESPECIAL. 1. No atinente à aplicação do art. 739, § 2º, do CPC, e com fulcro neste dispositivo, o Superior Tribunal de Justiça pacificou entendimento de que a execução da parte incontroversa constitui execução definitiva, sendo possível a expedição de precatório do valor a ela pertinente, prosseguindo-se a execução da parte não embargada, se esta houver. Não há, pois, ofensa à sistemática constitucional do precatório prevista no art. 100, § 4º, da Constituição Federal de 1988, bem como ao art. 730 do Código de Processo Civil. A execução contra a Fazenda Pública é juridicamente possível quando se pretende a expedição de precatório, relativo à parte incontroversa do débito. Precedentes: (EREsp 658.542/SC, DJ 26.02.2007; REsp 522.252/RS, DJ 26.02.2007; AgRg nos EREsp 716.381/P, DJ 05.02.2007). 2. A Corte Especial decidiu nos Embargos de Divergência, em Recurso Especial, nº 721791/RS, de relatoria do Ministro Ari Pagendler, que restou vencido, tendo o Ministro José Delgado sido designado para lavrar o acórdão, no sentido de ser possível a expedição de precatório da parte incontroversa em sede de execução contra a Fazenda Pública. 3. Recurso especial provido. (STJ - REsp: 1114934 RS 2009/0000213-8, Relator: Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Data de Julgamento: 17/03/2011, T2 - 2ª TURMA, Data de Public.: DJe 29/03/2011).

[11] Registra-se, entretanto, que essa matéria encontra-se pendente de julgamento pelo STF em sede de repercussão geral (Tema n. 28 - Fracionamento da execução com expedição de precatório para pagamento de parte incontroversa da condenação. Relator: MIN. MARCO AURÉLIO. *Leading Case*: RE 614819).

A INCONSTITUCIONALIDADE DAS PRÁTICAS DA IDEOLOGIA DE GÊNERO NAS ESCOLAS E A DEFESA DA FÉ CATÓLICA

ORLIÊNIO ANTÔNIO GONÇALVES DA SILVA: Bacharel em Direito, Servidor Público pertencente às carreiras do Ministério Público do Estado de Minas Gerais como Oficial do Ministério Público.

RESUMO: A Ideologia de Gênero com seus postulados da construção da identidade de gênero, nova conceituação de “Gênero”, reeducação sexual e redefinição do conceito de família vem adentrando sorrateiramente no ensino infantil, fundamental e médio brasileiros. Em que pese nossa legislação promulgada vedar a veiculação desses conteúdos, o Ministério da Educação, as Secretarias de Educação e os professores insistem em aplicá-la na sala de aula. A aplicação da Ideologia de Gênero em crianças e jovens católicos fere frontalmente a liberdade de consciência e crença por golpear o dogma da castidade. A liberdade de crença dá ao cidadão o direito à objeção de consciência até mesmo para recusar a participação em guerras, porém, no Brasil, o educador ideólogo quer a todo custo implantar a lavagem cerebral de gênero, que longe de buscar respeito às diferenças busca destruir o que chamam de heteronormatividade, implantando assim uma “homonormatividade”. A inconstitucionalidade dessa prática é porque o ideólogo quer tomar para si e à força o Estado Democrático de Direito atropelando qualquer direito fundamental que se oponha às suas bandeiras. O ideólogo de gênero age como um câncer social: combatemos ele no legislativo e ele se espalha para o executivo, telecomunicações, etc. Afastamos da escola particular e ele ataca a pública, cria suas ramificações e metástases em desenhos animados, jogos e livros didáticos. Anda atacando até mesmo as escolas cristãs, mesmo após o Papa Francisco rechaçar tal ideologia no âmbito escolar. Aqui começamos a descrever métodos sociais, políticos e jurídicos para combater essa ideologia na escola.

Palavras-chave: Ideologia de Gênero – Construção da identidade e redefinição de família – Inconstitucionalidade – Liberdade de Consciência e Crença e objeção de consciência.

ABSTRACT: The Gender Ideology with its postulates of the construction of the gender identity, new conceptualization of "Gender", sexual reeducation and redefinition of the concept of family has been creeping in Brazilian's infantile education, fundamental and high school. Despite our enacted legislation prohibiting the placement of these contents, the Ministry of Education, the Secretariats of Education and the teachers insist on applying it in the classroom. The application of the Gender Ideology in Catholic children and youth frontally violates the freedom of conscience and belief by striking the dogma of chastity. Freedom of belief gives the citizen the right to conscientious objection, even to refuse participation in wars, but in Brazil, the educator ideologist wants at all costs to implant the brainwashing of gender, which far from seeking respect for differences seeks to destroy what they call heteronormativity, thus implanting a "homonormativity". The unconstitutionality of this practice is because the ideologist wants to take for himself and by force the Democratic State of Right running over any fundamental right that opposes its banners. The gender ideologist acts as a social cancer: we fight it in the legislature and it spreads to the executive, telecommunications, etc. we move away from the private school and it attacks the public, creates its ramifications and metastases in cartoons, games and textbooks. It has been attacking even the Christian schools, even after Pope Francis rejected such ideology in the school context. Here we begin to describe social, political and legal methods to combat this ideology in school.

Keywords: Gender Ideology - Identity building and family redefinition - Unconstitutionality - Freedom of Consciousness and Belief and conscientious objection.

SUMÁRIO: Resumo. Introdução. O que é a ideologia de gênero. DESENVOLVIMENTO . Os princípios da legalidade e da liberdade . O princípio da liberdade de consciência e de crença . Discussão . BUSCA E ANÁLISE DE RESULTADOS . CONSIDERAÇÕES . REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .

INTRODUÇÃO

O que é a ideologia de gênero

O conceito de identidade de gênero foi desenvolvido pela primeira vez no final da década de 60 pelo Dr. John William Money (1921-2006), psicólogo e professor universitário neozelandês. Sua teoria partiu de um experimento no qual, de dois gêmeos univitelinos (Brian e Bruce) recém-nascidos, um deles (Bruce) teve seu pênis amputado em uma circuncisão malsucedida. Consultado, o professor Money orientou aos pais que castrassem esse filho e educassem-no como mulher, sem que os irmãos soubessem do ocorrido. Bruce foi então submetido a cirurgia de mudança de sexo e tratamento hormonal e teve seu nome trocado para Brenda. A partir desse experimento Money criou o seguinte postulado da Teoria da Neutralidade de Gênero: a percepção que as pessoas têm de sua própria sexualidade, a qual denominou de identidade de gênero, dependeria da educação recebida e poderia ser diferente de seu sexo biológico.

A consequência disso foi que Brian suicidou-se em 2002, como consequência de jogos sexuais que o obrigaram a participar e David (nascido Bruce, renomeado Brenda, novamente renomeado David) em maio de 2004. Encontramos relato minucioso deste lastimável experimento no livro médico *As Nature Made Him: The Boy Who Was Raised As a Girl* de John Colapinto, em tradução livre seria “Como a natureza o fez: o menino que cresceu como uma menina”. Detalhes do suicídio de ambos podem ser obtidos no adendo 3. [\[1\]](#)

Essa ideologia retorna agora às escolas, interessando-se novamente pelos nossos infantes, na escola. Aprendemos algo com nossos erros ou continuaremos errando com elas, crianças inocentes que não podem se defender?

A teoria do Professor Money mostrou-se extremamente controversa, pois, colocada em prática a experiência de uma construção social do gênero, como havia proposto, o observado foi exatamente o oposto: um homem que teve cirurgia de mudança de sexo e tratamento hormonal seguidos de criação familiar e social como mulher, e mesmo assim manteve-se homem, uma verdadeira catástrofe para a teoria. Porém, como a contrapropaganda também é propaganda, a ideia foi disseminada e quem se interessou por ela acabou por retocá-la e reinseri-

la. Esse experimento deu-se durante a Revolução Sexual e acentuado movimento de contracultura. Filósofas do Feminismo começaram a retrabalhar o conceito, até que a ideologia de gênero tomou moldes de discurso tecnocrático, aliando interesses dos movimentos feministas aos interesses marxistas almejados pela fracassada revolução Russa de 1917. Isso tudo culminou na Conferência de Pequim, organizada pela ONU em 1995, onde substituíram a proposta “Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher” por “Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação de Gênero”

Os seres humanos estariam disponíveis para assumir a identidade de gênero com que mais se identificam segundo os postulados dessa ideologia.

No livro *Gender Trouble*, (em tradução livre: *O Problema do Gênero: o feminismo e a subversão da identidade*), Judith Butler^[2] afirma que “o gênero é uma construção cultural; por isso não é nem resultado causal do sexo, nem tão aparentemente fixo como o sexo”.

Ao abordar a identidade de gênero, Miriam Pillar Grossi^[3] (p. 8) afirma que os papéis sociais de gênero são construtos culturais e históricos e a identidade de gênero “remete à constituição do sentimento individual de identidade”.

A ideia da construção da identidade de gênero, se visa algo de positivo, diz respeito a respeitar as diferenças no tocante à sexualidade e à “identidade *queer*”(algo como identidade esquisita/ sexualidade fora do padrão) e também ao fim da subjugação do Feminino pelo Masculino. Porém seus sofismas, intenções ocultas e práticas manipulativas deploráveis me impedem de achar algo de positivo além da “intenção aparente”. A fé cristã com o mandamento de Jesus “amai-vos uns aos outros, como eu vos tenho amado” é sabedoria infinitamente superior a essa ideologia, pois orienta os homens a olhar com compaixão para seu próximo, sem ímpeto nem vontade de matar, agredir, vexar nem subjugar a pessoa homossexual ou a mulher. O homossexual, ao ser amado verdadeiramente pelo próximo e por Deus, ao ser tocado por Seu Amor, encontra coragem para se espelhar na Verdadeira Bondade de Jesus e renunciar a tudo, até ao pecado (Mateus 16:24). Jesus veio pelos pecadores e todos que O buscam passam a amá-LO verdadeiramente, tendo como único propósito segui-lo. O homossexual precisa ser acolhido

pela sociedade, já sua conversão é pela iniciativa divina ou por sua própria iniciativa, se assim o desejar, pois não cabe aos outros opinar ou julgá-lo. Assim não é necessário destruir a sexualidade das crianças ou a religião católica para respeitar os universos *Queer* e feminino, precisamos apenas imitar a Misericórdia Divina e aceitar com compaixão o nosso próximo porque, por mais *queer* (diferente/esquisito) que ele seja, ali bate um coração humano. Debaixo daquela figura estereotipada há uma alma amada por Deus. Quanto à mulher essa é preciosíssima, e de tão preciosa o homem engana-se ao querer tomar posse dela, erra novamente e ainda mais ao chegar a subjugar-la, o Amor de Cristo também conserta isso em nós homens que ao pararmos de violar o direito da mulher acalmamos seu coração, que passa a permanecer ao lado do esposo, porque se sente amada e não por ser ou precisar ser “mandada”.

A ideologia de gênero só seria aceitável se fosse 100% verdadeira, mas suas contradições infelizmente a desacreditam no plano filosófico, moral e também no jurídico.

Os questionamentos levantados pelos estudiosos das neurociências estão bem relatados no documentário “*Hjernevask*”^[4] (“Lavagem Cerebral”) do sociólogo e documentarista Harald Eia. Os sete episódios desse documentário estão disponíveis no Youtube, pesquisando-se os termos “O Paradoxo da Igualdade”. Essa produção faz o contraponto entre os defensores da ideologia de gênero de um lado e a neurociência e a psicologia evolutiva de outro. Os cientistas mostram resultados de seus testes empíricos que constataam diferenças inatas nas preferências e comportamentos de homens e mulheres.

Esse documentário provocou a suspensão dos financiamentos dirigidos ao Instituto Nórdico de Gênero, que promove as ideias ligadas às teorias de gênero, nos países nórdicos.

O Jornal Gazeta do Povo relata^[5]:

Os estudiosos das neurociências, contudo, admitem que, mesmo que os genes sejam determinantes para algumas condutas, a cultura influencia. Já os teóricos do gênero afirmam que “não veem verdade alguma” nas pesquisas dos neurocientistas, embora toda a base dos estudos de gênero seja teórica e não empírica.

No vídeo, a filósofa do gênero Catherine Egeland, uma das entrevistadas, diz que “não se interessa nem um pouco” por esse tipo de ciência, e que **“é espantoso como as pessoas se interessam em pesquisar essas diferenças”**.

Espantoso é assistir ao ideólogo de gênero penetrar na educação infantil com postulados puramente teóricos e ainda por cima se voltarem contra até mesmo o conhecimento científico.

DESENVOLVIMENTO

Os princípios da legalidade e da liberdade

O Princípio da legalidade está insculpido no caput do art. 5º da Constituição e vem delimitado em seu inciso II, com os dizeres: ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. O princípio da Legalidade também orienta a administração pública pois estabelece os limites da atuação administrativa que tenha por objeto a restrição ao exercício de tais direitos em benefício da coletividade. À administração só é lícito agir respaldada na lei, conforme extraímos da lição de Di Pietro.

Dessa legalidade decorrem nossas liberdades, o que não é proibido é permitido. A partir dessa definição começamos a perceber a abrangência do princípio da liberdade insculpido no caput do artigo 5º da CF.

Uma observação a que damos voz é a seguinte, uma perturbação frontal da liberdade traz uma resposta direta, ou, no mínimo, a plena consciência de perda da liberdade, agora, uma perturbação indireta ou branda não tem esse mesmo alcance, pois estamos condicionados a limitar nossas liberdades em prol do ordenamento jurídico.

E por que tratar disso? Aqui começamos a esboçar um conceito de esvaziamento de direitos fundamentais, *in casu*, atribuído à implantação de ideologias, sejam elas de esquerda ou de direita. É a este fenômeno que

queremos dar visibilidade e estudar, para comprovarmos se sua ocorrência é válida.

O princípio da liberdade de consciência e de crença

A Liberdade Religiosa deriva da liberdade de expressão. A primeira notícia de seu surgimento de que temos relato ocorreu no processo de Independência dos Estados Unidos, durante a Revolução Americana.

A liberdade de crença e de consciência vem disciplinada principalmente no art. 5º, da nossa Constituição vigente, nos incisos VI, VII e VIII.

O Princípio da Liberdade em sua vertente Liberdade de Consciência e Crença tem contornos atuais dados pela laicidade, princípio político que visa à separação entre Igreja e Estado, surgido com as Revoluções liberais. A laicidade, em linhas gerais, rejeita a influência da Igreja na esfera pública do Estado.

Já a liberdade de consciência é conceituada por José Celso Mello Filho (p.440) como “o núcleo básico de onde derivam as demais liberdades do pensamento. É nela que reside o fundamento de toda a atividade político-partidária, cujo exercício regular não pode gerar restrição aos direitos de seu titular”.

Quanto à família, destacamos que ela tutela a liberdade de crença de seus descendentes. No Novo Código Civil, por exemplo, encontramos o art. 1.513 com os dizeres “É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família”.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos garante o direito dos pais dos alunos sobre a educação religiosa e moral dos seus filhos. Vejam o dispositivo na íntegra:

Artigo 12. Liberdade de consciência e de religião (...)

4. Os pais, e quando for o caso os tutores, têm direito a que seus filhos ou pupilos recebam a

educação religiosa e moral que esteja acorde com suas próprias convicções. (Grifo nosso)

E quanto à influência do Estado na Igreja? O mesmo princípio que outrora erigiu de uma laicidade que afastou a Igreja do Estado agora se presta a proteger a religiosidade de um povo. Se é livre a manifestação da crença, por certo o Estado não deve influenciar a religião. Este é o tema central desse trabalho: quando o Estado agracia as práticas da Ideologia de Gênero na escola, derruba toda crença que se opõe aos postulados ideológicos. Imaginem o Estado fomentar a catequização católica dentro de um partido político adepto da ideologia de gênero. Imediatamente esse partido e seus filiados reclamariam sua liberdade de consciência. Pois bem, quando o Estado permite a “catequização” ideológica dentro de uma escola onde há cristãos, o raciocínio é o mesmo: o cristão reclama sua liberdade de crença.

O Direito à liberdade religiosa foi pensado inicialmente para permitir às pessoas professar fé diversa da católica, salvo melhor juízo, e praticar-se a tolerância religiosa. Posteriormente passou a englobar mais que isso, dá ao fiel o direito de manter-se em sua crença opondo-se a ataques que a descredibilizem. A saber, esse direito se desdobra em liberdade de crença, liberdade de culto e liberdade de organização religiosa.

Pedro Lenza esclarece a objeção de consciência (p. 601): “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” (o serviço militar obrigatório, é um exemplo clássico, nos termos do art. 143, §§ 1º e 2º) “e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei”, vide o art. 5º, inc.VIII. Outro exemplo que vislumbramos é recusar-se ao despejo ideológico, já que os fatos^[6] comprovam sua existência.

O Brasil é um país leigo, laico^[7] ou não confessional desde o advento da República, em 1890, quando ocorreu a separação entre Estado e Igreja por aqui, segundo Lenza. “Isto quer dizer que não existe religião oficial da República Federativa do Brasil” (p. 601). Porém, permitir as práticas da Ideologia de Gênero nas escolas extrapola a laicidade, isso é claro anticlericalismo ou no mínimo conduta ateuista-radical de um Estado

que proclama a diversidade desde que nessa pluralidade não se incluam os cristãos. A cartilha da ditadura da minoria vocifera contra a catequização católica na escola pelo respeito à laicidade e às demais crenças, mas, por exemplo, despeja sorrateiramente conteúdos relacionados às religiões de origem africana nas escolas, transferindo-as do cunho religioso para o cultural^[8] na tática do “João-sem-braço”, do “se colar colou”, comemorar a Páscoa na escola é proselitismo católico, mas conhecer divindades pagãs e orixás não seria proselitismo umbandista!?! A matiz de ambos é espiritual, não sejamos hipócritas. A ideologia de gênero é distribuída com semelhantes articulações. A democracia na ótica da ditadura da minoria abrange apenas o grupo fechado das minorias, só se pode falar em diversidade dentro do diverso.

Esclareçamos ainda que há crime passível de detenção na conduta do ideólogo que atenta contra o sentimento religioso, pelo art. 208 do código penal.

Discussão

Ao estudarmos o que move a fé católica e o que move o ideólogo de gênero, percebemos que há incompatibilidade e oposição entre uma crença e uma consciência ao deparamo-nos com a aplicação prática do discurso da ideologia de gênero dentro da escola.

A ideologia de gênero é uma construção da consciência humana fundada em uma hipótese de como era a sociedade antes do contrato social (contratualismo), onde havia a total liberdade sexual do homem primitivo, segundo o marxismo. Isso aliado à ideia de que gênero e sexualidade são construções sociais e históricas que podem ser aprendidas, nos leva a observar que essa consciência emana proposições de caráter dogmático. Já a fé católica é fundada em dogmas emanados da Bíblia e outros documentos referenciados pela Igreja Católica, tratando-se da Verdade revelada pelo próprio Deus.

Um parêntese: por conta da cisão entre fé e razão derivada do iluminismo, esclareçamos que para confrontar essas duas consciências é honesto expormos com clareza as bases principiológicas de cada uma. Por óbvio, este trabalho não fere a fé alheia, pois o próprio título do trabalho já

denota claramente ser uma defesa de uma fé específica, a católica. Além disso encontramos amparo na liberdade de expressão (art. 5º, inc. IV da CF) que não encontra restrições na Universidade.

Os dogmas da fé católica incompatíveis com as proposições de caráter dogmático da ideologia de gênero na escola são a castidade, que em linhas gerais, segundo o professor Felipe Aquino, diz respeito à sexualidade de um cristão, e orienta-o a manter relações sexuais dentro do matrimônio, tendo o marido e a esposa nas relações sexuais a finalidade de manter aceso o amor conjugal e de procriar. O que escapa desse conceito, é tido como uma falta, um pecado para o católico. Explicar o que é castidade parece redundante, mas é necessário à construção do raciocínio.

Outro dogma da fé que é afrontado pelo ideólogo de gênero nas escolas está contido nas palavras de Nosso Senhor Jesus Cristo, no Evangelho de São Matheus, ao asseverar que não se deve, em hipótese alguma fazer tropeçar, pecar e escandalizar uma criança, veja: “Mas, se alguém fizer cair em pecado um desses pequeninos que creem em mim, melhor fora que lhe atassem ao pescoço uma mó de um moinho e o lançassem no fundo do mar” (MT 18,6).

Ao elevar o debate para o nível de oposição e incompatibilidade dessas consciências, em sentido amplo e especificamente dentro da escola, pretendemos discorrer sobre o fenômeno da ridicularização do católico e sua fé. O que ocorre é que o cidadão (não somente o católico) que questiona alguma premissa ou prática do discurso da ideologia de gênero é imediatamente taxado de preconceituoso. Por tratar-se de assunto muito delicado, esse alega que não quer que ensinem o homossexualismo aos seus filhos e imediatamente afirmam que ele tem preconceito contra homossexuais. E mesmo que tente esclarecer que apesar de não ser preconceituosa sua posição apenas reservando-se o direito de tratar assuntos pertinentes à sexualidade dentro da família e em idade e momento oportuno, respeitando o desenvolvimento psicossocial de seu filho, direito dessa família, ele continua sendo massacrado.

Isso ocorre devido ao caráter dogmático da ideologia de gênero, portanto criticar a prática ou as premissas levantadas por esse ideólogo, além de pouco eficaz, traz a ridicularização à tona. Frise-se aqui que a crítica às premissas é extremamente prejudicada, pois ao estudarmos a formação de uma ideologia, começamos a averiguar a existência de premissas sofisticadas, ocultas ou não. Parafraseando Ferrater (p. 2728), sofismas “querem defender algo falso e confundir o contraditor”, e isso ocorre porque o ideólogo tem a convicção de que sua consciência é a ideal. Concluimos que talvez o melhor a ser feito pelo católico nessa seara é uma oposição simples e direta com os dogmas da sua fé: algo semelhante a “minha fé prega a castidade, portanto não concordo com suas práticas.

Outro despejo ideológico de difícil contraposição é percebido na frase: “mas só estamos promovendo o amor, seja entre pai e mãe, entre dois pais ou entre duas mães. Refrisar a castidade e ter a coragem de dizer que desse pecado você não partilha é termos a clara visão de que uma coisa é aceitar e acolher um pecador, outra bem diferente é aceitar e acolher o pecado em nossos corações.

Anunciando os dogmas da fé católica, você também corre o risco de ser massacrado, mas como diz Nosso Senhor “Ide por todo o mundo e pregai o Evangelho a toda criatura” (Marcos, 16, 15). Recordando a lição apostólica “Estai sempre prontos a responder para vossa defesa a todo aquele que vos pedir a razão de vossa esperança.” (I Pedro 3,15) na certeza da bem aventurança dos que sofrem perseguições por fazerem a vontade de Deus: Bem-aventurados sereis quando vos caluniarem, quando vos perseguirem e disserem falsamente todo o mal contra vós por causa de mim. Alegrai-vos e exultai, porque será grande a vossa recompensa nos céus, pois assim perseguiram os profetas que vieram antes de vós. (MT 5, 11-12).

O que se percebe é que não há uma disposição de renúncia por parte do ideólogo de gênero, pois esse crê que sua convicção é a ideal e seu lastro está numa hipótese de formação da sociedade a qual considera ser única. Daí concluimos pela necessidade de nivelar o debate a uma incompatibilidade/oposição entre a fé católica e a ideologia de gênero, e

essa incompatibilidade de consciências é que denota a inconstitucionalidade das práticas da ideologia de gênero nas escolas, uma vez que ferem a liberdade de crença da criança e de sua família, esse direito fundamental insculpido no artigo 5º, inciso VI.

Ao atentar-se para a impossibilidade entre dogmas da fé católica e as proposições de caráter dogmático da ideologia de gênero na escola, torna-se desinteressante pensar em um conflito de princípios a ser resolvido pelo princípio da proporcionalidade, o que nos remete à análise do espaço que cada consciência e crença deve ocupar na sociedade. Por isso começamos a desenvolver o raciocínio de esvaziamento de um direito que uma ideologia pode provocar, considerando os princípios da legalidade e da liberdade.

O que ocorre nesse fenômeno é que uma crença ou consciência tende a querer expandir-se e, nessa expansão, acaba por comprimir o lugar que outras consciências e crenças contrárias ocupam.

Nesse raciocínio atentamos para a diferenciação entre ataques frontais à liberdade que de imediato acendem o alerta no cidadão e ataques sutis à liberdade. Destes segundos começamos a perceber melhor dois fenômenos que ferem as liberdades individuais que denominamos aqui como confinamento e esvaziamento de liberdades e direitos.

É que a nossa liberdade não é irrestrita, para o bom convívio social cedemos parcela dela ao Estado em troca de alcançarmos ordem jurídica e segurança, porém isso condiciona o ser humano a ceder liberdades e, quando sua liberdade ou direito está sendo minado, isso passa despercebido. O ideólogo sabe disso, e por saber que não é capaz de revogar um direito fundamental que é cláusula pétrea (irrevogável) em nossa Carta Magna (art. 60, § 4º, inc. IV) lança mão dessa via do esvaziamento e do confinamento de um direito, *in casu*, a liberdade de crença.

Os direitos e garantias individuais, que em grande parte estão alojados no artigo 5º da Constituição, a exemplo das liberdades aqui evocadas, são cláusulas pétreas, veja:

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

(...)

IV - os direitos e garantias individuais.

O raciocínio diz respeito à capacidade que uma ideologia tem de minar um direito fundamental. A disseminação da ideologia de gênero no meio infantil é fluída, penetra no tecido social, pela escola, pela programação infantil da televisão e por aplicativos de *tablets*, etc., essas janelas que as crianças têm para o mundo, além de suas famílias. Aqui percebemos que essa fluidez é difícil de ser contida, porém, dessa complexidade surge a necessidade de articular-se a contenção do seu avanço no ambiente cristão ou que o cristão participe, principalmente no espaço escolar, foco desse trabalho, onde não é bem-vinda.

Chegamos à conclusão de que uma ideologia tem o condão de provocar o esvaziamento de um princípio, mesmo que esse seja uma cláusula pétrea, pois seu foco é tornar a norma inócua e não revogá-la. A ideologia ataca nessa frente, provocando um confinamento, não do dispositivo legal mas da liberdade em si. Essa ideologia penetra no tecido social e destrói o espaço de tudo que se contrapõe a ela, fazendo morrer a fé cristã.

BUSCA E ANÁLISE DE RESULTADOS

Aqui será dado desfecho ao trabalho. A partir dos raciocínios desenvolvidos na fundamentação começamos a fazer uma leitura do que há de disponível nos campos jurídico-legal, político e social que impeça a ideologia de gênero de penetrar na escola e retire o que já vem sendo feito através de suas práticas por entendermos que atentam contra a liberdade de crença dos fiéis católicos, a liberdade das famílias e a liberdade de todos que se opõem à essa doutrinação.

A defesa social da fé católica, através dos segmentos da sociedade percorre dois caminhos. Primeiramente, atentar para onde atuam os ideólogos e atuar lá também, para que não só a voz deles seja ouvida, e mais urgentemente perceber a inserção dos ideólogos em cargos-chave de órgãos estatais de direção, pois é lá que atuam com

maior impacto. Em segundo lugar, reforçar e instruir a conscientização da estrutura social que já possui no âmbito da Igreja, dos movimentos sociais e demais agrupamentos de pessoas como as associações de pais e alunos que se formam nas escolas, traçando um trabalho de despertar da consciência dos cristãos esclarecendo-se o problema e sua complexidade para que atuem vivamente no campo político e social. Portanto, são necessárias ações tanto judiciais quanto extrajudiciais.

A objeção de consciência (art. 5º, VIII da CF) é o instituto que nos permite voltarmos-nos contra o que agride nosso íntimo. Ela nos serve, por exemplo, para nos recusarmos a batalhar em guerras e também para lutar contra a Ideologia de Gênero. A objeção de consciência vale para qualquer despejo ideológico, não se restringindo apenas ao âmbito escolar: notificar a empresa ou instituição para que cesse ou não faça despejo ideológico em seu filho, com registro no cartório de notas é uma forma de censurar fornecedoras de TV a Cabo, canais de desenhos animados, fornecedoras de jogos, etc. As notificações, devidamente registradas no Cartório de Notas, são maneiras que você tem de resguardar-se e subsidiar possível ação cautelar, de obrigação de não fazer ou indenizatória. O mínimo que as escolas de hoje em dia deveriam fazer é: solicitar a autorização dos pais para que conteúdos de gênero fossem ministrados em suas salas de aula. Há diversos modelos de notificação^[9] disponíveis na internet.

Na defesa contra órgãos estatais que praticam a ideologia de gênero, cada esfera de poder do Estado demanda providências judiciais e extrajudiciais tanto no campo político-jurídico quanto no campo social. Notificações, composição/arbitragem/mediação, celebração de Termos de Ajustamento de Conduta, Reunião de Lideranças, ações diversas de movimentos sociais como, por exemplo, projetos de lei de iniciativa popular, alianças com o movimento Escola sem Partido, etc. são meios idôneos. O operador do direito não deve se contentar apenas com a via judicial, deve lançar mão também da via extrajudicial para expurgar as práticas da ideologia de gênero da casa do saber.

Na esfera Legislativa, seja no âmbito Federal, Estadual ou Municipal é pertinente manter um diálogo com o legislador, seja um contato individual ou por um porta-voz de um movimento social, associação, etc.

Esse diálogo tem a finalidade de esclarecê-lo e denunciar que as práticas do poder executivo constantemente extrapolam e desfiguram o conteúdo legislado sobre esse assunto.

O apoio à legislação que busque o afastamento da doutrinação na escola também é válido nessa esfera. Atualmente o projeto de lei que inclui na LDBE (*Lei de Diretrizes e Bases da Educação: Lei nº 9.394/96*) o “programa escola sem partido”, tem como foco a não-doutrinação na escola, seja política, ideológica ou religiosa.

O artigo 5º desse projeto trata do exercício das funções do professor, dentre elas:

(...)

V - respeitará o direito dos pais dos alunos a que seus filhos recebam a educação religiosa e moral que esteja de acordo com as suas próprias convicções;
(grifo nosso)

O parágrafo único do artigo 2ª do projeto tem orientação expressa no sentido de vedar as práticas nefastas da ideologia de gênero nas escolas, aquelas que atingem diretamente a sexualidade do aluno. Além de trazer a importante necessidade de autorização expressa dos pais para a veiculação desses e de outros conteúdos dogmáticos em seu artigo 4º.

Art. 2º O Poder Público não se imiscuirá na opção sexual dos alunos nem permitirá qualquer prática capaz de comprometer, precipitar ou direcionar o natural amadurecimento e desenvolvimento de sua personalidade, em harmonia com a respectiva identidade biológica de sexo, sendo vedada, especialmente, a aplicação dos postulados da teoria ou ideologia de gênero. (grifo nosso).

Um olhar desavisado para o projeto poderia gerar a conclusão de que o programa escola sem partido retira a ideologia de gênero, mas também retira a catequização cristã da escola. Na verdade, a catequização cristã já não ocorre na escola não-confessional justamente em decorrência

de outro matiz do princípio da liberdade de crença, que nos orienta a respeitar crença diversa da cristã, em que pese isso caracterizar uma relutância ao recebimento da Boa Nova, esse efeito colateral da laicidade. O mesmo raciocínio se aplica à ideologia de gênero, que não deve ser doutrinada, para que sejam respeitadas as crenças que se opõe às suas práticas. Além disso, o não a qualquer doutrinação na escola está implícito no fundamento de que é tarefa da família a transmissão de valores a seus filhos. Repise-se, não é lícito doutrinarem na escola sobre parentalidade, sexualidade e religiosidade do cidadão, pois são valores próprios da família e sua religiosidade.

A denúncia ao legislador de que os Planos Nacional, Estaduais e Municipais de Educação foram desfigurados pela ação do MEC ou da Secretaria de Educação ou por meio da CONAE (Conferência Nacional de Educação) de 2014 ou de qualquer outra das inúmeras ações emanadas pelo Poder Executivo de qualquer esfera também tem respaldo nessa seara..

Quanto ao Poder Executivo, ao realizar sua função típica de administrar e executar as leis deve pautar-se, como já vimos, no princípio da legalidade administrativa.

Mesmo que o Congresso já houvesse aprovado tal definição, continuaria imprópria à sala de aula por ferir a liberdade da crença que os pais repassam a seus filhos.

A defesa de um livro didático ético e sem despejo ideológico nas entrelinhas pode ser alcançada via Termo/Compromisso de Ajustamento de Conduta (TAC) entre o MPF ou outro ente público legitimado à propositura de Ação Civil Pública (art. 5º da Lei n. 7.347/85 – LACP) e a União (MEC) ou entre esses legitimados e as Editoras. O não cumprimento desse TAC legitima a propositura de Ação Civil Pública (ACP), inclusive por dano moral coletivo, com espeque na violação do princípio da legalidade administrativa e desrespeito à liberdade de crença e à liberdade da família de repassar seus valores. Além disso, qualquer cidadão pode propor Ação Popular.

Um parêntese: A celebração de TAC pelo Ministério Público se mostra oportuna, o cidadão nesse caso deverá buscar esse apoio na Promotoria da Educação no âmbito estadual e municipal e na Procuradoria do Ministério Público Federal no âmbito federal.

A Inconstitucionalidade dos atos relacionados a livros didáticos com despejo ideológico também pode ser alvo de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) pelos fundamentos acima elencados perante o STF (Supremo Tribunal Federal).

Frise-se que a inconstitucionalidade das ações emanadas do poder executivo também decorre da violação do artigo 12, IV, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos que garante o direito dos pais dos alunos sobre a educação religiosa e moral dos seus filhos. É que os direitos e garantias decorrentes de tratados internacionais, de que a República Federativa do Brasil seja parte são incorporados em nosso rol de direitos fundamentais e são normas de indubitável constitucionalidade material a teor do § 2º do artigo 5º da CF.

O mesmo raciocínio se dá também no âmbito dos Estados e Municípios, sendo passíveis de questionamento os atos emanados das Secretarias de Educação dos Estados e Municípios e das diretorias de escolas.

Individualmente, ações indenizatórias por danos morais e materiais que esses livros provoquem, também estão ao alcance do cidadão que pode acionar o ente federado, a escola, se particular, e o editor.

O Documento Final da CONAE 2014 reclama acionamentos semelhantes. As ações do MEC são bem articuladas e não se restringem apenas aos livros didáticos e ao FNE com sua CONAE. Em que pese ter sido veiculado pelos noticiários de março de 2017 que o MEC teria garantido à Bancada Evangélica e Católica que Ideologia de Gênero não entrará na Base Nacional Comum Curricular (BNCC) a última versão em elaboração tem mais de 50 referências à ideologia de gênero, esse documento, dentre outros, também é passível de questionamentos judiciais e extrajudiciais nos moldes acima. Já os Parâmetros Curriculares Nacionais em relação à orientação sexual questionam até mesmo a língua portuguesa de ser sexista e traçam ações de veiculação da ideologia de gênero em cada disciplina.

Os Planos Municipais e Estaduais de Educação (PME e PEE) que foram aprovados com base nos postulados da Ideologia de Gênero, embora sejam atos do Poder Legislativo podem ser analisados pelo poder judiciário por meio de ADI's propostas no Tribunal de Justiça do Estado, de acordo com a Constituição Estadual do ente envolvido, sob os mesmos

fundamentos da violação à liberdade de crença e da família. Os entes tinham prazo até 24 de junho de 2015 para serem aprovados, portanto muitos já estão vigentes. Os atos regulamentares que Estados e Municípios elaborarem a esse respeito também podem ser questionados via ADPF (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental) perante o STF.

O trabalho de conscientização do Chefe do Poder Executivo e de seus colaboradores diretos (Ministro da Educação, Secretários da Educação, Diretoria das Escolas, e outros) tem viés extrajudicial de suma importância, como dito, e pode ter bom êxito se articulado por lideranças de movimentos sociais (pastorais, associações, grupos, etc.) e até mesmo individualmente.

Quanto ao Poder Judiciário, sua ação é pautada nos Princípios da inevitabilidade e da inafastabilidade, não podendo deixar de dar solução ao caso concreto, solução que as partes não podem se recusar a cumprir. Porém, quando realiza suas funções atípicas de administração e fiscalização essas podem ser alvo de questionamento judicial. O CNJ por exemplo fere os princípios da legalidade e da liberdade, já que não tem competência para editar “jurisprudência musical” nas redes sociais. Nos causa estranheza deparamo-nos com os dizeres “#TodaFamíliaTem o direito de ser da forma que quiser! ‘Consideramos justa toda forma de amor’(...)” mencionando a ampliação do conceito de família com imagens.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A sociedade moderna passa por uma crise de valores muito severa em que termos sofisticados como pós-verdades, sofismas, estatísticas maquiadas e ideologias sofisticadas trazem nova roupagem e nova aceitação a uma velha conhecida: a mentira.

Recorrer às instituições democráticas, buscar soluções judiciais e extrajudiciais, como explicitado acima, significa buscar no Ministério Público, na Defensoria Pública e na Advocacia, essas funções essenciais à justiça, a medida do justo também para os fiéis da Igreja Católica, e não apenas para determinadas parcelas da sociedade. Devemos alertá-las para que não cometam o erro de escolherem apenas quem lhes agrada defender.

Em relação aos livros didáticos destinados ao ensino regular, previamente aprovados pelo MEC e distribuídos pelas Editoras, veiculam em sua maioria as práticas da Ideologia de Gênero voltadas à reformulação do conceito de família a abranger uniões homossexuais, bissexuais e transexualismo e também educação sexual a público imaturo, absurdamente abordando a sexualidade erótica adulta a crianças de dez anos.

Acontece que a ampliação do termo família é controversa pauta pendente de discussão pelo Congresso Nacional, onde o ideólogo busca reformar o Código Civil (art. 1.565) a fim de substituir a expressão “o homem e a mulher” por “duas pessoas” ao tratar de casamento. Quanto à educação sexual, em que pese ser contrário à ministração desse conteúdo na escola, o mínimo que o bom-senso e a lei exigem é a correta adequação à faixa etária da criança. O Executivo atropela o legislador, a liberdade de crença do estudante e sua família e o senso comum ao ampliar o conceito de família antes que lei o faça e ao sexualizar precocemente crianças e adolescentes.

E por que a ideologia de gênero na escola é tão danosa à fé católica?

Porque ela cria uma crise de valores na cabeça da criança cristã: os pais educam o filho no sentido de casar-se com a namorada e perpetuar a família com sua prole e ele questionará – mas a escola ensina que todos podem casar-se com quem quiser, independente do sexo biológico!

A liberdade de crença dá ao cidadão o direito à objeção de consciência, porém, no Brasil, o educador ideólogo quer a todo custo obrigar a todos que frequentam a escola a sofrer a lavagem cerebral da ideologia de gênero, que longe de buscar respeito às diferenças busca destruir o que chamam de heteronormatividade, e implantar assim a “homonormatividade” ou algo como a “Supremacia da aliança entre o Feminino e o *Queer*” em detrimento do Masculino. Se heteronormatividade não é a ideal, por que a homonormatividade seria? Os ideólogos de gênero destroem bem mais que a heteronormatividade com os postulados da ideologia de gênero, destroem a moral. A agressividade com que atuam na sociedade não nos deixa concluir algo diferente.

Falam em direito à igualdade, mas o que se nota é a inversão de papéis entre opressor e oprimido, algo como “agora é a nossa vez de subjugar quem nos subjugou”. Isso é, sem dúvidas, bem diferente de buscar igualdade e respeito às diferenças.

A conclusão óbvia a que chegamos com esse estudo é a seguinte: Se admitíssemos que o gênero é uma construção social, ensinar o homossexualismo na escola é ensinar ao aluno a ser, em última instância, homossexual ou bissexual ou o que ele quiser. Aqui se descortina uma premissa sofisticada: o ideólogo quando se aproxima da escola passa uma ideia de respeito à diversidade e igualdade entre mulheres e homens, mas na verdade busca um rearranjo social, que crê ser premissa de instauração de um “Estado Social Perfeito” com uma igualdade que na verdade é cega e acaba nivelando mulheres e homens começando pelos deveres, a reforma da previdência que está em vias de igualar a idade de aposentar-se para homens e mulheres é exemplo disso.

O disparate do ideólogo de gênero é concluir que a identidade de gênero pode ser construída e no instante seguinte outorgar-se o direito de construí-la em outrem. O direito a uma identidade, construída ou não, é personalíssimo do indivíduo e de sua família, portanto inalienável, de forma alguma pertence ao ideólogo, educador ou não.

O interlocutor poderia indagar ora o autor elogia a filha mais velha da laicidade (a liberdade de crença) ora critica a mais nova (a secularização). Nossa crítica é mais profunda, dirige-se contra empresas e instituições totalitárias bem como Estados totalitários sejam eles absolutistas, pós-democráticos ou qualquer que seja sua roupagem. Esses Estados e instituições megalomaniacos que constantemente querem substituir nossa individualidade e cultura por seus próprios desígnios. A liberdade que queremos ver preservada é na verdade nosso livre-arbítrio, não a confundam com libertinagem.

E a Igreja Católica seria uma dessas instituições? Bem, nela o ingresso é de quem o quer, querer esse, exercício do seu livre-arbítrio.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGOSTINHO DE HIPONA, Santo. O Livre arbítrio. Editora Paulus.

ALVES, C. E. R.; SOARES, C. C.; SOUZA, M. M.. *Relações de Gênero na Educação Infantil*. Presença Pedagógica, v. 20, p. 42-48

AQUINO, Felipe. *A moral católica e os dez mandamentos*. 4 ed. Lorena: Cléofas, 2010.

AZEVEDO, Pe. Paulo Ricardo. *A Ideologia de Gênero nos Planos Municipais de educação*. Disponível em: <https://padrepauloricardo.org/episodios/a-ideologia-de-genero-nos-planos-municipais-de-educacao> Acesso em 26 de nov. 2016.

AZEVEDO, Pe. Paulo Ricardo. *O que é uma ideologia?* Disponível em: <https://padrepauloricardo.org/episodios/o-que-e-uma-ideologia> Acesso em 22 de dez. 2016

BELO HORIZONTE. Plano Municipal de Educação: Lei nº 10.917, de 14 de março de 2016. DOM de Terça-feira, 15 de Março de 2016.

BÍBLIA SAGRADA AVE MARIA, 131ª ED, São Paulo, Editora Ave Maria, 1999.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 19ª Edição, São Paulo : Editora Malheiros, 2006.

BRASIL, *Constituição Federal de 1988*. Disponível em <www.planalto.gov.br> Acesso em 26 de nov. 2016.

BRASIL. *Lei de Diretrizes e Bases da Educação: Lei nº 9.394/96 – 24 de dez. 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional*. Brasília, 1998.

BRASIL. Lei nº 13.005, de 25 de junho de 2014, que aprova o Plano Nacional de Educação (PNE) e dá outras providências.

BRASIL, Projeto de lei “escola sem partido” - <http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?t=192255> acesso em 13.03.2017

BRASIL. Resolução nº 12, de 2015, da Secretaria de Direitos Humanos, publicada no Diário Oficial da União de 12 de março de 2015.

BUTLER, Judith. *Gender Trouble, feminism and the subversion of identity*, 1990, Routledge, New York.

CARTILHA: *Você já ouviu falar sobre a Ideologia de Gênero.* Disponível em <http://biopolitica.com.br/images/CARTILHA-ContraIdeologiaDeGenero-2015.pdf> Acesso em 23 de março de 2017.

COLAPINTO, JOHN. *As Nature Made Him: The Boy Who Was Raised As a Girl*. Harper Perennial, 2006.

CONAE. *Documento Final disponibilizado pelo MEC, completo disponível em* <http://conae2014.mec.gov.br/images/doc/Sistematizacao/DocumentoFinal29012015.pdf> Acesso em 26 de nov. 2016.

CONAE. *Documento final da Conferência Nacional de Educação 2014 (resumido e grifado).* Disponível em: <https://s3.amazonaws.com/padrepauloricardo-files/uploads/8kpy3p0oecs2xw4288k2/Conae-Resumido-Sublinhado.pdf> Acesso em 26 de nov. 2016.

CURY, Munir. *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado*. 7.ed., revista e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2005.

DIÓGENES JÚNIOR, José Eliaci Nogueira. *Gerações ou dimensões dos direitos fundamentais?* Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11750 Acesso em 03 de jan. 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 14. Ed. São Paulo: Atlas, 2002.

DOS SANTOS, Sérgio Roberto Leal. *Três momentos do estado de direito*. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/14935/tres-momentos-do-estado-de-direito/1> Acesso em 03 de jan. 2016.

EDUARDO, Pe. José. *Caindo no conto do gênero*. Disponível em <https://pt.zenit.org/articles/caindo-no-conto-do-genero/> Acesso em 26 de nov. 2016.

ENGELS, Friedrich. *A origem da família da propriedade família*. Disponível em:

http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_engels_origem_pr_opriedade_privada_estado.pdf acesso em 24 de março de 2017.

FERREIRA, Izalci Lucas. *Requerimento de Informação n. 565/2015, do Deputado Izalci (PSDB-DF)*. Disponível em http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=0160CA54101A76D684998B8AA92DADAE.proposicoesWeb2?codteor=1337320&filename=Tramitacao-RIC+565/2015 Acesso em 26 de nov. 2016.

FORESTONE, Shulamith. *The Dialectic of Sex*. Bantam Books, New York, 1970.

GIL, Carlos Antônio. *Como Elaborar Projetos de Pesquisa*. 4ª Edição. São Paulo. Atlas, 2002.

GROSSI, Miriam Pillar. *Identidade de gênero e sexualidade*. Disponível em: http://bibliobase.sermais.pt:8008/BiblioNET/upload/PDF3/01935_identidade_genero_revisado.pdf Acesso em 16 de março de 2017

HORKHEIMER. Max: *Autoridade e Família*, 1936, in *Teoria Crítica*, 1968.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 12ª Edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

MARX, Karl et Engels, FRIEDRICH. A Ideologia Alemã.

MEC. *Proposta da Base Nacional Comum Curricular*. 2ª versão revista. Disponível

em: <http://basenacionalcomum.mec.gov.br/documentos/bncc-2versao.revista.pdf> Acesso em 20.3.2017

MEC. Parâmetros Curriculares Nacionais do MEC. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/seb/arquivos/pdf/orientacao.pdf> consulta em 20 de março de 2017.

MELLO FILHO, José Celso. *Constituição Federal anotada*. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

MILLETT, Kate. *Sexual Politics*. Rupert Hart Davis, 1969, London.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MORA, José Ferrater (2001). *Dicionário de filosofia*. 4. (Q - Z). Ed. Loyola. p. 2728.

O'LEARY, Dale. *Agenda de gênero. Redefinindo a Igualdade*

(Condensado da obra de Dale O'Leary). Disponível em: <http://www.escolasempartido.org/images/agenero> Acesso em 26 de nov. 2016.

O'LEARY, Dale. *The Gender Agenda, Redefining Equality*, 1997, Vital Issues Press, Lafayette, Louisiana.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 28. ed., São Paulo: Malheiros, 2007.

WEREBE, Maria José Garcia. A laicidade do ensino público na França. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/rbedu/n27/n27a13.pdf> Acesso em 20 de março de 2017.

ADENDOS

Adendo 1) Histórico da implantação da ideologia de gênero nas escolas brasileiras:

Para quem pensa que as práticas da ideologia de gênero ainda não são preocupantes, esse histórico nos esclarece.

No ano de 2014 foi rechaçada a introdução no texto da legislação brasileira, mais precisamente no Plano Nacional de Educação, termos referentes à Ideologia de Gênero, cuja introdução no sistema legal nota-se pela utilização das palavras “Gênero” e “orientação sexual”, “Diversidade de Gênero”, “Identidade de Gênero”, “Relações de Gênero”, etc.

É que cuidam os ideólogos de dar novo sentido à palavra gênero, como já demonstrado, que no sentido denotativo trata-se de sinônimo de sexo, como gênero masculino e gênero feminino. O novo sentido utilizado, principalmente por psicólogos e sociólogos, diz respeito à identidade adotada pela pessoa de acordo com seus genitais, seu psicológico (sua psiquê) ou seu papel na sociedade.

O Senado alterou o inciso III, do art. 2º do substitutivo da Câmara, retirando a ênfase na promoção da “**igualdade de gênero e de orientação sexual**”, substituindo por “**erradicação de todas as formas de discriminação**” guardando, assim, sintonia com a Carta Magna (art. 3º, inc. IV) que traz como objetivo fundamental da República promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. A contenda terminou favorável ao Senado, com a aprovação do destaque para manter seu texto.

Em 2015, denúncia do Deputado Flavinho^[10] aponta que o MEC (Ministério da Educação) estaria pressionando os municípios a incluírem “Gênero” em seus planos municipais sob pena de não receberem repasses para a educação. E ainda faz um importante alerta: devemos nos atentar mais para os problemas que envolvem direitos humanos do nosso país e menos para o que querem fundações e entidades econômicas internacionais. Também em 2015 o Deputado Izalci, através do Requerimento de Informação n.º 565/2015, denuncia o reaparecimento da

Ideologia de Gênero nos planos estaduais e municipais de educação. Entenda o caso:

Em novembro de 2014 o FNE (Fórum Nacional da Educação), que é um setor/secretaria do MEC (Ministério da Educação) editou a Conferência Nacional da Educação[11] (CONAE 2014) que ressuscitou o texto que acabara de ser rejeitado no Congresso Nacional, cinco meses atrás, por meio do Documento Final da CONAE (página 19):

Em consonância com esses princípios o PNE o planejamento e as políticas no Brasil devem orientar - se pelas seguintes diretrizes:

(...)

III. superação das desigualdades educacionais, com ênfase na promoção da igualdade racial, regional, de **gênero e de orientação sexual**, e na garantia de acessibilidade; (grifo nosso)

O documento final da CONAE foi além: Busca a promoção da ideologia de gênero promovendo a diversidade de gênero, disseminando material didático que promova igualdade de gênero, orientação sexual e identidade de gênero, a promoção de Fóruns de Gênero no sistema de ensino, traçar diretrizes e garantir condições institucionais para a implantação da ideologia de gênero na escola. Nessa ação do MEC nota-se uma flagrante inconstitucionalidade, onde o órgão executivo deliberadamente caminha em sentido contrário ao dispositivo de lei inspirada no texto constitucional (art. 3º, III e IV da CF), porém este trabalho pretende demonstrar que a inconstitucionalidade do discurso da ideologia de gênero na escola tem seu ápice no desrespeito à liberdade de crença e à liberdade da família repassar seus valores a seus descendentes.

Foram encontradas 45 vezes os verbetes “Gênero”, com a significação dada pelo ideólogo, inclusive duplicado no item 28 do Documento Final. Os termos identidade de gênero e orientação sexual, corolários da referida ideologia, também são encontrados de forma abundante.

Não obstante, constantemente o MEC autoriza diversos livros didáticos com conteúdo de Gênero. Aqui, começamos a dar mais atenção às práticas dos ideólogos de gênero nas escolas ou seja a “aplicação do discurso da ideologia de Gênero no âmbito escolar”. Essa bibliografia gravita em cima de educação sexual precoce, inclusive com conteúdo adulto, e da reformulação do conceito de família, assunto que apesar de ainda estar em discussão no Congresso Nacional aos olhos das editoras e do MEC já são dados como certos. Ao abordarmos as medidas judiciais e extrajudiciais cabíveis esclareceremos melhor a inconstitucionalidade e ilegalidade dessas edições. Os livros utilizados pela rede municipal e estadual de ensino são escolhidos por cada escola através do Programa Nacional do Livro Didático (PNLD), do Ministério da Educação (MEC).

Citamos alguns livros didáticos com conteúdos da ideologia de gênero: História 2º Ano de Rosemeire Alves e Maria Eugênia Bellusci – Editora Scipione (p. 78); Projeto Coopera Geografia 2º ano de Elian Alabi Lucci e Anselmo Lazaro Branco – Editora Saraiva (p. 36, 181 e 182). O livro didático Juntos Nessa 5º ano de Vanessa Michelan da Editora Leya (p. 50, 52, 54, 265-269) traz exaustivo conteúdo de sexualidade adulta, abordando uso de preservativos, DST's e sensualidade e erotismo a crianças de 10 anos. O blog de olho no livro didático^[12] traz um catálogo com 25 livros didáticos com as práticas da ideologia de gênero.

No âmbito da escola estadual de Minas Gerais felizmente não encontramos referências à ideologia de gênero nas práticas escolares e nem nos trabalhos legislativos que buscam implementar o Plano Estadual de Educação, porém professores ideólogos e os livros autorizados pelo MEC são lá despejados.

No Rio de Janeiro foi noticiado pela imprensa em 2015 que a Escola Federal Pedro II, voltada para o ensino fundamental e médio, colocava em prática os postulados da Ideologia de Gênero.

No Município de Belo Horizonte temos o seguinte histórico:

Em abril de 2015 foi noticiado o ocorrido na UMEI do Bairro Santa Branca, em Belo Horizonte: o pai ao buscar o filho na escola constatou que a criança tinha urinado na roupa, o que normalmente não ocorria. O filho relatou para o pai que “ele estava com vergonha e intimidado de ter que usar o banheiro junto com meninas”. No primeiro momento, o diretor responsável pela UMEI disse apenas que estava seguindo orientações da

secretaria municipal de educação. Posteriormente, mudou a postura. O relato feito pela rádio Itatiaia está no link ao rodapé[13] eis um trecho do relato: **Secretaria nega “que esteja sendo aplicada nas escolas uma norma sobre a ideologia de gêneros.** Segundo o professor do Núcleo de Gênero e Diversidade da prefeitura, **Magner Miranda, a ideologia de gêneros nem vai entrar na pauta das reuniões marcadas para o próximo final de semana na capital”.** (grifo nosso)

Esse relato deriva da absurda aplicação do art. 6º da Resolução nº 12, de 16 de janeiro de 2015 da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência, que “Estabelece parâmetros para a garantia das condições de acesso e permanência de pessoas travestis e transexuais” a um ambiente de crianças na 1ª infância!

Aqui damos o nosso testemunho do ocorrido conosco na UMEI Vila Estrela, na festa junina do ano de 2016. Nosso filho informou que faria dupla com outro amigo na dança, o que não despertou nosso alerta por ser plausível uma dança em grupos homogêneos em nossa cultura ou então que não houvessem sido formado casais para a apresentação, porém na apresentação verificamos que haviam “duplas” de menino com menino, de menino com menina e de menina com menina, o que desfez nossas primeiras impressões, posteriormente buscamos saber mais sobre essa festa junina em “duplas”, pesquisa que nos conduziu à ideologia de gênero. Questionamos a professora através da agenda se a escola aplicava a ideologia de gênero e a resposta foi no sentido de evitar-se o preconceito e respeito às diversidades. Com isso começamos a perceber que o discurso é voltado para respeito às diversidades mas as práticas sugerem muito claramente, ao menos ao pai que assiste a aplicação em seu filho, um intuito de reorientação sexual da criança.

Apesar de a secretaria municipal de educação negar veementemente a inclusão da ideologia de gênero nas práticas escolares não é isso que os fatos acima apontam. Some-se a isso o fato de nos dois concursos para preenchimento de vagas de professor municipal os editais[14] contemplaram a ideologia de gênero:

Em 2014 um item do conteúdo programático (p.22) trazia “b) **Diversidade: heterogeneidade; relações étnico-raciais e de gênero;**” e recomendava o estudo do livro “. **Relações de Gênero na Educação**

Infantil. Presença Pedagógica, de ALVES, C. E. R e outros” nas sugestões bibliográficas.

No edital publicado em meados de 2015 novamente um item do conteúdo programático (p.23) trazia “2 – **Diversidade** e relações étnico-raciais e **de gênero**;”

A aprovação do PME de Belo Horizonte em dezembro de 2015, noticiada pelo jornal Estado de Minas[15], foi precedida de audiência pública acalorada onde a Associação Nacional Pró-Vida e Pró-Família se posicionava contra a inclusão da ideologia de gênero no PME e movimentos LGBT (sigla de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Transgêneros) a favor. No dia da votação teve nova confusão nas galerias da Câmara, no projeto original constavam os termos referentes à Ideologia de Gênero que foram alvo de emendas contrárias dos parlamentares da casa que foram aprovadas por 32 votos favoráveis e três contrários, em seguida houve a aprovação do PME por 34 votos a 1. Trazemos um recorte interessante da matéria: “**Elvis Cortes (PSD) disse que 85% dos municípios mineiros rejeitaram a "ideologia de gênero"**”.

Nas publicações oficiais da PBH encontramos as “Proposições Curriculares Para a Educação Infantil – Desafios Da Formação[16]” que trata da valorização da diversidade e aborda timidamente a questão do gênero a partir da página 46. Aqui frisamos novamente: o discurso é em cima de respeito à diversidade, mas as práticas é que mostram-se agressivas à família e à criança.

Em que pese ser difícil encontrar atos oficiais da secretaria de educação municipal em relação às práticas da ideologia de gênero em Belo Horizonte, esses relatos e Editais de concurso e outros documentos oficiais desmentem a secretaria de educação de Belo Horizonte e seu porta-voz, o professor Magner Miranda. Aqui novamente o Poder Executivo atropela o Poder Legislativo na questão da Ideologia de Gênero na escola, e mesmo promulgada a lei que exclui a Ideologia de Gênero nas escolas a prática escolar insiste na sua aplicação, o que denota a necessidade de uma constante atuação judicial e extrajudicial nessa questão.

Adendo 2) Crítica à sociedade atual

A sociedade passa por uma crise de identidade, vale dizer: os pais estão se perdendo na tarefa de educar seus filhos.

O cuidado com os filhos envolve educar, ensinar, transmitir valores e corrigir. Já o papel da escola é adstrito, ou pelo menos deveria ser, à transmissão de conhecimentos numa fase inicial da vida acadêmica, e, após certo amadurecimento do discente, auxiliá-lo a desenvolver uma consciência crítica em que ele convirja sua educação, ensinamentos e valores que ganha em seus processos de amadurecimento ao conhecimento adquirido na escola para que ele forme sua própria opinião.

Porém, essa sociedade, em nossa opinião, não está sabendo transmitir valores às novas gerações e acaba por achar conveniente ou ao menos consentir que a escola execute esse papel. Aqui o alerta, na escola não são seus valores que são repassados às crianças e adolescentes e sim os valores da corrente política que está na situação.

Essa crise de valores, acreditamos ser consequência de uma secularização que decorre da laicidade do Estado aliada ao sentimento de culpa desencadeado pela falta de tempo que a vida moderna e a rotina de trabalho nos impõem. Some-se a isso o excesso de tempo gasto nos viciantes *smartphones* e suas sedutoras redes sociais e constatar-se-á que não sobra muito tempo para os pais dedicarem-se a seus filhos, que acabam ganhado seu *tablet* e sentem-se contentes ao imitar o adulto no qual se espelha, quando não estão fazendo a lição de casa. Se essa conjuntura já é difícil para os pequenos e seus pais, tende a piorar em famílias desfeitas, fenômeno de dimensões exponenciais na sociedade moderna que, venhamos e convenhamos, geralmente, onera ainda mais a mãe, que passa a concentrar toda responsabilidade sobre a criação enquanto o pai apenas tem um desconto em folha e visitas para lazer.

Se não bastassem as mazelas da vida moderna, os pais agora têm em seus filhos prêmios, e ao invés de educá-los, transmitir valores e corrigi-los passam a satisfazer-lhes a vontade apenas, mesmo porque aqueles já vivem sob a ótica do império da vontade. Seja por essa culpa moderna ou pelo império da vontade, em detrimento da moral, transmitido aos infantes, esse efeito colateral da laicidade, os pais vão se perdendo na missão de educar.

Aqui abrimos um parêntese, essa degradação da família e da sociedade que nos alarma é festejada por correntes marxistas, pois simboliza a derrocada do “sistema burguês-patriarcal” essa condição necessária à implementação do sonhado Estado Social para essa “não-sociedade” que vem se formando. Quem não quer enxergar que ao afastar o patriarca da família a consequência é um fardo pesado demais para a mãe e leve demais para o pai? Buscar igualdade entre os sexos piorando ainda mais a condição da mulher, isso sim é paradoxal. Liberdade sexual para crianças é estarrecedor. A observação desarrazoada da feminista radical Shulamith Firestone^[17] nos assusta:

É necessário, em terceiro lugar, a total integração das mulheres e das crianças em todos os níveis da sociedade. E, se as **distinções culturais** entre homens e mulheres e entre adultos e crianças forem **destruídas**, nós não precisaremos mais da repressão sexual que mantém estas classes diferenciadas, sendo pela primeira vez possível a liberdade sexual “natural”. Assim, **chegaremos, em quarto lugar, à liberdade sexual para que todas as mulheres e crianças possam usar a sua sexualidade como quiserem.** (grifo nosso)

Essa degradação da sociedade, s.m.j., é consequência do que outrora foi pauta de revoluções. O homem conquista, a história revela os frutos dessa conquista.

Trocar a moral por um relativismo que desagua no Império da Vontade parece fazer com que o politicamente correto seja a nova moral do secular século XXI. Tudo que se diz contracultura e reclama anarquia e ideias marxistas, a nosso ver, ganha palco e espectadores no ambiente universitário, onde os jovens cheios do espírito de mudança concentram-se e acabam sendo manipulados.

Com a Revolução da Sorbonne, seu lema “é proibido proibir” e demais movimentos contraculturais a sociedade vai ganhando seus contornos atuais, ou perdendo-os.

O ideólogo aprimora seu eleitorado, revolucionar jovens universitários em matéria sexual ou como dizem “de gênero” quando já se tem a sexualidade bem desenvolvida, como é o caso do estudante universitário, não é tão eficaz quanto agir diretamente na formação do indivíduo.

O palco e o espectador continuam os mesmos estudantes. Porém agora lançaram a versão “infanto-juvenil” de suas pautas, e se não nos opormos à Ideologia de Gênero na escola ela será, parafraseando os publicitários, “sucesso de vendas numa escola mais próxima de você”.

Adendo 3) Mais sobre o caso de David Reimer

O experimento aparentava ser bem-sucedido, o gêmeo criado como menina vivia uma infância sem choques, até que chegada a adolescência, quando as coisas se complicam, sua voz se torna mais grave e este se sente atraído por garotas. Pouco a pouco, ele rejeita seu tratamento com hormônios femininos, substituindo-o por outro tratamento com testosterona (hormônio masculino). O gêmeo criado como mulher se sente mais um rapaz do que uma moça. Desamparado, o casal Reimer conta a verdade a seus filhos. Desde então, Bruce renomeado Brenda se torna um homem, novamente renomeado como David, no qual é criado cirurgicamente um órgão sexual masculino e são retirados os seios adquiridos pelo primeiro tratamento hormonal. Este se casará com uma mulher, com a idade de 24 anos e terá um relacionamento conturbado. Mas esta experiência fora dos padrões deixou desgastes irreparáveis sobre os gêmeos, é que eles também participaram de outras experiências envolvendo sua sexualidade, como exemplo “jogos sexuais infantis entre irmãos” que acreditavam os terapeutas da época serem necessários para o desenvolvimento sexual sadio, ambos suicidaram-se tragicamente em decorrência desse experimento antiético.

Adendo 4) Linhas sobre a liberdade de educar

Quanto à liberdade na educação nossa Constituição (art. 206, incisos II e III) erige os princípio do pluralismo de ideias e da liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber.

Essas liberdades na educação, como todas, não são irrestritas e devem guardar sintonia com todo o ordenamento jurídico. Veja: o estado laico, que busca vedar a catequização cristã em nome da liberdade de crença no seio da escola, também deve rechaçar a “catequização” ideológica que afronta a moral cristã, que a ideologia de gênero dá voz, ora, se em nome da liberdade evita-se inculcar/propagar uma crença no âmbito escolar, em nome da mesma liberdade deve-se evitar também a imposição e propagação de uma consciência principalmente por que abala a liberdade religiosa através de uma ideologia. Não é lícito à escola transmitir orientação que afronte a parentalidade, sexualidade e religiosidade do cidadão pois essas são pautas próprias de uma família, sua fé e religiosidade e não do sistema de ensino. A liberdade de ensinar encontra limitação no próprio texto constitucional.

Esse esforço exegético tem o fim de correlacionar a liberdade ao brocado de Upiano que diz: dar a cada um o que lhe pertence, que revela a fórmula popular “seu direito termina onde começa o direito do outro”. Não obriguemos o outro à direção a ser tomada. Em matéria de liberdade individual a interferência aceitável é a do aconselhamento ou a imposição legal. Aquele fundado no zelo, uma característica do amor ao próximo, esta imposição fundada na necessidade de uma pacificação social trazida pela ordem jurídica. É nesse viés que pensamos ser uma ideologia tão letal aos direitos fundamentais, ela derruba um princípio pela insistente afirmação de uma falácia.

NOTAS:

[1] Quer saber mais sobre essa história? Não deixe de ler o Adendo 3) Mais sobre o caso de David Reimer

[2] BUTLER, Judith. O Problema do Gênero: o feminismo e a subversão da identidade. (em Tradução livre)

[3] GROSSI, Miriam Pillar. *Identidade de gênero e sexualidade*.

[4] Termo pesquisado: O Paradoxo da Igualdade em youtube.com *Link:* <https://www.youtube.com/watch?v=G0J9KZVB9FM&list=PL7wMiNA1tIPjx1hud4oWunVbEF2B4M1jh>

[5] <http://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/o-que-e-ideologia-de-genero-0zo80gzpwbxg0qrmwp03wpp1>

[6] Adendo 1) Histórico da Ideologia de Gênero no Brasil.

[7] Sobre laicidade na escola, leia: A laicidade do ensino público na França (*The secularity of public education in France*) de Maria José Garcia Werebe.

[8] <https://deolhonolivrodidatico.blogspot.com.br/2016/04/candombl-e-e-umbanda-em-livros.html>

[9] Modelo de notificação: <http://deolhonolivrodidatico.blogspot.com.br/2016/02/familia-podera-processar-escola-e.html>

[10] FLAVINHO. Discurso do Deputado Flavinho na comissão de Direitos Humanos e Minorias. Disponível em <https://www.facebook.com/Flavinhocn/videos/vb.151706424885972/915975658459041/?type=2&theater> Acesso em 25 de fev. de 2017.

[11] “O Fórum Nacional de Educação (FNE), órgão de Estado criado pela Conferência Nacional de Educação de 2010 (Conae 2010) e instituído no âmbito do Ministério da Educação pela Portaria nº 1.407/2010 e pela Lei nº 13.005/2014 (PNE 2014 - 2024) que tem como atribuição planejar, organizar e coordenar as edições da Conferência Nacional de Educação” Texto retirado do documento final da CONAE acessível em: http://conae2014.mec.gov.br/images/pdf/doc_referencia.pdf acesso em 27 de fev. 2017.

[12] <http://deolhonolivrodidatico.blogspot.com.br/2016/01/mec-nao-desiste-livros-de-2016-para.html>

[13] <http://www.itatiaia.com.br/noticia/algumas-escolas-de-bh-adoptam-banheiros-unissex-para-criancas-e-deixa-pais-revoltados>

[14] Edital de 2014 da PBH: <http://fs.esppconcursos.com.br/arquivos/7a85de0bb99f36e00c82913f3780090c.pdf> e Edital de 2015 da PBH: <http://www.gestaoconcurso.com.br/documentos/15062015093729.pdf>

[15] http://www.em.com.br/app/noticia/especiais/educacao/2015/12/16/internas_educacao,717957/vereadores-aprovam-plano-de-educacao-de-bh.shtml

[16] <http://portalpbh.pbh.gov.br/pbh/ecp/contents.do?evento=conteudo&idConteudo=34457&chPlc=34457&pIdPlc=&app=salanoticias>

[17] *Shulamith Firestone: The Dialectic of Sex, 1970, Bantam Books, New York.*

O EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA SOB A LUZ DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

THAIS SANSON SENE: Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Ponta Grossa-PR. Assessora de Promotoria no Ministério Público do Estado do Paraná.

Resumo: O presente artigo aborda a temática das prerrogativas da Administração Pública para satisfação do interesse público, enfatizando, especialmente, o exercício do poder de polícia e a necessidade de equilíbrio entre o exercício desta prerrogativa administrativa com a garantia de fruição das liberdades individuais, já que o poder de polícia aponta, justamente, para a restrição da liberdade e propriedade individuais. Partindo-se das premissas de que nem as liberdades individuais, tampouco as prerrogativas da Administração são absolutas, exsurge a demanda pelo equilíbrio, pela ponderação entre tais atividades, de modo a evitar excessos por parte da Administração Pública nas restrições aos particulares, bem como proteção insuficiente ao interesse público por meio da salvaguarda exacerbada das liberdades individuais. Para tanto, por meio do método jurídico teórico e como forma de atingir este equilíbrio e encontrar os limites tanto para o exercício do poder de polícia, quanto para a fruição das liberdades individuais, é que será estudado o princípio da proporcionalidade, suas origens e fundamentos e sua aplicação prática nas atividades da Administração Pública.

Palavras-chave: Poder de Polícia. Prerrogativas da Administração Pública. Princípio da Proporcionalidade.

Sumário: 1. Introdução. 2. Aplicação do princípio da proporcionalidade no exercício do poder de polícia da administração pública. 2.1 Poder de Polícia. 2.2 Princípio da Proporcionalidade: Origem, conceito e aplicação contra os abusos da Administração. 3 Conclusão

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende demonstrar de que forma a Administração Pública se utiliza das prerrogativas que lhe são conferidas para satisfação do interesse público e, em especial, no que diz respeito ao exercício do poder de polícia. Para esclarecer, as prerrogativas constituem-se em poderes conferidos à Administração Pública para que esta realize

eficientemente o seu fim, dentre os quais encontra-se o objeto que aqui será estudado, o poder de polícia.

Mister compreender que tais prerrogativas não podem ser consideradas de forma absoluta, uma vez que confrontam com direitos individuais fundamentais. Para tanto, a Administração Pública está sujeita a restrições, sujeições a seus poderes. Estas restrições fundamentam-se na finalidade pública do ato e nos princípios administrativos e constitucionais que regem a atuação da Administração Pública[1].

E é sobre este assunto que o presente trabalho se propõe a estudar. Compondo uma análise do que seja o poder de polícia e a sua atuação, no sentido de restringir a liberdade individual e a propriedade dos particulares, em busca da satisfação destes mesmos direitos por toda a coletividade, atendendo, assim, ao interesse público. Tratar-se-á nesta esfera a tensão existente entre dois aspectos fundamentais, de um lado a liberdade individual do cidadão que o quer exercê-la plenamente, e, de outro, a função essencial da Administração Pública em adequar o exercício destes direitos ao bem-estar coletivo, ao interesse público, fazendo isto através do poder de polícia. É importante ressaltar que a simples restrição ao direito individual para atender ao interesse coletivo, por meio do poder de polícia, não configura conflito entre direitos e limites, uma vez que para que seja possível a convivência harmônica em sociedade o Direito impõe restrições e limitações aos próprios direitos individuais[2].

Deste modo, o que será aqui estudado é a ocorrência de excessos no exercício do poder de polícia. Para tanto, o estudo reger-se-á pelo método jurídico teórico, pois analisará o princípio da proporcionalidade, demonstrando o aspecto histórico de cada instituto até chegar-se na aplicação da proporcionalidade nas atividades de polícia da Administração, como forma de impor limites a este poder.

2 APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE NO EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

2.1 Poder de Polícia

Ao se pretender estudar o poder de polícia da Administração Pública é imprescindível que se proceda à análise histórica de tal instituto, uma vez que, como será demonstrado, o referido poder sempre esteve presente nas diferentes formas de Estado, submetendo-se ao processo de evolução e definição que perdura até a atualidade.

Inicialmente, durante a Idade Média, no período do feudalismo, nota-se a identificação do poder de polícia no poder pertencente ao príncipe absolutista, qual seja, o *jus politiae*, onde se determinava a boa ordem da sociedade civil sob a autoridade do Estado, opondo-se, deste modo, à ordem social ditada pela autoridade eclesiástica. Neste sentido, o poder de polícia na Idade Média possuía a noção de ordenamento político do Estado ou da cidade[3].

Posteriormente, em meados no século XV, o Estado vigente passou a ser o Estado de Polícia, onde as normas impostas pelo príncipe compreendiam-se fora do alcance dos tribunais, assim, a noção do poder de polícia figurou na Alemanha como sendo toda a atividade estatal, onde, por meio do *jus politiae*, eram conferidos amplos poderes ao príncipe para influenciar e intervir na esfera privada dos cidadãos no tocante a qualquer situação, fundamentando tal intervencionismo opressor na busca pela segurança e bem-estar coletivos[4].

Todavia, este direito de polícia concedido ao príncipe sofreu severas reduções com o passar dos séculos, deixando-se o sentido amplo de polícia de total intervencionismo, para consagração da noção de Administração Pública, especialmente em razão dos ideais advindos com a Revolução Francesa de valorização das noções de Estado de Direito e Estado Liberal, bem como dos direitos individuais[5].

O repúdio social ao modelo de Estado em que o seu próprio soberano não presta obediência às leis ensejou o nascimento do Estado de Direito, segundo o qual, todos, inclusive o soberano, devem seguir os ditames impostos nas leis estatais, sendo, por isto, o princípio da legalidade o fundamento basilar do Estado de Direito[6].

Neste modelo de Estado o poder de polícia se manifesta em um primeiro momento como uma polícia de segurança, com uma atuação limitada, visto que a primeira faceta do Estado de Direito funda-se no liberalismo e o enfoque é dado, portanto, a assegurar aos indivíduos os seus direitos subjetivos previstos nas Declarações Universais de Direitos, dentre eles, principalmente, a liberdade. Assim, o intervencionismo do Estado na liberdade dos cidadãos se expressa somente em caráter excepcional, tão-somente quando imprescindível para manutenção da ordem pública. Por outro lado, a faceta intervencionista do Estado de Direito promove o alargamento da esfera de competência da polícia de

segurança, destinando-se esta, não mais somente à segurança, mas, também, à ordem econômica e social[7].

Enfim, no presente Estado Democrático de Direito há um acréscimo das funções do Estado com larga atividade dos serviços públicos, o que leva à incontestável subordinação da iniciativa privada ao interesse da coletividade. Com tal evolução, não mais se justificando o poder de polícia na segurança interna e bem-estar coletivo, razões estas que legitimaram a opressão e a intervenção absoluta do soberano, ocorre a revitalização da noção de poder de polícia, a qual passa a atender também ao bem comum, ao passo em que busca a satisfação das liberdades e dos direitos individuais por todos, harmonizando-os no seio social em que o indivíduo se insere[8].

Com esta breve exposição torna-se possível construir um conceito do que seja o poder de polícia na atualidade fundando-se na doutrina dominante. Deste modo, o estudo será iniciado com a definição clássica trazida por Caio Tácito, segundo o qual o poder de polícia “é o conjunto de atribuições concedidas à Administração para disciplinar e restringir, em favor do interesse público adequado, direitos e liberdades individuais” [9].

Partindo-se deste conceito é possível perceber que o poder de polícia expressa uma das mais importantes atividades administrativas, pois é por meio deste que se confere à Administração a competência para disciplinar, regulamentar e limitar o exercício das liberdades individuais na busca pela realização dos direitos e liberdades fundamentais para toda a coletividade, priorizando-se, assim, o interesse público, bem como a própria concretização do Estado Democrático de Direito, com sustentáculo nos princípios da legalidade e da proporcionalidade[10].

Celso Antônio Bandeira de Mello define o poder de polícia quanto ao seu exercício, promovendo uma bipartição do conceito e definindo o poder de polícia em sentido amplo e em sentido estrito. Em sentido amplo, refere-se ao complexo de atos legislativos e executivos que tutelam a liberdade e a propriedade dos indivíduos, ajustando-as aos interesses da coletividade. Em sentido estrito, por sua vez, relaciona-se exclusivamente com as intervenções do Poder Executivo que pretendem evitar atividades particulares conflitantes com os interesses coletivos, sendo elas, as autorizações, as licenças e os regulamentos. Para o autor, este último

sentido caracteriza o poder de polícia administrativa^[11], o qual é conceituado da seguinte maneira:

Polícia administrativa é a atividade da Administração Pública, expressa em atos normativos ou concretos, de condicionar, com fundamento em sua supremacia geral e na forma da lei, a liberdade e a propriedade dos indivíduos, mediante ação ora fiscalizadora, ora preventiva, ora repressiva, impondo coercitivamente aos particulares um dever de abstenção (“non facere”) a fim de conformar-lhes os comportamentos aos interesses sociais consagrados no sistema normativo^[12].

Assim, considerando o poder de polícia esta prerrogativa da Administração Pública de limitar o exercício à liberdade individual e à propriedade, com o propósito de proteger e assegurar o exercício pleno destes mesmos direitos para toda a coletividade^[13], o seu principal fundamento é a supremacia geral das leis, ou seja, o poder conferido à Administração somente poderá ser extraído de lei^[14] e se concretizará nos atos expedidos pela Administração para a realização do interesse público, ou seja, funda-se no vínculo existente entre a Administração e seus administrados que autoriza a limitação do exercício da propriedade e das liberdades individuais em prol da coletividade. Ainda, segundo os conceitos apresentados é possível extrair a essência de tal poder, qual seja, por meio da exigência de uma abstenção do particular, promove-se indiretamente uma utilidade pública, contrariamente aos serviços públicos prestados pela Administração que visam a obtenção direta de utilidades, comodidades públicas^[15].

Devido à própria natureza do instituto aqui tratado, tendo em vista a sua função de tolher, limitar o exercício da liberdade individual e da propriedade dos particulares, exigindo-lhes uma conduta de abstenção é que nasce a questão de ser o poder de polícia um poder discricionário ou vinculado da Administração.

Inicialmente faz-se mister esclarecer no que consistem os atos vinculados e os atos discricionários. Os primeiros configuram-se quando há apenas uma opção prevista em lei, ou seja, quando a lei prescreve todos os requisitos a serem seguidos pela Administração, quando esta está

vinculada àquela, gerando para o particular um direito subjetivo de exigir da Administração determinado ato, uma vez que os requisitos estejam preenchidos. Em contrapartida, haverá discricionariedade quando por lei existir mais de uma opção para solução do caso, possibilitando ao administrador agir com liberdade para escolher dentre as hipóteses, pautando-se na conveniência, oportunidade, justiça e equidade[16].

Já esclarecida a questão dos atos administrativos, retorna-se à questão da discricionariedade ou vinculação do poder de polícia. Entende a doutrina que quando a atividade de polícia da Administração se referir às leis que condicionam a liberdade e a propriedade do indivíduo em prol do interesse público, embora a lei não prescreva todos os requisitos, tais atos de polícia serão discricionários, desde que o administrador se mantenha dentro das opções legais que lhe são propostas[17]. No entanto, é importante ressaltar o entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello, donde existem atos em que a Administração poderá exercer competência discricionária como no caso das autorizações, e casos em que a atividade de polícia administrativa será rigorosamente vinculada, como nos casos das licenças, não se podendo afirmar, portanto, que o próprio poder de polícia é discricionário, mas, sim, que o poder de polícia manifesta-se tanto por atos discricionários como por atos vinculados, a depender do que prescrever a lei[18].

Em seguida, uma das principais características do poder de polícia da Administração Pública é a possibilidade de autoexecutoriedade de suas medidas, o que significa que a Administração Pública tem o condão de executar suas próprias medidas sem a necessidade de prévia consulta ao Poder Judiciário, isto é, pode a Administração exigir a adequação do comportamento dos particulares às suas medidas independentemente de juízo prévio pela autoridade judiciária[19]. Todavia há que se ressaltar o caráter restrito da autoexecutoriedade dos atos de polícia, estes devem estar condicionados ao absolutamente indispensável, sob pena de caracterizarem arbítrio e resultarem na nulidade do ato[20].

Posto isto, chega-se ao cerne deste trabalho, a análise geral sobre os limites ao poder de polícia da Administração Pública e a análise específica do Princípio da Proporcionalidade como forma de limitar os abusos cometidos sob o amparo das prerrogativas do poder de polícia.

Com a evolução do conceito de poder de polícia e o alargamento de sua competência, define-se o seu amplo campo de atuação. Destarte, os atos de polícia tratarão sobre questões de segurança, pessoas, bens, saúde, tranquilidade pública, preservação da qualidade do meio ambiente natural, cultural e do abastecimento de alimentos, bem como do combate ao abuso do poder econômico. Alguns exemplos desta ampla incidência consistem no direito de construir, na fiscalização das condições sanitárias de alimentos e medicamentos, no combate à poluição sonora, visual, atmosférica e das águas e na fiscalização e controle dos preços e da atividade bancária[21].

No entanto, esta prerrogativa de reprimir o exercício das liberdades individuais não poderá ser absoluta, uma vez que se tratam aqui de direitos fundamentais garantidos constitucionalmente. Diante disto, são estabelecidos limites a atuação do poder de polícia, os quais são expostos de maneira clara por Odete Medauar. A primeira limitação está nos próprios direitos fundamentais, pois o reconhecimento e regulamentação por lei própria por si só bastam para limitar a atuação do poder de polícia, devendo a interpretação ser restrita e sempre favorável ao exercício do direito fundamental. A legalidade dos meios é outro óbice ao poder de polícia, pois o seu exercício deve estar previsto em lei. E, por último, as regras que dizem respeito à competência, forma, motivo e finalidade do ato de polícia mostram-se limitadoras, pois, se o fim não se prestar ao interesse público caracterizado estará o abuso de poder[22].

2.2 Princípio da Proporcionalidade: Origem, conceito e aplicação contra os abusos da Administração

Propôs-se anteriormente o estudo principiológico como forma de limitação à atuação do poder administrativo que ora aqui é estudado. Para tanto, o Princípio da Proporcionalidade será estudado como ferramenta efetiva de proteção aos direitos fundamentais e de concretização da justiça. De início, para a boa construção do estudo, importante destacar o ensinamento de José Joaquim Gomes Canotilho, segundo o qual os princípios são normas que exigem a realização de algo da melhor forma possível, não são proibitivos nem permissivos, mas sim, são padrões de otimização de um direito ou de um bem jurídico, nascem para aperfeiçoar[23]. No mesmo sentido, o jurista Domenico Farias entende como característica dos princípios a sua generalidade, no entanto,

acrescenta o caráter de normas jurídicas genuínas, atribuindo-lhes a característica de *fecundidade*, asseverando que os princípios são a alma e o fundamento de outras normas[24].

Deste modo, os princípios são alicerces do sistema jurídico, são a sua base, seus critérios e suas justificativas.

Devidamente pontuada a questão sobre os princípios, parte-se para o estudo do princípio da proporcionalidade. Em primeiro lugar, cabe ressaltar que se trata de um princípio implícito no ordenamento jurídico, derivado do próprio modelo de Estado vigente e é de grande importância o seu estudo, visto que o seu nascimento ocorreu pós Segunda Guerra Mundial, decorrente da construção jurisprudencial alemã, que o elevou ao status de princípio constitucional após se perceber que o princípio da legalidade estrita não era suficiente para proteger os direitos fundamentais dos abusos, haja vista que as atrocidades cometidas durante o regime nazista realizaram-se sob a proteção da estrita legalidade[25].

Assim, ascendeu uma nova concepção de Estado, o Estado Democrático de Direito, cujo centro da ordem jurídica voltou-se para a proteção dos direitos fundamentais e realização da justiça, sendo que tal objetivo só se pode alcançar com o princípio da proporcionalidade, que busca o equilíbrio, a ponderação, a justiça[26].

Embora o conceito de proporcionalidade encontre-se em contínua evolução, é possível, através da noção de proporcionalidade, instituir em uma situação de fato uma relação entre meio e fim, donde os meios deverão ser apropriados para atingir o fim desejado, tornando capaz o controle do excesso, da desproporção entre meios e fins. Através deste controle visualiza-se a principal função do princípio da proporcionalidade, qual seja a contenção dos poderes do Estado e a efetiva proteção aos direitos fundamentais[27].

O princípio da proporcionalidade é composto por três subprincípios que devem ser observados quando da análise do caso concreto, quais sejam a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

O primeiro elemento da proporcionalidade dita que a medida adotada para a realização de um fim baseado no interesse público deverá ser adequada, apropriada para a concretização deste propósito, exige-se que a medida possibilite atingir o objetivo escolhido. Tal elemento refere-se

à conformidade, à validade do fim pretendido[28]. Por sua vez, o subprincípio da necessidade prescreve que a admissibilidade da medida está condicionada à sua necessidade, sendo que a necessidade está na escolha do meio empregado, o qual deverá ser o mais suave, em observância ao defendido por Canotilho, de que o cidadão tem direito a menor desvantagem possível[29]. E, por último, a proporcionalidade em sentido estrito deverá ser compreendida como o princípio da justa medida, onde, no caso concreto, analisar-se-á sobre o meio ou os meios que forem mais benéficos para os direitos fundamentais envolvidos. É, nos dizeres de Canotilho, “pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim” [30].

No âmbito do Direito Administrativo, a proporcionalidade atua no sentido de evitar os abusos de poder que possam ser cometidos sob o respaldo dos poderes conferidos à Administração. No tocante ao poder de polícia, por se tratar de uma limitação, uma restrição a liberdade individual e a propriedade do particular a análise da proporcionalidade há que ser feita com bastante cautela, pois a partir do momento em que há uma restrição excessiva, abusiva, desproporcional de direito individual do administrado, quer seja por intensidade da restrição, quer seja pela extensão da medida, ou pelo motivo desnecessário, a ilegalidade da conduta estará explícita, uma vez que como já explicado anteriormente, as restrições a que serão submetidos os particulares somente deverão ocorrer quando forem indispensáveis para a concretização do interesse da coletividade. Diante disto, os atos que não forem conformes à finalidade da lei, serão desconformes à própria lei, donde se extrai que os atos desproporcionais são, em sua raiz, ilegais, devendo ser apreciados pelo Judiciário, valendo salientar que caberá ao Poder Judiciário analisar os atos administrativos quando houver suspeita de excesso, devendo corrigi-los quando possível ou, caso contrário, anulá-los[31]. Como exemplo de excesso pela intensidade da medida de polícia pode-se citar o emprego de violência para dissolver reunião não autorizada, porém pacífica, enquanto que por extensão da medida de polícia configura-se a apreensão de todos os exemplares de jornal, por prejudicial à moralidade, quando a medida necessária ao fim que se pretendia era unicamente impedir a sua distribuição nos locais em que o bem jurídico fosse realmente ofendido[32].

Portanto, deve a Administração exercer o seu poder de polícia em harmonia com o princípio da proporcionalidade, sob pena de depreciação dos interesses coletivos e lesão aos interesses individuais, passíveis estes de controle jurisdicional e defesa por via judicial mediante mandado de segurança ou *habeas corpus*[33].

Neste sentido prescreve Fábio Medina Osório “os caminhos da proporcionalidade podem fornecer substrato necessário ao equilíbrio entre os direitos individuais atingidos pelos instrumentos administrativos repressores e os direitos da comunidade protegidos pelo mesmo legislador[34].”

Por fim, visando à proteção do interesse público em harmonia com a liberdade individual, mostra-se a importância da aplicação do princípio da proporcionalidade para que se possa estabelecer o equilíbrio entre tais esferas jurídicas e harmonizá-las, em prol da concretização do Estado Democrático de Direito.

3 CONCLUSÃO

Viu-se no decorrer do estudo que o poder de polícia é uma atividade essencial da Administração Pública, pois se destina a atender o interesse público, mesmo que indiretamente, buscando em sua essência mais pura a concretização da justiça e do Estado Democrático de Direito, almejando que todos tenham o exercício dos seus direitos garantidos, mesmo que para isto implique em restrição ao interesse do particular.

É através do poder de polícia que a Administração garante que o interesse público não seja lesionado de nenhuma forma pelo interesse particular do cidadão, em respeito ao princípio da supremacia do interesse público.

No entanto, a busca por tal objetivo não poderá gerar restrições indevidas aos direitos individuais, ou seja, na busca pela prevalência do interesse coletivo não se pode exigir que o particular suporte restrições a mais do que o já exigido pela convivência social. No caso de haver esta exigência tudo há que ser feito em respeito às leis e aos princípios da legalidade, da moralidade e principalmente da proporcionalidade. Isto porque se trata aqui de direitos fundamentais garantidos constitucionalmente e também na ordem internacional, os quais devem ser protegidos na sua totalidade sempre que possível.

Portanto, é que se salienta, mais uma vez, a importância do princípio da proporcionalidade no exercício do poder de polícia da Administração Pública, tendo em vista que o particular sofrerá uma imposição, uma restrição, uma limitação ao exercício do seu direito de liberdade e de propriedade, aos seus direitos fundamentais, em prol do interesse da coletividade em que se insere.

Assim, de tudo quanto foi exposto no presente estudo é que se pode dizer da importância da atuação legal e proporcional do poder de polícia, pois só assim será possível conciliar o exercício da liberdade individual do cidadão com a necessidade de manter a ordem social e a realizar o interesse público, ressaltando a importância do Administrador em fundar-se sempre no caminho da lei e dos princípios que o regem, elevando aí a essencialidade do princípio da proporcionalidade no sentido de assegurar ambos os interesses possibilitando a convivência social harmônica e a concretização do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Administrativo*. 4ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2000;

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 23ª. ed., São Paulo: Malheiros, 2008;

CANOTILHO, JJ Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed., Coimbra: Almedina, 2003;

CRETELLA JUNIOR, José. *Direito Administrativo Brasileiro, vol. 4: Poder de Polícia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1961;

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 21ª. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2008;

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 2ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006;

MEDAUAR, Odete; *Direito Administrativo Moderno*. 14ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010;

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 14ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989;

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010;

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NOTAS:

[1] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 21^a. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2008, p. 59-61 e 105.

[2] “A idéia de limite surge do próprio conceito de direito subjetivo: tudo aquilo que é juridicamente garantido é também juridicamente limitado”

ZANOBINI *Apud* DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 21^a. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2008, p. 105.

[3] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 21^a. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2008, p. 106-107. MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 14^a. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 344-345.

[4] CRETELLA JUNIOR, José. *Direito Administrativo Brasileiro, vol. 4: Poder de Polícia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1961, p. 21;

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 21^a. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2008, p. 106-107.

[5] MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 14^a. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 345.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 21^a. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2008, p. 106.

[6] O princípio da legalidade é específico do Estado de Direito, é justamente aquele que o qualifica e que lhe dá a identidade própria. É o princípio basilar do regime jurídico-administrativo, já que o Direito Administrativo nasce com o Estado de Direito; é uma consequência dele. É o fruto da submissão do Estado à lei. É, em suma: a consagração da idéia de que a Administração Pública só pode ser exercida na conformidade da lei e que, de conseguinte, a atividade administrativa é atividade sublegal, infralegal, consistente na expedição de comandos complementares à lei.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 99-100.

[7] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 21^a. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2008, p. 106-107.

[8] In ESCOLA, Héctor Jorge. *Compendio de derecho administrativo*. v. 2. p. 79-80 *Apud* BASTOS, Celso Ribeiro; *Curso de Direito Administrativo*. 4^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 149.

[9] In TÁCITO, Caio. *O poder de polícia e seus limites*. RDA 27/5 Apud MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 822.

[10] JUSTEN Filho, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 2ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 393.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 14ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 346.

[11] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 822-823

[12] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 837

[13] In CAVALCANTI, Themistocles Brandão Apud MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 14ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 347.

[14] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 823-824

[15] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 831-832

[16] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 21ª. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2008, p. 200-201.

[17] MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 14ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p.115.

[18] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 836-837.

[19] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 841

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 21ª. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2008, p. 110-111.

[20] BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Administrativo*. 4ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p.157.

[21] MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 14ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 349-350.

[22] MEDAUAR, Odete; *Direito Administrativo Moderno*. 14^a. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 351-352.

[23] CANOTILHO, JJ Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7^a ed., Coimbra: Almedina, 2003, p.1239-1241.

[24] In *Idealità e Indeterminatezza dei Principi Costituzionali*, p.163 Apud BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 23^a. ed., São Paulo: Malheiros, 2008, p. 274.

[25] BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 23^a. ed., São Paulo: Malheiros, 2008, p. 398-399.

[26] BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 23^a. ed., São Paulo: Malheiros, 2008.

[27] BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 23^a. ed., São Paulo: Malheiros, 2008, p. 392-402.

[28] BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 23^a. ed., São Paulo: Malheiros, 2008, p. 397.

[29] BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 23^a. ed., São Paulo: Malheiros, 2008, p. 397.

CANOTILHO, JJ Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição Apud* MELLO, Celso Antônio Bandeira de; *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 111.

[30] CANOTILHO, JJ Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição Apud* MELLO, Celso Antônio Bandeira de; *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 111.

[31] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 110 e 843.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 180.

[32] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 843.

[33] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 842-843.

[34] OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.181.

O PROCEDIMENTO DA SEPARAÇÃO JUDICIAL NO NOVO CPC: UMA ANÁLISE DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE À LUZ DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/2010

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

RESUMO: O estudo aborda a previsão do instituto da Separação Judicial no novo Código de Processo Civil, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Por meio de uma pesquisa bibliográfica envolvendo posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais, além da interpretação da própria lei, objetiva esclarecer a inconstitucionalidade da Separação Judicial após o advento da Emenda Constitucional nº 66/2010, no ordenamento jurídico brasileiro. Também analisa os conceitos e diferenças entre a Separação e o Divórcio.

Palavras-Chave: Separação Judicial. Novo Código de Processo Civil. Emenda Constitucional nº 66/2010.

ABSTRACT: The study deals with the prediction of the Institute of Judicial Separation in the new Civil Procedure Code, Law 13.105, of March 16, 2015. Through a bibliographical research involving doctrinal and jurisprudential positions, besides the interpretation of the law itself, aims to clarify the (In) constitutionality of the Judicial Separation after the advent of Constitutional Amendment No. 66/2010, in the Brazilian legal system. It

also looks at the concepts and differences between Separation and Divorce.

Keywords: Judicial Separation. New Code of Civil Procedure. Constitutional Amendment n° 66/2010.

Sumário: 1 Introdução; 2 Breve Histórico da Dissolução do Vínculo Conjugal; 3 Conceitos e Diferenças entre a Separação e o Divórcio; 4 Separação Judicial após a Emenda Constitucional n° 66/2010; 5 Da Separação no Novo Código de Processo Civil; 6 Conclusão

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa apresenta os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais sobre a Separação Judicial e o Divórcio após o advento da Emenda Constitucional n° 66/2010. O estudo ressalta as previsões da separação no novo Código de Processo Civil e analisa a compatibilidade deste instituto em face da Constituição Federal. O objetivo geral desta obra é verificar a constitucionalidade da Separação Judicial, tendo em vista que a Emenda Constitucional n° 66/2010 alterou a redação do art. 226, §6º, da CF/1988, e retirou do texto a disposição da separação como mecanismo de dissolução do casamento civil.

Para isto, foi desenvolvida uma pesquisa exploratória, adotando como procedimento técnico a pesquisa bibliográfica, baseada em livros, artigos de periódicos científicos, jurisprudências, bem como *sites* especializados e com conteúdos relacionados. A avaliação desta problemática revela-se importante, visto que o novo Código de Processo Civil trouxe em diversos artigos a expressão “separação”, e, conseqüentemente, vem à baila o ressurgimento do tema, que estava consagrado como extinto pela doutrina e jurisprudência majoritária.

2 BREVE HISTÓRICO DA DISSOLUÇÃO DO VÍNCULO CONJUGAL.

O marco inicial do estudo é a primeira Constituição da República, de 1891, que consolidou o Estado Republicano e extinguiu a religião oficial

(católica), promovendo o Brasil a um país laico. Até então, o casamento civil era obrigatoriamente vinculado às cerimônias religiosas. Com a Constituição de 1891, vieram as disciplinas da separação de corpos, sendo indicadas as causas aceitáveis: adultério, sevícia ou injúria grave, abandono do domicílio conjugal por dois anos contínuos e mútuo consentimento dos cônjuges, se fossem casados há mais de 2 anos.

Em 1901, o jurista Clóvis Beviláqua apresentou seu projeto de Código Civil, que só foi aprovado em 1916 (BEVILAQUA, 1901). Neste dispositivo, o término da sociedade conjugal somente era possível através do desquite, que autorizava a separação dos cônjuges, pondo termo ao regime de bens. Entretanto, permanecia o vínculo matrimonial. A segunda Constituição, de 1934, tornou a indissolubilidade do casamento como preceito constitucional, sendo este reiterado nas seguintes Constituições de 1937, 1946 e 1967.

Na Carta Magna outorgada pelos militares, em 1969, ficou consignado que qualquer projeto de divórcio somente seria possível com a emenda constitucional por dois terços de senadores e de deputados, que veio a ser instituída em 1977 e regulamentada pela Lei nº 6.515, de 26 de dezembro do mesmo ano. No ano de 1988, a nova Constituição Federal trouxe em sua redação original o art. 226, §6º: “O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de 2 anos” (BRASIL, 1988).

A Lei nº 11.441, de 4 de janeiro de 2007, instituiu que o divórcio e a separação consensuais podem ser requeridos por via administrativa diretamente nos cartórios de notas, dispensando a necessidade de intervenção judicial e do Ministério Público, assistidos por advogado, desde que o casal não tenha filhos menores ou incapazes. Finalmente, em 2010, foi promulgada a Emenda Constitucional nº 66, que conferiu nova redação para ao §6º do art. 226 da Constituição Federal. A partir de então, o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio (direto), sendo suprimido do texto o requisito da prévia separação judicial por mais de um ano ou de comprovada separação de fato por mais de 2 anos.

3 CONCEITOS E DIFERENÇAS ENTRE A SEPARAÇÃO E O DIVÓRCIO

O artigo 1.571 do Código Civil de 2002 assim dispõe:

Art. 1.571. A sociedade conjugal termina:

I - pela morte de um dos cônjuges;

II - pela nulidade ou anulação do casamento;

III - pela separação judicial;

IV - pelo divórcio.

§ 1º O casamento válido só se dissolve pela morte de um dos cônjuges ou pelo divórcio, aplicando-se a presunção estabelecida neste Código quanto ao ausente.

§ 2º Dissolvido o casamento pelo divórcio direto ou por conversão, o cônjuge poderá manter o nome de casado; salvo, no segundo caso, dispondo em contrário a sentença de separação judicial. (BRASIL, 2002)

Pelo texto de Lei, percebe-se clara distinção entre o instituto da separação judicial e do divórcio. O primeiro pode ser definido como: “a extinção da sociedade conjugal não pressupondo desfecho do vínculo matrimonial; ela põe termo às relações do casamento, mas mantém intacto o vínculo, o que impede os cônjuges de contrair novas núpcias”, conforme ensinamento do professor Caio Mário da Silva Pereira (2007, p. 249). Por outro lado, o divórcio é conceituado pela jurista Maria Helena Diniz (2008, p. 330) como: “O divórcio é a dissolução de um casamento válido, ou seja, extinção do vínculo matrimonial, que se opera mediante sentença judicial, habilitando as pessoas a convolar novas núpcias”.

A diferença essencial é que com a separação judicial não se pode casar novamente, já o divórcio garante a possibilidade de novas núpcias. Há ainda outras pequenas diferenças: se o cônjuge separado judicialmente falece, o estado civil do sobrevivente é viúvo, ao passo que o divorciado continua sendo divorciado; se os divorciados pretendem reatar o casamento, é necessário novo processo de habilitação para o casamento, enquanto os separados judicialmente podem voltar ao estado civil anterior por meio de uma simples petição ao juiz.

A verdade é que ambos os regimes, tanto a separação judicial quanto o divórcio, têm a mesma finalidade: acabar com o casamento. Por essa razão a doutrina majoritária defende veementemente a inutilidade da separação, conforme posicionamento de Maria Berenice Dias:

É um instituto que traz em suas entranhas a marca de conservadorismo atualmente injustificável. É quase um limbo: a pessoa não está mais casada, mas não pode casar de novo. Se, em um primeiro momento, para facilitar a aprovação da Lei do Divórcio, foi útil e, quiçá, necessária, hoje inexistente razão para mantê-la (...). Portanto, de todo o inútil, desgastante e oneroso, tanto para o casal, como para o próprio Poder Judiciário, impor uma duplicidade de procedimentos para manter, durante o breve período de um ano, uma união que não mais existe, uma sociedade conjugal “finda”, mas não “extinta”. (DIAS, 2009, p. 274)

Neste prisma, foi extinta a necessidade da separação prévia no texto da Carta Magna, com a entrada em vigor da Emenda Constitucional nº 66/2010.

4 SEPARAÇÃO JUDICIAL APÓS A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/2010

A redação original do art. 226, §6º, da Constituição Federal previa:

Art. 226 [...]

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, após prévia separação judicial por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou comprovada separação de fato por mais de dois anos. (BRASIL, 1988)

Com o advento da Emenda Constitucional nº 66/2010, o texto passou a vigorar nos seguintes termos: “§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”. (BRASIL, 2010). Considerando a autoexecutoriedade da norma constitucional, a inovação tem aplicação imediata, sem necessidade de qualquer aporte infraconstitucional para sua eficácia. Nota-se que houve apenas alteração no Texto Maior, sem modificação ou revogação de dispositivos do Código Civil de 2002 ou de leis específicas, cabendo a doutrina e jurisprudência definir quais construções jurídicas ainda persistem.

Ao analisar o conteúdo da nova redação é nítida a supressão da separação como requisito para o divórcio, bem como a eliminação de prazo para sua propositura, judicial ou administrativo. No entanto, há quem ainda defenda o instituto da separação judicial, por questões de ordem moral e religiosa. Como já dito, o casamento era obrigatoriamente vinculado às cerimônias religiosas. Reconhecendo a manutenção da separação judicial, há julgados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, podendo ser transcrito o seguinte:

Separção Judicial. Viabilidade do pedido. Não obrigatoriedade do divórcio para extinguir a sociedade conjugal. 1. A Emenda Constitucional n.º 66 limitou-se a admitir a possibilidade de concessão de divórcio direto para dissolver o casamento, afastando a exigência, no plano constitucional, da prévia separação judicial e do requisito temporal de separação fática. 2. Essa disposição constitucional evidentemente não retirou do ordenamento jurídico a legislação infraconstitucional que continua regulando

tanto a dissolução do casamento como da sociedade conjugal e estabelecendo limites e condições, permanecendo em vigor todas as disposições legais que regulamentam a separação judicial, como sendo a única modalidade legal de extinção da sociedade conjugal, que não afeta o vínculo matrimonial. 3. Somente com a modificação da legislação infraconstitucional é que a exigência relativa aos prazos legais será afastada. Recurso provido. (TJRS, Agravo de Instrumento 70039285457, 7.^a Câmara Cível, Comarca de Sapiranga, Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. 01/011/2010)

Em sentido contrário, sustentado por maioria, compreende-se que a chamada “Emenda do Divórcio” extinguiu o instituto da separação judicial. Esse é o pensamento de Zeno Veloso:

(...) numa interpretação histórica, sociológica, finalística, teleológica do texto constitucional, diante da nova redação do art. 226, §6.º, da Carta Magna, sou levado a concluir que a separação judicial ou por escritura pública foi figura abolida em nosso direito, restando o divórcio que, ao mesmo tempo, rompe a sociedade conjugal e extingue o vínculo matrimonial. Alguns artigos do Código Civil que regulavam a matéria foram revogados pela superveniência da norma constitucional – que é de estrutura máxima – e perderam a vigência por terem entrado em rota da colisão com o dispositivo constitucional superveniente. (VELOSO, 2010, s. p.)

Na mesma senda, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2011, p. 547):

Em síntese, com a nova disciplina normativa do divórcio, encetada pela Emenda Constitucional, perdem a força jurídica as regras legais sobre

separação judicial, instituto que passe a ser extinto no ordenamento jurídico, seja pela revogação tática (entendimento consolidado pelo STF), seja pela inconstitucionalidade superveniente pela perda da norma validante (entendimento que abraçamos do ponto de vista teórico, embora os efeitos práticos sejam os mesmos). (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2011, p. 547).

A propósito, merece relevo o trecho com manifestação acidental do voto prolatado pelo Ministro Luis Felipe Salomão no Superior Tribunal de Justiça: “Assim, para a existência jurídica da união estável, extrai-se o requisito da exclusividade de relacionamento sólido da exegese do §1.º do art. 1.723 do Código Civil de 2002, *fine*, dispositivo esse que deve ser relido em conformidade com a recente EC n.º66 de 2010, a qual, em boa hora, aboliu a figura da separação judicial” (BRASIL, 2011). Esse entendimento é o que prevalece no Superior Tribunal de Justiça e Tribunais de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FAMÍLIA. AÇÃO DE DIVÓRCIO CONSENSUAL DIRETO. AUDIÊNCIA PARA TENTATIVA DE RECONCILIAÇÃO OU RATIFICAÇÃO. INEXISTÊNCIA. DIVÓRCIO HOMOLOGADO DE PLANO. POSSIBILIDADE. RECURSO DESPROVIDO. 1. Em razão da modificação do art. 226, § 6º, da CF, com a nova redação dada pela EC 66/10, descabe falar em requisitos para a concessão de divórcio. 2. Inexistindo requisitos a serem comprovados, cabe, caso o magistrado entenda ser a hipótese de concessão de plano do divórcio, a sua homologação. 3. A audiência de conciliação ou ratificação passou a ter apenas cunho eminentemente formal, sem nada produzir, e não havendo nenhuma questão relevante de direito a se decidir, nada justifica na sua ausência, a anulação

do processo. 4. Ainda que a CF/88, na redação original do art. 226, tenha mantido em seu texto as figuras anteriores do divórcio e da separação e o CPC tenha regulamentado tal estrutura, com a nova redação do art. 226 da CF/88, modificada pela EC 66/2010, deverá também haver nova interpretação dos arts. 1.122 do CPC e 40 da Lei do Divórcio, que não mais poderá ficar à margem da substancial alteração. Há que se observar e lembrar que a nova ordem constitucional prevista no art. 226 da Carta Maior alterou os requisitos necessários à concessão do Divórcio Consensual Direto. 5. Não cabe, in casu, falar em inobservância do Princípio da Reserva de Plenário, previsto no art. 97 da Constituição Federal, notadamente porque não se procedeu qualquer declaração de inconstitucionalidade, mas sim apenas e somente interpretação sistemática dos dispositivos legais versados acerca da matéria. 6. Recurso especial a que se nega provimento. (STJ - REsp: 1483841 RS 2014/0058351-0, Relator: Ministro MOURA RIBEIRO, Data de Julgamento: 17/03/2015, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 27/03/2015)

APELAÇÃO CÍVEL. DIVÓRCIO APÓS EC N.º 66/10. MUDANÇA DE PARADIGMA. ART. 226, § 6º, CR/88. NORMA CONSTITUCIONAL DE EFICÁCIA PLENA E APLICABILIDADE DIRETA, IMEDIATA E INTEGRAL (AUTOAPLICÁVEL OU "SELF-EXECUTING"). FIM DO INSTITUTO DA SEPARAÇÃO JUDICIAL. PRINCÍPIO DA INTERVENÇÃO MÍNIMA DO ESTADO NA VIDA PRIVADA. AUTONOMIA DA VONTADE DO CASAL. FIM DO AFETO. EXTINÇÃO DO VÍNCULO CONJUGAL. INEXISTÊNCIA DE REQUISITO TEMPORAL PARA O DIVÓRCIO. DIREITO

POTESTATIVO. SENTENÇA MANTIDA. I - Diante da alteração do art. 226, § 6º, CR/88, não mais subsistem o instituto da separação judicial e as normas infraconstitucionais incompatíveis com o novel texto constitucional, devendo o divórcio ser reconhecido como direito potestativo dos cônjuges. II - É desnecessária a comprovação de transcurso de lapso temporal concernente à separação ou de qualquer justificativa quanto aos motivos determinantes da ruptura do vínculo conjugal, sequer da imputação de culpa, bastando o fim do afeto e o desejo do casal de se divorciar. Trata-se de deliberação personalíssima. Ademais, diante da laicidade e da imperiosa observância do princípio da dignidade da pessoa humana e da ruptura do afeto, a intervenção do Estado há de ser mínima na autonomia privada do casal. (TJ-MG - AC: 10028100033597001 MG, Relator: Peixoto Henriques, Data de Julgamento: 05/03/2013, Câmaras Cíveis Isoladas / 7ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 08/03/2013)

APELAÇÃO CÍVEL Nº 005100004604
RELATOR: DES. SUBS. WILLIAN SILVA
RECORRENTE : ADRIANO DE PAULA
SILVAADVOGADO: ZIRALDO TATAGIBA
RODRIGUES RECORRENTE: MINISTÉRIO
PÚBLICO ESTADUALRECORRIDO: BRUNA
GOMES RIBEIROMAGISTRADO: ADELINO
AUGUSTO PINHEIRO PIRES ACÓRDAO EMENTA.
FAMÍLIA E PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO
CÍVEL. DIVÓRCIO. EC 66/2010. ARTIGO 226º DA
CF. APLICAÇÃO IMEDIATA. SEPARAÇÃO.
INSUBSISTÊNCIA. REQUISITOS DO ARTIGO 1580
DO CC. COMPROVAÇÃO. INEXIGÊNCIA.
RECURSOS PROVIDOS. 1. A nova redação do 6º do

artigo 226 da CF não repetiu a exigência de prazo mínimo de separação do casal para a dissolução do vínculo matrimonial. A partir da EC 66/2010, a exigência deste prazo não subsiste como requisito para a decretação do divórcio. 2. O artigo 226, 6º, da CF, com a redação dada pela EC 66/2010, tem aplicação imediata e deve prevalecer diante das disposições infraconstitucionais em contrário, que se consideram tacitamente revogadas. 3. A partir da EC 66/2010, o pedido de divórcio deve ser apreciado sem que se perquiria o lapso temporal da separação de fato do casal ou quaisquer outras causas do fim da sociedade conjugal, porquanto estes elementos não subsistem como condição ou requisito para o deferimento do pedido. 4. Recursos providos para anular a sentença. Vistos, relatados e discutidos estes autos em que são partes as acima indicadas. Acorda a colenda QUARTA CÂMARA CÍVEL, em conformidade com a ata e notas taquigráficas que integram o presente julgado, à unanimidade de votos, DAR PROVIMENTO aos recursos. Vitória (ES), 05 de setembro de 2011. Desembargador Presidente Desembargador Subs. WILLIAN SILVA (TJES, Classe: Apelação Cível, 5100004604, Relator: SAMUEL MEIRA BRASIL JUNIOR - Relator Substituto Designado: WILLIAN SILVA, Órgão julgador: QUARTA CÂMARA CÍVEL , Data de Julgamento: 05/09/2011, Data da Publicação no Diário: 26/09/2011) (TJ-ES - AC: 5100004604 ES 5100004604, Relator: SAMUEL MEIRA BRASIL JUNIOR, Data de Julgamento: 05/09/2011, QUARTA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 26/09/2011)

Diante das manifestações doutrinárias predominantes e jurisprudências consolidadas nos tribunais, a matéria estava aparentemente pacificada. No entanto, o Código de Processo Civil de 2015

trouxe novamente a figura da separação, o que fez renascer a matéria no ordenamento jurídico brasileiro.

5 DA SEPARAÇÃO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O novo Código de Processo Civil, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, em síntese, trouxe a expressão “separação” nos artigos 53, I, 189, II, §2º, 693, 731, 732 e 733:

Art. 53. É competente o foro:

I - para a ação de divórcio, separação, anulação de casamento e reconhecimento ou dissolução de união estável:

Art. 189. Os atos processuais são públicos, todavia tramitam em segredo de justiça os processos:

I - em que o exija o interesse público ou social;

II - que versem sobre casamento, separação de corpos, divórcio, separação, união estável, filiação, alimentos e guarda de crianças e adolescentes;

(...)

§ 2º O terceiro que demonstrar interesse jurídico pode requerer ao juiz certidão do dispositivo da sentença, bem como de inventário e de partilha resultantes de divórcio ou separação.

Art. 693. As normas deste Capítulo aplicam-se aos processos contenciosos de divórcio, separação, reconhecimento e extinção de união estável, guarda, visitação e filiação.

Art. 731. A homologação do divórcio ou da separação consensuais, observados os requisitos legais, poderá ser requerida em petição assinada por ambos os cônjuges, da qual constarão:

Art. 732. As disposições relativas ao processo de homologação judicial de divórcio ou de separação

consensuais aplicam-se, no que couber, ao processo de homologação da extinção consensual de união estável.

Art. 733. O divórcio consensual, a separação consensual e a extinção consensual de união estável, não havendo nascituro ou filhos incapazes e observados os requisitos legais, poderão ser realizados por escritura pública, da qual constarão as disposições de que trata o [art. 731](#). (BRASIL, 2015)

O ressurgimento deste termo levanta novamente as discussões acerca da manutenção do instituto da separação judicial, mesmo após a Emenda Constitucional n.º 66/2010. A doutrina, representada por Lênio Luiz Streck, já antes da aprovação do texto final do novo CPC, sustentou a inconstitucionalidade do que chamou de reprivatização da separação judicial:

(...) não pode haver dúvida que, com a alteração do [texto constitucional](#), desapareceu a separação judicial no sistema normativo brasileiro – e antes que me acusem de descuidado, não ignoro doutrina e jurisprudência que seguem rota oposta ao que defendo no texto, mas com elas discordo veementemente. Assim, perde o sentido distinguir-se término e dissolução de casamento. Isso é simples. Agora, sociedade conjugal e vínculo conjugal são dissolvidos mutuamente com o divórcio, afastada a necessidade de prévia separação judicial ou de fato do casal. Nada mais adequado a um Estado laico (e secularizado), que imputa inviolável a liberdade de consciência e de crença ([CF/1988](#), art. [5º](#), [VI](#)). Há, aliás, muitos civilistas renomados que defendem essa posição, entre eles Paulo Lôbo, Luís Edson Fachin e Rodrigo da Cunha. Pois bem. Toda essa introdução me servirá de base para reforçar meu posicionamento e elaborar crítica para um problema que verifiquei

recentemente. E já adianto a questão central: fazendo uma leitura do Projeto do [novo CPC](#), deparei-me com uma espécie de reprimenda da separação judicial. Um dispositivo tipo-Lázaro. Um curioso retorno ao mundo dos vivos. (STRECK, 2014, s. p.)

Apesar da resistência de renomados juristas, o texto do novo código foi aprovado com a figura da separação, na direção oposta à crescente era da Constitucionalização do Direito. Nas palavras de Rodrigo da Cunha Pereira:

(...) se o novo texto do §6º do art. 226 retirou de seu corpo a expressão “separação judicial”, como mantê-la na legislação infraconstitucional, ou até mesmo reproduzi-la no CPC/2015? É necessário que se compreenda, de uma vez por todas, que a hermenêutica constitucional tem de ser colocada em prática, e isso compreende suas contextualizações política e histórica. Aliás, conforme orientação emanada do próprio Supremo Tribunal Federal, a inconstitucionalidade, seja ela material, seja formal, deve ser averiguada frente à Constituição que estava em vigor no momento da elaboração e edição dessa norma jurídica. Logo, sob o prisma da Constituição de 1988, o CPC/2015 traz consigo uma inconstitucionalidade, por ressuscitar o anacrônico e antiquado instituto da separação judicial. (PEREIRA, 2016, p. 64-65)

De igual pensamento, Flávio Tartuce se manifesta:

Em reforço, constata-se que como a finalidade da separação de direito sempre foi a de pôr fim ao casamento, não se justifica a manutenção da categoria se a Norma Superior traz como conteúdo apenas o divórcio, sem maiores burocracias. Não se sustenta mais a exigência de uma *primeira etapa* de

dissolução, se o Texto Maior trata apenas de uma outrora *segunda etapa*. A tese da manutenção da separação de direito remete a um Direito Civil burocrático, distante da Constituição Federal, muito formal e pouco material; muito *teorético* e pouco efetivo. (TARTUCE, 2017, p. 1321)

Em complemento, cita-se a preleção da Corte Constitucional no julgamento do Agravo de Instrumento n° 851.849/RS, de Relatoria do Ministro Luiz Fux:

(...) A lei é constitucional ou não é lei. Lei inconstitucional é uma contradição em si. A lei é constitucional quando fiel à Constituição; inconstitucional, na medida em que a desrespeita, dispondo sobre o que lhe era vedado. O vício da inconstitucionalidade é congênito à lei e há de ser apurado em face da Constituição vigente ao tempo de sua elaboração. Lei anterior não pode ser inconstitucional em relação à Constituição superveniente; nem o legislador pode infringir Constituição futura. A Constituição sobrevinda não torna inconstitucionais leis anteriores que com ela conflitantes: revoga-as. Pelo fato de ser superior, a Constituição não deixa de produzir efeitos revogatórios. Seria ilógico que a lei fundamental, por ser suprema, não revogasse, ao ser promulgada, leis ordinárias. A lei maior valeria menos que a lei ordinária. Reafirmação da antiga jurisprudência do STF, mais que cinquentenária. (...) (BRASIL, 2013)

O que se verifica é que o pensamento quase unânime da doutrina e jurisprudência considera extinta a Separação Judicial após a Emenda Constitucional n.º 66/2010, razão pela qual estão revogados tacitamente os dispositivos infraconstitucionais tratados no Código Civil nos artigos 1.571, 1572, 1573, 1574, 1575, 1576, 1578, 1580; e, restam acometidos do vício

da inconstitucionalidade todas as previsões do tema no Novo Código de Processo Civil.

O especialista Rodrigo da Cunha Pereira (2016, p. 66) aponta uma possível solução para o impasse: “(...) o CPC2015 usou a expressão “separação”, nos arts. 53, I, 189, II, §2º, 693, 731, 732 e 733, devendo ser entendida como separação de fato ou de corpos”. Seguindo o mesmo raciocínio, Paulo Lôbo, em elucidativo artigo assevera:

(...) o CPC de 2015 não recriou ou restaurou a separação judicial, nem prévia nem autônoma. As alusões que faz a “separação” e “separação convencional” devem ser entendidas como referentes à separação de fato. Em uma de suas peças mais hilariantes, cujo título é *Muito barulho por nada*, Shakespeare desenvolve uma trama em torno do casal de apaixonados, vítimas de armação de um malvado que beija outra mulher para confundir o namorado, induzindo-a a acreditar que era sua namorada. No final, tudo se esclarece e os namorados se casam. Lembramo-nos dessa peça quando assistimos a votação final e lemos o texto do novo CPC, aprovado pelo Senado Federal. Muito barulho por nada. (LOBO, 2016. p. 25)

Esta interpretação ajuda a admitir a expressão “separação” no recente Código de Processo Civil sem que haja conflito com o texto constitucional. É uma perspectiva válida para tornar as regras processuais relacionadas ao tema aplicáveis ao Direito Brasileiro. De qualquer forma, a matéria é contemporânea e será ventilada nos tribunais, a quem, juntamente com a doutrina, caberá definir o modo como interpretar o termo “separação” no CPC/2015 e sua aplicação prática no ordenamento jurídico.

6 CONCLUSÃO

Ao longo do presente trabalho foi estudado o instituto da Separação Judicial abordando um breve histórico do seu surgimento, até a entrada em

vigor do novo Código de Processo Civil de 2015. Neste interim, foi examinada a Emenda Constitucional n.º 66/2010, que excluiu a separação judicial do texto da Carta Magna. Através da análise de dispositivos legais e posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais, se observou a controvérsia da separação após o advento da Emenda Constitucional n.º 66/2010.

A pesquisa revelou que a doutrina e jurisprudência majoritárias consideravam pacificada a extinção da separação após a Emenda do Divórcio. No entanto, a matéria veio novamente à tona com as previsões deste instituto no recente Código de Processo Civil, Lei 13.105/2015. Pelo estudo, verificou-se que o entendimento majoritário manteve a extinção da separação por mandamento da Carta Maior, concluindo pela inconstitucionalidade dos dispositivos relacionados ao tema no CPC/2015. Por fim, foi apontada uma possível solução para o impasse, já tratada por alguns juristas, que é interpretar a expressão “separação” no novo código, não como o instituto da Separação Judicial em sentido técnico, mas sim como a “separação de fato”.

7 REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 24 mai. 2017.

_____. **Emenda Constitucional nº 66, de 13 de julho de 2010.** Dá nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, que dispõe sobre a dissolubilidade do casamento civil pelo divórcio, suprimindo o requisito de prévia separação judicial por mais de 1 (um) ano ou de comprovada separação de fato por mais de 2 (dois) anos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 24 mai. 2017.

_____. **Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977.** Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências. Brasília, 26 de dezembro de 1977. Disponível

em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6515.htm. Acesso em: 13 dez. 2017.

_____. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 24 mai. 2017.

_____. **Lei 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 24 mai. 2017.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: . Acesso em 11 jun. 2017.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: . Acesso em 11 jun. 2017.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. 5. ed. revista e atualizada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: direito de família**. 23. ed. rev. atual. e ampliada de acordo com a reforma do Código de Processo Civil e com o Projeto de Lei 276/2007. São Paulo: Saraiva, 2008.

ESPÍRITO SANTO (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Espírito Santo**. TJ-ES - AC: 5100004604 ES 5100004604, Relator: SAMUEL MEIRA BRASIL JUNIOR, Data de Julgamento: 05/09/2011, QUARTA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 26/09/2011. Disponível em: . Acesso em 12 jun. 2017

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**. Direito de Família. V.6. São Paulo: Saraiva, 2011

LÔBO, Paulo. Divórcio e os modelos de separação entre o Código Civil e o Código de Processo Civil de 2015. **Revista IBDFAM**, Belo Horizonte, v. 13, p 25-35, jan.-fev. 2016.

MINAS GERAIS (ESTADO). **Tribunal de Justiça de Minas Gerais**. TJ-MG - AC: 10028100033597001 MG, Relator: Peixoto Henriques, Data de Julgamento: 05/03/2013, Câmaras Cíveis Isoladas / 7ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 08/03/2013. Disponível em: . Acesso em 12 jun. 2017

Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.589658>

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Divórcio**: teoria e prática. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

RIO GRANDE DO SUL (ESTADO). **Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul**. TJRS – AG 70039285457, 7.^a Câmara Cível, Comarca de Sapiranga, Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. 01/011/2010. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22908975/apelacao-civel-ac-70039827159-rs-tjrs/inteiro-teor-111165172>. Acesso em 24 mai. 2017.

STRECK, Lênio Luiz. Por que é inconstitucional “represtinar” a separação judicial no Brasil. **Conjur**: portal eletrônico de notícias, 18 nov. 2014. Disponível em: . Acesso em: 24 mai. 2017.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: volume único**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

VELOSO, Zeno. O novo divórcio e o que restou do passado. **IBDFAM**: portal eletrônico de notícias. Disponível em: . Acesso em: 24 mai. 2017

O PLANO DE CARREIRAS DO MINISTÉRIO PÚBLICO MINEIRO COMO INSTRUMENTO VIABILIZADOR DO DESENVOLVIMENTO DE PESSOAS

ORLIÊNIO ANTÔNIO GONÇALVES DA SILVA:

Bacharel em Direito, Servidor Público pertencente às carreiras do Ministério Público do Estado de Minas Gerais como Oficial do Ministério Público.

RESUMO: O desenvolvimento de pessoas envolve a capacidade de aprender do indivíduo, já o treinamento é um meio para alavancar o desempenho do cargo que oportuniza a transmissão de informações/conhecimentos, atitudes e habilidades. No Ministério Público mineiro a principal estratégia de Treinamento e Desenvolvimento (T&D) é o plano de carreiras. Através do método hipotético-dedutivo fizemos uma análise dos componentes do plano de carreiras em tela a fim de resolver a seguinte hipótese: ser hábil ou não a afastar os efeitos negativos trazidos pela estabilidade funcional. O plano de carreira é o instrumento que define as trajetórias de carreiras existentes na empresa/instituição. O desenvolvimento nessa carreira far-se-á por progressão e promoção. A progressão e a promoção horizontal não são objetos desse estudo, já a progressão por pós-graduação e a promoção vertical dialogam diretamente com T&D. A progressão por conclusão de curso de pós-graduação visa à prestação do serviço público com maior eficiência e competência, já a promoção vertical é o melhor elemento do plano de carreira no desenvolvimento de pessoas, por visar o T&D de pessoas numa ótica de aperfeiçoamento continuado. Trazemos também a motivação como o marco inicial para o sucesso de um programa de T&D, motivação essa que está contida na possibilidade de ascensão na carreira e ganho financeiro que o programa possibilita. Conclui-se que o desenvolvimento de pessoas pautado no aprendizado e qualificação como requisitos para o avanço na carreira apresenta-se como satisfatório meio de vencer os efeitos indesejáveis que a estabilidade acarreta.

Palavras-chave: Servidor Público. Treinamento e Desenvolvimento. Motivação. Carreira. Estabilidade.

Introdução

Os principais desafios da Gestão de Pessoas rumo a um futuro promissor são: agregar pessoas, aplicar pessoas, recompensar pessoas, desenvolver pessoas, manter e monitorar pessoas. O objetivo deste trabalho é avaliar se o plano de carreira dos servidores públicos do Ministério Público do Estado de Minas Gerais é um instrumento apto a conduzir essa instituição ao pleno desenvolvimento de pessoas. A estabilidade funcional, apesar de ser uma importante conquista para os servidores, mostra-se prejudicial ao desenvolvimento de pessoas, pois desestimula o servidor a aprimorar-se, problema para o qual foi proposta solução. Questiona-se, secundariamente, a forma encontrada pela instituição para fornecer Treinamento e Desenvolvimento (T&D) a seus colaboradores internos. Nesse contexto, pretende-se avaliar se o plano de carreiras em tela é eficaz em vencer esses desafios. Buscou-se confrontar a bibliografia a respeito de T&D com a estrutura de carreiras da instituição, a fim de testá-la.

Inspirados pela lição de Nadler (1983, apud RESENDE, 1991, p. 45) parte-se da conceituação do plano de carreiras em tela, confrontando-o com os elementos de T&D, em busca de resposta à indagação brilhantemente suscitada pelo autor:

A mera existência de um sistema de avaliação de desempenho e de um plano salarial, com aumento por mérito, não garante, de maneira alguma, a obtenção de resultados positivos. De fato, algumas vezes, tais planos de carreira fazem mais mal do que bem.

O Método de abordagem escolhido foi o hipotético-dedutivo, buscando estudar o instituto de forma abrangente, avaliando se o mesmo é apto a corrigir o problema proposto.

O grande desafio desse trabalho foi trazer um resumo bem estruturado do funcionamento da carreira em estudo, para que fosse didático ao leitor, sem se esquecer de seu objetivo acadêmico, que é

aproximar T&D do serviço público, utilizando técnicas da Gestão de Pessoas para solucionar problemas da administração pública.

Dos temas desenvolvidos, os títulos sobre o servidor público e sua remuneração e sobre a estrutura do plano de carreira do Ministério Público pretendem situar o leitor, já os estudos do Impacto no Desenvolvimento de Pessoas, da Progressão por Conclusão de Curso de Pós-Graduação e da Promoção Vertical dispõem-se a solucionar a problematização.

Ao final apresenta-se a motivação e o treinamento como os combustíveis que dão movimento ao sistema, para concluir se esse plano de carreiras vence ou não os desafios aqui propostos.

O servidor público e sua remuneração

Ao tratar da carreira no serviço público, faz-se necessária uma breve conceituação do servidor e de sua remuneração. Da lição de Di Pietro (2002, p.433) concluímos que servidores públicos são os agentes que integram o quadro funcional da administração pública direta ou indireta, exercendo permanentemente uma função pública em decorrência de relação de trabalho com remuneração paga pelos cofres públicos. A investidura em cargo ou emprego público, segundo a Constituição da República em seu art. 37, inciso II, depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.

Carvalho Filho (2009, p. 697) nos ensina que vencimento é “a retribuição pecuniária que o servidor percebe pelo exercício de seu cargo”, essa retribuição relaciona-se diretamente com o cargo ocupado pelo servidor: todo cargo tem seu vencimento previamente estipulado. As expressões vencimento-base ou vencimento-padrão também são utilizadas.

Remuneração é “o montante percebido pelo servidor público a título de vencimentos e vantagens pecuniárias. É, portanto, o somatório

das várias parcelas pecuniárias a que faz jus, em decorrência de sua situação funcional” (CARVALHO FILHO, 2009, p. 697).

Estrutura do plano de carreira do Ministério Público

Plano de carreira é o instrumento que define as trajetórias de carreiras existentes na empresa/instituição. Ele é de responsabilidade da empresa. Ao constituir carreiras, a empresa passa a ter um valioso instrumento para o desenvolvimento de seus colaboradores.

Planejamento de carreira, segundo Pontes (2005, p. 333), “é o estabelecimento do plano de desenvolvimento individual com os funcionários. O Planejamento de Carreira é da responsabilidade do indivíduo, podendo a empresa auxiliar as pessoas nesse processo.” O autor ainda vislumbra duas formas de se construir uma carreira, a estrutura através de hierarquia de cargos e a estrutura através de segmentos de carreiras.

As principais normas que regem o Plano de Carreiras no Ministério Público do Estado de Minas Gerais são: a Lei Estadual nº 11.181, de 10 de agosto de 1993; a Resolução PGJ nº 50, de 24 de setembro de 2009; a Resolução PGJ nº 43, de 28 de junho de 2012 e a Instrução Normativa CEAF nº 1, de 20 de março de 2012. Esses textos normativos encontram-se disponíveis no portal da instituição em www.mpmp.mp.br, atos e publicações, atos normativos.

No Ministério Público, carreira tem o seguinte conceito: é o agrupamento de cargos de provimento efetivo, de complexidade e de retribuição crescentes, organizados em níveis, de acordo com os graus de escolaridade, conceito esse atualizado pela nova redação do art. 5º, da Lei n.º 11.181, de 10 de agosto de 1993 que passou a dispor:

Art. 5º Carreira é o conjunto de classes, inicial e subsequente, da mesma identidade funcional, e composta de cargos dispostos hierarquicamente.

Parágrafo único. Classe é o agrupamento de cargos efetivos de igual denominação e com atribuições de natureza correlata.

As carreiras, constituídas em classes, são compostas de cargos de provimento efetivo de Agente do Ministério Público, Oficial do Ministério Público e Analista do Ministério Público.

Do estudo da Resolução PGJ nº 50, de 24 de setembro de 2009, extraímos os seguintes conceitos:

O provimento dos cargos das classes iniciais das carreiras é feito mediante concurso de provas ou de provas e títulos, como dito anteriormente. As classes subsequentes nas carreiras dos cargos serão preenchidas mediante promoção vertical.

O desenvolvimento na carreira do servidor efetivo, em exercício do cargo, far-se-á por progressão e promoção, cumpridas as exigências legais e aquelas estabelecidas em resolução do Procurador-Geral de Justiça, devendo o servidor angariar padrões de vencimento para ascender na carreira. Cada padrão corresponde a um acréscimo de 3,26% no vencimento-base.

Progressão é a concessão de 1 (um) padrão de vencimento ao servidor na mesma classe da carreira a que pertencer, observado o interstício mínimo de um ano de efetivo exercício.

Progressão por conclusão de curso de pós-graduação é a concessão de três padrões na carreira ao servidor que comprovar a conclusão de curso de pós-graduação nas áreas relativas às atribuições funcionais do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

Promoção horizontal é a concessão de dois padrões de vencimento ao servidor na mesma classe da carreira a que pertencer, observado o interstício mínimo de dois anos na classe inicial e de três anos nas classes subsequentes.

Promoção vertical por antiguidade ou merecimento é a passagem do servidor estável à classe subsequente na carreira de determinado cargo, mediante processo classificatório observados o cumprimento de requisitos de posicionamento, de escolaridade, de não ter sofrido punição de natureza disciplinar decorrente de decisão administrativa definitiva nos 2 (dois) anos anteriores à data do edital, de estar em efetivo exercício no cargo e de ter obtido no mínimo 70% (setenta por cento) do total de pontos em cada uma das duas últimas avaliações de desempenho individual.

A tabela de vencimentos dos servidores ativos e inativos dos Quadros de Pessoal dos Serviços Auxiliares do Ministério Público é composta de padrões escalonados verticalmente, segundo índices agrupados por classes. Esses índices vão do padrão MP-01 ao MP-98, dispostos da seguinte forma: Classe E (do MP-26 ao MP-36); Classe D (MP-37 ao MP-50); Classe C (MP-51 ao MP-66); Classe B (MP-67 ao MP-85) e Classe A (MP-86 ao MP-98). O Cargo de Agente, extinto para novos ingressos, iniciava-se no primeiro padrão da Classe E, o cargo de Oficial inicia-se no primeiro padrão da Classe D e o cargo de Analista inicia-se no primeiro padrão da Classe C.

Compete ao Procurador-Geral de Justiça (PGJ) estabelecer as exigências para o desenvolvimento do servidor na carreira, que está fundamentada nas seguintes diretrizes: sistema permanente de treinamento e capacitação; desenvolvimento na carreira, observada a igualdade de oportunidades, o mérito funcional, a qualificação profissional e o esforço pessoal; qualidade no atendimento, no exercício de sua função e profissionalização e valorização do servidor público.

Com essas breves considerações sobre os planos de carreira do Ministério Público apresenta-se o seguinte exemplo: Um servidor Oficial do MP, com 5 anos de exercício, tendo realizado uma pós-graduação terá qual posicionamento? Conforme o explicitado, seu ingresso se deu no padrão MP-37, adquiriu 5 níveis por progressão, alcançou mais 3 níveis pela realização de uma pós-graduação, somou mais 4 níveis a título de promoção horizontal, logo, está posicionado no padrão MP-49, apto a concorrer à classe subsequente, uma vez que o posicionamento mínimo para a promoção vertical nessa classe se dá no padrão MP-48.

As considerações acima foram feitas analisando a carreira de um servidor que cumpre jornada de 7 horas, para os servidores com jornada de 6 horas devemos subtrair 8 padrões nos cálculos.

Impacto no Desenvolvimento de Pessoas

O desenvolvimento de pessoas envolve a capacidade de aprender do indivíduo. Constitui-se em fornecer-lhe a informação principal para que ele seja capaz de buscar novos conhecimentos, habilidades e raciocínios para se tornar mais eficaz no desempenho de suas funções. O professor Chiavenato (2004, p.374) assevera que “o desenvolvimento de pessoas está intimamente relacionado com o desenvolvimento de suas carreiras”. Afirma ainda que o desenvolvimento de carreiras é alcançado aliando-se “avaliação de desempenho, treinamento e desenvolvimento (T&D) e planejamento de RH” (CHIAVENATO, 2004, p. 375).

Na era da informação, o desenvolvimento organizacional só se torna atingível com o desenvolvimento e treinamento de seus colaboradores, pois as informações e conteúdos mudam a uma velocidade desafiadora.

O desenvolvimento de pessoas recebe uma abordagem tradicional e uma abordagem moderna. Chiavenato (2004, p. 334) as define bem:

(...) abordagem tradicional, na medida em que se seguem o modelo casual (treinar apenas quando surge alguma oportunidade ou necessidade), em esquema randômico (as pessoas são escolhidas aleatoriamente), em uma atitude reativa (apenas quando existe um problema ou necessidade), em uma visão de curto prazo (visando apenas ao problema imediato), baseado na imposição (as pessoas não são consultadas), em uma condição de estabilidade (nada muda) e de conservação (manter o *status quo*) e visando ao permanente e definitivo.

Mas, por outro lado, os processos de desenvolvimento podem receber uma abordagem

moderna, na medida em que seguem um modelo planejado (treinar como parte de uma cultura), em um esquema intencional (treinar todas as pessoas), em uma atitude proativa (antecipando-se às necessidades), em uma visão de longo prazo (visando o futuro), baseado no consenso (as pessoas são consultadas e participam), em uma condição de instabilidade e mudança (tudo deve mudar para melhor) e de inovação e criatividade (para construir um futuro melhor) e visando ao provisório e mutável. As organizações estão migrando rapidamente da abordagem tradicional para a abordagem moderna.

Acredita-se aqui que a abordagem moderna seja a melhor configuração para vencer os desafios da tecnologia da informação e da globalização do mercado, que fazem com que os conteúdos se alteram muito rapidamente.

Analisando os elementos que compõem a carreira em tela, nota-se que a progressão e a promoção horizontal destinam-se ao avanço na carreira, observando-se o zelo funcional, a eficiência na execução de tarefas e avaliação do desempenho satisfatória, fugindo, portanto, do objeto de estudo deste trabalho, que foca no Treinamento e Desenvolvimento. O enfoque se dará nos elementos progressão por pós-graduação e promoção vertical, que serão mais bem detalhados nos itens seguintes.

Progressão por Conclusão de Curso de Pós-Graduação

A Progressão por conclusão de curso de pós-graduação constitui importante recurso no desenvolvimento de pessoas. Visa à prestação do serviço público com maior eficiência e competência, com os objetivos de atender ao interesse público e trazer efetivo aproveitamento intelectual para o colaborador e para a Administração.

São aceitos os programas de mestrado e doutorado, os cursos de pós-graduação *lato sensu* em nível de especialização e o denominado MBA (*Master of Business Administration*).

Conforme disciplina a Resolução PGJ nº 43, de 28 de junho de 2012, são aceitos até dois cursos de pós-graduação, podendo apenas um deles ser curso *lato sensu*. Para cada título apresentado haverá um incremento de três padrões no vencimento do servidor, totalizando 9,78% de aumento no vencimento básico.

A realização deste aperfeiçoamento é, via de regra, externa à instituição e o controle de conteúdo é feito por comissão que avalia a relevância do curso para o desempenho do cargo, conforme orienta a Instrução Normativa CEAF nº 1, de 20 de março de 2012.

Esse programa de treinamento visa desenvolver as habilidades das pessoas, para capacitá-las melhor no seu trabalho.

Promoção Vertical

A promoção vertical, disciplinada pela Resolução PGJ nº 50, de 24 de setembro de 2009, é o mais eficaz elemento do plano de carreira para o desenvolvimento de pessoas, por almejar o treinamento e desenvolvimento de pessoas numa ótica de aperfeiçoamento continuado. Ela se dá através de editais de promoção que ocorrem duas vezes ao ano em que são elegíveis os servidores que estão posicionados no final de suas classes e que cumpriram os requisitos necessários, inclusive os de aprimoramento.

Quanto mais elevada a classe, maior o nível de escolaridade exigido. Exemplificando: para ascender à Classe C, o Oficial de nível médio deverá ter concluído um curso superior; para ascender à classe B o servidor deverá ter concluído uma pós-graduação e para ascender à suspensão classe A o servidor deverá apresentar duas pós-graduações *lato sensu* ou uma *stricto sensu*.

Além dos requisitos de escolaridade a concorrência se dá através de títulos obtidos em formação continuada. São aceitos cursos,

congressos, seminários, palestras e eventos afins, de desenvolvimento técnico e intelectual; cursos regulares, que não tenham sido usados como requisito de escolaridade; publicação de artigos, ensaios, editorial e capítulo de livros e publicação de livros. Os itens de aperfeiçoamento são pontuados de acordo com tabela específica, que os gradua conforme a carga horária e a aplicabilidade ao serviço público.

Ao dissertar sobre a motivação e o treinamento, discorreremos brevemente sobre a Escola Institucional do MP, importante ferramenta que une T&D ao plano de carreira.

A Motivação e o Treinamento

Como convencer um servidor estável a se qualificar? A motivação é o início da resposta.

A motivação é o meio pelo qual o aprendiz atinge de modo espontâneo os objetivos propostos pelo programa de capacitação. Segundo Ribeiro (2012, p. 26) é “aquilo que é capaz de levar alguém a determinada forma de comportamento”.

O autor enumera os seguintes pontos para um treinamento bem sucedido (RIBEIRO, 2012, p.26):

Qualificação e experiência do corpo docente;

Vantagens efetivas oferecidas pelo programa, tais como:

Oportunidades de promoção e carreira na empresa,

Aquisição de novos conhecimentos, habilidades e atitudes,

Aumento de produtividade no trabalho,

Equipamentos, instalações e recursos didáticos adequados;

Estímulos à competição sadia entre os aprendizes, de modo que os objetivos do programa de formação sejam alcançados.

Um dos maiores desafios dos gestores de pessoas no serviço público é justamente motivar o servidor a se qualificar, uma vez que a estabilidade funcional, alcançada após três anos de exercício do cargo, tem como efeito colateral a estagnação do profissional. Nesse diapasão, o desenvolvimento de pessoas pautado no aprendizado e qualificação como requisitos para o progresso na carreira apresenta-se como satisfatório meio de vencer os efeitos indesejáveis que a estabilidade acarreta.

Uma vez motivado a se qualificar pela possibilidade de ascender na carreira, o servidor se depara com o treinamento. Da lição de Chiavenato (2004, p. 355) extrai-se: “o treinamento era visto como um meio para adequar cada pessoa a seu cargo e desenvolver a força de trabalho a partir dos cargos ocupados”. Considera-se hoje não apenas isso. O treinamento passa a ser um meio para alavancar o desempenho do cargo que oportuniza a transmissão de informações/conhecimentos, atitudes e habilidades.

Certo conceitua (1994, p. 274, *apud* CHIAVENATO, 2004, p. 355):

Treinamento é o processo de desenvolver qualidades nos recursos humanos para habilitá-los a serem mais produtivos e contribuir melhor para o alcance dos objetivos organizacionais. O propósito do treinamento é aumentar a produtividade dos indivíduos em seus cargos influenciando seus comportamentos.

Da lição de Chiavenato (2004, p. 355) extraímos que o treinamento é um processo composto por quatro etapas: diagnóstico, desenho, implementação e avaliação. A grande aposta da instituição para a implementação dessas quatro etapas foi a criação da Escola Institucional, criada pelas Resoluções PGJ nº 59/2011 e nº 60/2011, com cursos

voltados para os desafios concretos do Ministério Público nas diversas áreas de atuação e atentos à necessidade de uma formação continuada.

A qualificação pessoal na instituição pode ser buscada tanto externamente quanto internamente. Internamente é essa escola que atua em ações educacionais tanto no ambiente tradicional, oferecendo cursos e palestras presenciais, quanto no ambiente de aprendizagem virtual, pelo qual, além de disponibilizar conteúdo próprio, também veicula conteúdo outrora presencial, alcançando os colaboradores do interior e os demais que não puderam comparecer ao evento ao vivo.

Para obter o máximo dos programas de treinamento, Chiavenato (2004, p. 355) aponta: “o importante é relacionar a programação do treinamento com os objetivos estratégicos do negócio”. Nesse quesito acerta a Escola Institucional, pois tem entre seus objetivos alinhar-se às diretrizes e projetos aprovados no Planejamento Estratégico do Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

Em termos de motivação e treinamento, a administração entra com bons cursos apresentados pela referida Escola e o servidor entra com seu interesse em realizá-los, visando seu avanço na carreira. Toda qualificação alcançada pelo servidor converte-se, como já dissemos, em pontos que serão utilizados para concorrer a classes superiores na carreira através da promoção vertical. A administração por sua vez, consegue qualificar seu corpo de colaboradores conforme suas necessidades.

Conclusão

Como demonstrado, o plano de carreiras pauta-se na excelência dos serviços prestados, ao premiar o servidor eficiente com progressões e com promoções horizontais. Pauta-se também na qualificação desse servidor ao premiá-lo por progressões por pós-graduação e promoções verticais.

O treinamento é a fonte que alimenta o binômio eficiência/qualificação, pois enriquece o capital humano da organização.

Como a instituição não tem fins lucrativos, a lucratividade converte-se em melhor prestação de serviços à comunidade.

O avanço na carreira para quem se qualifica é um importante instrumento de motivação, pois estimula o colaborador a se qualificar. Os cursos da Escola Institucional, por sua vez, atendem em qualidade e conteúdo, porém, correr-se-ia o risco de torná-los desprestigiados caso fatores de motivação não estivessem presentes a impulsionar a realização dos conteúdos propostos. Afirma-se aqui que os elementos da carreira que visam à qualificação são os principais fatores de motivação de que o servidor dispõe. Além disso, resolvem o problema do desinteresse em se qualificar trazido pela estabilidade funcional.

Recentemente a promoção vertical passou por uma limitação de percentual de servidores por classes, fator que tem um lado positivo, pois acirra a concorrência dos servidores que almejam as classes superiores, fazendo-os buscar melhor qualificação para se destacarem da concorrência. Porém, essa limitação pode ser extremamente prejudicial em um cenário de saturação das vagas, em que o servidor, por não ter expectativas de ascensão às classes superiores, fica desestimulado a qualificar-se, o que pode jogar por terra todo o sistema de T&D da instituição.

Conclui-se, portanto, que a possibilidade de ascensão na carreira impulsionada por uma fonte de treinamento oferecida pela própria instituição é meio idôneo de garantir o desenvolvimento de pessoas e corrigir as distorções causadas pela estabilidade funcional. O desenvolvimento de pessoas na instituição baseia-se em dois pilares: a eficiência dos serviços prestados e a qualificação dos colaboradores. O combustível que impulsiona esse sistema é o treinamento, motivado pela possibilidade de avanço na carreira.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição, 1988.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 21. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CERTO, Samuel C.. *Modern Management: Diversity, Quality, Ethics, and the Global Environment*. Boston, Allyn & Bacon, 1994, p. 274.

CHIAVENATO, Idalberto. *Gestão de Pessoas: Segunda Edição, Totalmente Revisada e Atualizada*. 2. Ed. 5ª Reimpressão. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 14. Ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MINAS GERAIS. Lei Estadual nº 11.181, de 10 de agosto de 1993.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Instrução Normativa CEAF nº 1, de 20 de março de 2012.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Resolução PGJ nº 43, de 28 de junho de 2012.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Resolução PGJ nº 50, de 24 de setembro de 2009.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Resolução PGJ nº 59, de 1º de agosto de 2011.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Resolução PGJ nº 60, de 1º de agosto de 2011.

NADLER, A. David e outros. *Comportamento Organizacional*. Campus, 1983.

PONTES, Benedito Rodrigues. *Administração de Cargos e Salários*. 11. Ed. São Paulo: LTr, 2005.

RESENDE, Ênio J. *Cargos, salários e carreira: novos paradigmas conceituais e práticos*. 2. Ed. São Paulo: Summus, 1991.

RIBEIRO, Antonio de Lima. *Gestão de Pessoas*. 2.Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

CAMILA GONÇALVES DE SOUZA VILELA:

Advogada formada pela Puc-Rio e com pós-graduação na EMERJ, Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo: O presente artigo visa apresentar as principais características do instituto da desconsideração da personalidade jurídica e as inovações trazidas pelo novo Código de Processo Civil.

Palavras Chave: direito civil; personalidade jurídica; desconsideração; teoria maior; teoria menor; desvio de finalidade; incidente de desconsideração.

Abstract: This article aims to present the main characteristics of the institute of disregard of legal entity and to present the innovations brought by the new Code of Civil Procedure.

Key-words: civil right; disregard of legal entity; major theory; minor theory; deviation from purpose; incident of disregard.

Sumário: 1. Introdução. 2. Desconsideração da Personalidade Jurídica. 3. Teorias. 4. Incidente de Desconsideração. 5. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

Devido à possibilidade da pessoa jurídica adquirir direitos e deveres na ordem civil, e a responsabilização desta, limitar-se ao valor de seu capital social, protegendo o patrimônio individual dos sócios, por vezes a pessoa jurídica era usada para a prática de atos fraudulentos e abusos, causando danos em diversos setores.

Com o objetivo coibir tais práticas, foi criada por Rolf Serik em 1950 a doutrina da desconsideração da personalidade jurídica, o que possibilitava a responsabilização dos sócios e de seu patrimônio pessoal.

Assim, preenchidos determinados requisitos, haverá a superação da personificação jurídica pelo juiz atingindo as pessoas naturais que integram a sociedade, ou seja, os sócios.

O tema apresentado neste artigo é de suma importância, pois além de coibir práticas escusas propiciam mais segurança jurídica nas relações

que ocorrem em diversos ramos da sociedade. Não sendo por outra razão, que a desconsideração da personalidade jurídica tem previsão em diversos diplomas legais, como por exemplo, no Código Civil, no Código de Defesa do Consumidor, na Legislação Falimentar e na Lei de Crimes Ambientais.

2. Da Desconsideração da Personalidade Jurídica

Como já dito, a doutrina da desconsideração da personalidade jurídica visa à superação da personalidade jurídica da sociedade para a satisfação de terceiro lesado, utilizando o patrimônio pessoal dos sócios, conforme se observa no artigo 50 do Código Civil.

“Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.”

Entretanto, tal superação apenas ocorrerá se preenchidos determinados requisitos, conforme dispõe o artigo acima, quais sejam: fraude, abuso ou desvio de finalidade.

Vejamos um julgado no Superior Tribunal de Justiça para ilustrar a situação acima citada:

“PROCESSO CIVIL. FALÊNCIA. EXTENSÃO DE EFEITOS. SOCIEDADES COLIGADAS. POSSIBILIDADE. AÇÃO AUTÔNOMA. DESNECESSIDADE. DECISÃO INAUDITA ALTERA PARTE. VIABILIDADE. RECURSO IMPROVIDO.

1. Em situação na qual dois grupos econômicos, unidos em torno de um propósito comum, promovem uma cadeia de negócios formalmente lícitos mas com intuito substancial de desviar patrimônio de empresa em situação pré-falimentar, é necessário que o Poder Judiciário também inove sua atuação, no intuito de encontrar meios eficazes de reverter as

manobras lesivas, punindo e responsabilizando os envolvidos.

2. É possível ao juízo antecipar a decisão de estender os efeitos de sociedade falida a empresas coligadas na hipótese em que, verificando claro conluio para prejudicar credores, há transferência de bens para desvio patrimonial. Inexiste nulidade no exercício diferido do direito de defesa nessas hipóteses.

3. A extensão da falência a sociedades coligadas pode ser feita independentemente da instauração de processo autônomo. A verificação da existência de coligação entre sociedades pode ser feita com base em elementos fáticos que demonstrem a efetiva influência de um grupo societário nas decisões do outro, independentemente de se constatar a existência de participação no capital social.

4. Na hipótese de fraude para desvio de patrimônio de sociedade falida, em prejuízo da massa de credores, perpetrada mediante a utilização de complexas formas societárias, é possível utilizar a técnica da desconsideração da personalidade jurídica com nova roupagem, de modo a atingir o patrimônio de todos os envolvidos.

5. Recurso especial não provido.

(REsp 1259018/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 09/08/2011, DJe 25/08/2011)

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. CONFUSÃO PATRIMONIAL. CABIMENTO. EMPRESAS PERTENCENTES AO MESMO GRUPO ECONÔMICO. DIVISÃO MERAMENTE FORMAL.

CITAÇÃO DAS DEMAIS EMPRESAS. DISPENSA. RECONHECIMENTO DE QUE, NA PRÁTICA, SE TRATAVA DO MESMO ORGANISMO EMPRESARIAL.

1. A alegação de ofensa ao art. 535 do CPC deve ser afastada, porquanto deduzida de forma genérica no recurso, sem a indicação dos pontos acerca dos quais deveria o acórdão ter-se manifestado. No particular, incide a Súmula n. 284/STF.

2. A tese de que os executados não foram intimados a falar sobre os documentos que deram ensejo à constrição patrimonial não foi objeto de questionamento no acórdão recorrido, circunstância que atrai a incidência da Súmula n. 211/STJ.

3. A confusão patrimonial existente entre sócios e a empresa devedora ou entre esta e outras conglomeradas pode ensejar a desconsideração da personalidade jurídica, na hipótese de ser meramente formal a divisão societária entre empresas conjugadas. Precedentes.

4. A superação da pessoa jurídica afirma-se como um incidente processual e não como um processo incidente. No caso, o reconhecimento da confusão patrimonial é absolutamente contraditório com a pretendida citação das demais sociedades, pois, ou bem se determina a citação de todas as empresas atingidas pela penhora, ou bem se reconhece a confusão patrimonial e se afirma que se trata, na prática, de pessoa jurídica única, bastando, por isso, uma única citação. Havendo reconhecimento da confusão, descabe a segunda providência.

5. Ademais, o recurso foi interposto exatamente pelos devedores que foram citados no processo de execução, circunstância que também afasta a pretensão recursal.

6. Não obstante a controvérsia tenha se instalado anteriormente à Lei n. 11.382/2006, é evidente a frustração da execução do crédito em razão da ineficácia de outros meios de constrição patrimonial, de modo que é cabível a penhora on line sobre os ativos financeiros do devedor.

7. Recurso especial não provido.

(REsp 907.915/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 07/06/2011, DJe 27/06/2011)”

No que tange, ao aspecto processual da desconsideração da personalidade jurídica, o novo Código de Processo Civil apresentou, em seu artigo 133, o incidente de desconsideração e que será estudado adiante.

“Art. 133. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica será instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo.

§ 1º O pedido de desconsideração da personalidade jurídica observará os pressupostos previstos em lei.

§ 2º Aplica-se o disposto neste Capítulo à hipótese de desconsideração inversa da personalidade jurídica”

Com efeito, é importante frisar que a desconsideração é temporária, ou seja, satisfeitos os prejuízos sofridos por terceiros causados pelos sócios, em razão do princípio da continuidade da empresa e apresentadas as condições jurídicas e financeiras para o regular funcionamento, a sociedade poderá retornar às suas atividades normais.

Contudo, diante de excepcional gravidade praticada, é possível que ocorra a despersonalização, com a conseqüente extinção compulsória da pessoa jurídica em caráter definitivo por determinação judicial.

Nesse diapasão, imperioso ressaltar que a desconsideração também poderá ocorrer de forma inversa, ou seja, quando a pessoa natural esvazia de forma fraudulenta seu patrimônio transferindo-lhe para o patrimônio da pessoa jurídica.

Assim, vejamos:

**“STJ - RECURSO ESPECIAL REsp 1236916
RS 2011/0031160-9 (STJ)**

Data de publicação: 28/10/2013

Ementa: DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL. DESCONSIDERAÇÃO INVERSA DA PERSONALIDADE JURÍDICA. POSSIBILIDADE. REEXAME DE FATOS E PROVAS. INADMISSIBILIDADE. LEGITIMIDADE ATIVA. COMPANHEIRO LESADO PELA CONDUTA DO SÓCIO. ARTIGO ANALISADO: 50 DO CC/02 . 1. Ação de dissolução de união estável ajuizada em 14.12.2009, da qual foi extraído o presente recurso especial, concluso ao Gabinete em 08.11.2011. 2. Discute-se se a regra contida no art. 50 do CC/02 autoriza a desconsideração inversa da personalidade jurídica e se o sócio da sociedade empresária pode requerer a desconsideração da personalidade jurídica desta. 3. A desconsideração inversa da personalidade jurídica caracteriza-se pelo afastamento da autonomia patrimonial da sociedade para, contrariamente do que ocorre na desconsideração da personalidade propriamente dita, atingir o ente coletivo e seu patrimônio social, de modo a responsabilizar a pessoa jurídica por obrigações do sócio controlador. 4. É possível a desconsideração inversa da personalidade jurídica sempre que o cônjuge ou companheiro empresário valer-se de pessoa jurídica por ele controlada, ou de

interposta pessoa física, a fim de subtrair do outro cônjuge ou companheiro direitos oriundos da sociedade afetiva. 5. Alterar o decidido no acórdão recorrido, quanto à ocorrência de confusão patrimonial e abuso de direito por parte do sócio majoritário, exige o reexame de fatos e provas, o que é vedado em recurso especial pela Súmula 7/STJ. 6. Se as instâncias ordinárias concluem pela existência de manobras arquitetadas para fraudar a partilha, a legitimidade para requerer a desconsideração só pode ser daquele que foi lesado por essas manobras, ou seja, do outro cônjuge ou companheiro, sendo irrelevante o fato deste ser sócio da empresa. 7. Negado provimento ao recurso especial.”

E, ainda, há previsão dessa espécie de desconsideração no §2º do artigo 133 do novo Código de Processo Civil.

“Art. 133. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica será instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo.

§ 2º Aplica-se o disposto neste Capítulo à hipótese de desconsideração inversa da personalidade jurídica”

A desconsideração da personalidade jurídica muito utilizada é a prevista no Código de Defesa do Consumidor em seu artigo 28, conforme se constata abaixo:

Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

§ 1º (Vetado).

§ 2º As sociedades integrantes dos grupos societários e as sociedades controladas, são subsidiariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código.

§ 3º As sociedades consorciadas são solidariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código.

§ 4º As sociedades coligadas só responderão por culpa.

§ 5º Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores.

Assim, através de uma simples leitura do dispositivo acima citado é de fácil percepção o viés protetivo ao consumidor em razão da sua condição de vulnerabilidade, que lhe é atribuída nas relações de consumo.

Ademais, embora o artigo 50 do Código Civil e o artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor tratem da desconsideração da personalidade jurídica, existem diferenças entre os textos, que serão explicadas conjuntamente com a Teoria Maior e a Teoria Menor.

3. Da Teoria Maior e da Teoria Menor

A doutrina cita duas teorias para fundamentar a desconsideração da personalidade jurídica, que são a Teoria Maior e a Teoria Menor.

A primeira foi adotada pelo artigo 50 do Código Civil, para essa teoria a desconsideração para ser deferida é necessária a presença de dois requisitos cumulativamente: a) desvio de finalidade; b) confusão patrimonial.

Já para a segunda, que foi adotada pelo artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor, para a desconsideração ser deferida é necessário um único requisito, que é prejuízo do credor. A Teoria Menor também foi adotada pela Lei Ambiental nº 9.605/1998.

Em relação à legislação consumerista, o STJ deixa clara a opção pela Teoria Menor, conforme se observa a seguir.

"Responsabilidade civil e Direito do consumidor. Recurso especial. Shopping Center

de Osasco-SP. Explosão. Consumidores. Danos materiais e morais. Ministério Público. Legitimidade ativa. Pessoa jurídica. Desconsideração. Teoria maior e teoria menor. Limite de responsabilização dos sócios. Código de Defesa do Consumidor. Requisitos. Obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores. Art. 28, § 5.0 - Considerada a proteção do consumidor um dos pilares da ordem econômica, e incumbindo ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, possui o Órgão Ministerial legitimidade para atuar em defesa de interesses individuais homogêneos de consumidores, decolTentes de origem comum. A teoria maior da desconsideração, regra geral no sistema jurídico brasileiro, não pode ser aplicada com a mera demonstração de estar a pessoa jurídica insolvente para o cumprimento de suas obrigações. Exige-se, aqui, para além da prova de insolvência, ou a demonstração de desvio de finalidade (teoria subjetiva da desconsideração), ou a demonstração de confusão patrimonial (teoria objetiva da desconsideração). A teoria menor da desconsideração, acolhida em nosso ordenamento jurídico excepcionalmente no Direito do Consumidor e no Direito Ambiental, incide com a mera prova de insolvência da pessoa jurídica para o pagamento de suas obrigações, independentemente da existência de desvio de finalidade ou de confusão patrimonial. - Para a teoria menor, o risco empresarial normal às atividades econômicas não pode ser suportado pelo terceiro que contratou com a pessoa jurídica, mas pelos sócios e/ou

administradores desta, ainda que estes demonstrem conduta administrativa proba, isto é, mesmo que não exista qualquer prova capaz de identificar conduta culposa ou dolosa por parte dos sócios e/ou administradores da pessoa jurídica. - A aplicação da teoria menor da desconsideração às relações de consumo está calcada na exegese autônoma do § 5.º do art. 28 do CDC, porquanto a incidência desse dispositivo não se subordina à demonstração dos requisitos previstos no caput do artigo indicado, mas apenas à prova de causar, a mera existência da pessoa jurídica, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores. Recursos especiais não conhecidos" (STJ, REsp. 279.273/SP, 3.ª Turma, Rel. Min. Ari Pargendl er, Rei . pi Acórdão Min. Nancy Andrighi, j . 04. 1 2 .2003 , DJ 29 .03 .2004, p. 230).

Do Incidente de Desconsideração

O novo Código de Processo Civil apresenta o aspecto processual da desconsideração da personalidade jurídica, ou seja, traz o procedimento a ser seguido em caso de desconsideração. Isso ocorre, pelo fato de o Código Civil de 2002 e o Código de Defesa do Consumidor se preocuparam apenas em prever os requisitos da desconsideração da personalidade jurídica, mas não o seu procedimento.

Tal procedimento é denominado "Incidente de Desconsideração" e está previsto no artigo 133 e seguintes do Código de Processo Civil, conforme apresentação a seguir:

"Art. 133. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica será instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo.

§ 1º O pedido de desconsideração da personalidade jurídica observará os pressupostos previstos em lei.

§ 2º Aplica-se o disposto neste Capítulo à hipótese de desconsideração inversa da personalidade jurídica.

Art. 134. O incidente de desconsideração é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial.

§ 1º A instauração do incidente será imediatamente comunicada ao distribuidor para as anotações devidas.

§ 2º Dispensa-se a instauração do incidente se a desconsideração da personalidade jurídica for requerida na petição inicial, hipótese em que será citado o sócio ou a pessoa jurídica.

§ 3º A instauração do incidente suspenderá o processo, salvo na hipótese do § 2º.

§ 4º O requerimento deve demonstrar o preenchimento dos pressupostos legais específicos para desconsideração da personalidade jurídica.

Art. 135. Instaurado o incidente, o sócio ou a pessoa jurídica será citado para manifestar-se e requerer as provas cabíveis no prazo de 15 (quinze) dias.

Art. 136. Concluída a instrução, se necessária, o incidente será resolvido por decisão interlocutória.

Parágrafo único. Se a decisão for proferida pelo relator, cabe agravo interno.

Art. 137. Acolhido o pedido de desconsideração, a alienação ou a oneração de bens, havida em fraude de execução, será ineficaz em relação ao requerente.”

Cumpra-se consignar, que a decisão proferida no incidente pelo juiz é impugnável por meio de agravo de instrumento, na forma do artigo 1.015 inciso IV do novo Código de Processo Civil.

Nesse sentido, segundo Fredie Didier, as decisões interlocutórias com conteúdo de mérito, como por exemplo, a que resolve o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica (analisa os requisitos do direito material), são aptas a formar coisa julgada material e, portanto, são atacáveis por meio de ação rescisória (artigo 966 do NCPC).

Importante previsão do artigo 137 do novo Código de Processo Civil, pois traz regra de ineficácia da alienação do bem em face do credor, no caso de desconconsideração da personalidade jurídica, por configurar fraude à execução. Dispensa-se assim a anulação do negócio jurídico por meio de ação pauliana que se restringe à hipótese de fraude contra credores.

No que tange à possibilidade de aplicação deste incidente em sede de Juizado Especial Civil, observa-se o artigo 1.062 do novo Código de Processo Civil.

“Art. 1.062. O incidente de desconconsideração da personalidade jurídica aplica-se ao processo de competência dos juizados especiais.”

4. Conclusão

Como já mencionado, a desconconsideração da personalidade jurídica de forma mais clara e efetiva, gerando a proteção integral que se esperada, do mesmo.

Referências bibliográficas

DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de direito processual civil*. 17^o ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

FLEXA, Alexandre. MACEDO, Daniel. BASTOS, Fabrício. *Novo código de processo civil*. Salvador: JusPodivm, 2015.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *O novo processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2015.

HARTMANN, Rodolfo Kronenberg. *Curso completo do novo processo civil*. 4ª ed. Niterói: Impetus, 2017.

TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil: volume único*. 6ª ed. São Paulo: Método, 2016.

O NOVO REGIME DE INCAPACIDADE CIVIL E O ACESSO À JUSTIÇA NO ÂMBITO DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS

JOSEPH RAPHAEL ALENCAR BRANDÃO: Bacharel em Direito pela FACAPE - Faculdade de Ciências Aplicadas e Sociais de Petrolina. Pós-Graduado em Direito Civil e Processual Civil pela ESMAPE - Escola da Magistratura de Pernambuco. Analista Judiciário do TJPE. Assessor de Magistrado, lotado no II Juizado Especial Cível de Petrolina.

RESUMO: Busca-se com o presente trabalho uma breve análise acerca dos impactos causados pelo novo regramento das incapacidades civis - inaugurado pelo Estatuto da Pessoa Portadora de Deficiência - no que diz respeito ao acesso à justiça no âmbito do microsistema dos juizados especiais cíveis estaduais, notadamente quanto à capacidade de ser parte dos portadores de deficiência ou doença mental, haja vista a existência de óbice expreso na Lei nº 9.099/95 (art. 8º) pela admissão de sujeito incapaz. Aliado a isso, analisam-se os mecanismos da curatela e da decisão apoiada para, ao final, concluir pela admissibilidade apenas desta última.

PALAVRA – CHAVE: Incapaz; Juizados Especiais Cíveis; Estatuto da Pessoa Portadora de Deficiência; capacidade de ser parte; deficiente ou doente mental; curatela; decisão apoiada.

ABSTRACT: This work is aimed at a brief analysis of the impacts caused by the new civil incapacity rule - inaugurated by the Disability Person's Statute - with regard to access to justice within the scope of the micro-system of special state civil courts, Especially regarding the ability to be part of the disabled or mentally ill, given the existence of an obstacle expressed in Law 9999/95 (article 8) by the admission of an incapable subject. Allied to this, the mechanisms of the curatorship and the supported decision are analyzed, in the end, to conclude for the admissibility only of the latter.

KEYWORDS: Unable; Special Civil Courts; Status of the Person with Disabilities; Ability to be a part; Disabled or mentally ill; Curatela; Supported decision.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. DA CAPACIDADE DE SER PARTE NA LJE. O NOVO REGIME DE INCAPACIDADE CIVIL. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUÇÃO

Nas civilizações mais primitivas inexistia um órgão estatal suficientemente forte, soberano e com autoridade para estabelecer direitos e impor obrigações. Por essa razão, predominavam as formas autônomas de solução de conflitos, v.g. a auto-tutela e a autocomposição, por meio das quais os indivíduos satisfaziam as suas pretensões por suas próprias forças.

Aos poucos, esse sistema insuficiente, falho e, não raramente, bárbaro, mostrou-se incapaz de resolver satisfatoriamente as contendas cada vez mais modernas. Surgiu, então, a arbitragem, como substitutivo às decisões até então parciais. Nela, um terceiro da confiança de ambas as partes (geralmente sacerdotes ou anciãos) deliberava com vistas à pacificação do conflito de acordo com os costumes e as convicções da coletividade.

Ao longo da evolução que, apenas para fins didáticos, apresenta-se aqui de forma linear, o Estado foi firmando-se e fortalecendo-se, capacitando-se a tomar para si o poder de declarar qual o direito a ser aplicado ao caso concreto. Sendo premente a necessidade de um ente sólido o bastante pacificar litígios particulares sociais, é que ele chamou a si o jus punitionis (direito de punir), dirimindo lides através da jurisdição que, por seu turno, tem por instrumento o processo. Surge, então, o Estado-juiz, que, atuando de forma substitutiva à vontade das partes, impõe decisões com força coercitiva.

Hodiernamente, a demora e o custo dos processos tradicionais, dentre outros entraves que comprometem a efetividade da função pacificadora (notadamente a estrutura ainda deficiente do Poder

Judiciário), têm levado os juristas a buscarem formas alternativas de solução de conflitos, dentre as quais sobrepõe-se a conciliação.

Foi com esse propósito que, na década de 80, editou-se a Lei Federal nº 7.244/84, a qual dispunha sobre o antigo Juizados de Pequenas Causas. Com o advento da nova ordem constitucional a partir de 1988, todavia, houve a necessidade de reformulação desse sistema, razão pela qual foi editada a Lei Federal nº 9.099/95, com vistas à ampliação cada vez maior do acesso de todos à justiça.

Este direito (acesso à justiça), por sua vez, é o mais fundamental de todos, não podendo ser negligenciado nem diminuído, sobretudo por ser ele que possibilita ao sujeito o exercício de todos os demais direitos fundamentais. Ademais, não basta apenas que se assegure o acesso à justiça, na ótica da mera admissão do processo; é preciso mais que isso. Além de amplo (os órgãos jurisdicionais devem estar acessíveis a um número cada vez maior de pessoas), o acesso à ordem jurídica deve ser justo e equânime, garantindo-se uma defesa adequada e eficiente às partes e, principalmente, concedendo-se proteção suficientemente ampla para todo e qualquer direito violado ou mesmo ameaçado.

Com efeito, o mandamento constitucional que visa assegurar o efetivo acesso à justiça encontra-se consubstanciado no art. 5º, XXXV, da Carta Magna, o qual dispõe que: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. E é exatamente dentro desse contexto (máxima amplitude de acesso à justiça) que os Juizados Especiais se inserem como mais uma das ferramentas de que dispõe o Estado na busca pelo bem comum e pelo resgate da credibilidade do Poder Judiciário.

Lastreados nos princípios da informalidade, oralidade, simplicidade, economia e celeridade, os Juizados Especiais priorizam a composição e a transação, privilegiando a justiça consensual. Resguardando as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, possibilitam o acesso de todos a uma prestação jurisdicional muito mais desburocratizada e efetiva.

Mas será mesmo que o acesso é realmente conferido a todas as pessoas, independentemente de sua capacidade civil? Poderia o incapaz ser parte processual no microsistema dos juizados cíveis, sobretudo diante do novel regime instituído pelo Estatuto da Pessoa Portadora de Deficiência? Essas e outras questões serão abordadas no desenvolvimento deste breve artigo.

DA CAPACIDADE DE SER PARTE NA LJE.

Conforme é cediço, a Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015 (conhecida como Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência), instituiu o Estatuto da Pessoa com Deficiência no nosso ordenamento jurídico, trazendo profundas alterações no regramento das incapacidades civis, com reflexos imediatos em toda a legislação extravagante correlata, especialmente na Lei 9.099/95 (LJE), responsável pelo regramento do microsistema dos juizados cíveis e criminais estaduais.

Com efeito, dispõe o art. 8º, da LJE que: não poderão ser partes, no processo instituído por esta Lei, **o incapaz**, o preso, as pessoas jurídicas de direito público, as empresas públicas da União, a massa falida e o insolvente civil. Ou seja, a lei veda expressamente que o sujeito incapaz seja parte (ativa ou passiva) nos feitos de competência dos juizados.

Advirta-se, por oportuno, com base na teoria geral do processo, que não se trata aqui de ilegitimidade *ad causam* (condição da ação), mas sim de capacidade *ad processum* (capacidade de estar em juízo - pressuposto processual de validade). Não há que se confundir a pertinência subjetiva à lide, ou seja, a possibilidade de apresentar e responder a demandas a partir de uma relação jurídica existente entre aquele que pretende algo e aquele contra quem se pretende, com a necessidade de plena administração da vida civil^[1].

Segundo Joel Dias Figueira Júnior: “Qualquer uma das pessoas enumeradas no art. 8º da Lei 9.099/1995 tem legitimidade para figurar no polo ativo ou passivo das demandas cognitivas, posto que a legitimidade para agir diz respeito à pertinência subjetiva que deve vigorar entre o sujeito que formula pretensão na qualidade de autor e aquele outro que

deverá suportar o ônus do sucumbimento na demanda. Portanto, legítimas para agir ou reagir nas relações jurídicas processuais são quaisquer daquelas pessoas. O que a Lei 9.099/1995 não admite é que integrem a relação no microsistema dos Juizados Especiais”.

Nesse contexto, evidenciada qualquer das hipóteses do aludido art. 8º, a consequência processual será a mesma, qual seja a extinção do processo sem a resolução do mérito, conforme preconiza o art. 51, inciso IV, da Lei 9.099/95[2].

O NOVO REGIME DE INCAPACIDADE CIVIL.

Superada essa distinção conceitual (porém, de ordem técnica), é cediço que, com a entrada em vigor do Estatuto da Pessoa com Deficiência (em 03/01/2016), inúmeras alterações foram empreendidas no campo do direito material, sobretudo na redação do Código Civil, sendo o que importa destacar, para os fins do presente trabalho, a novel redação dada aos artigos 3º e 4º do aludido código.

Anteriormente à alteração legislativa em questão, eram considerados absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil, além dos menores de dezesseis anos, os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tinham o necessário discernimento para a prática desses atos, bem assim aqueles que, mesmo por causa transitória, não podiam exprimir a sua vontade. Hoje, apenas a primeira hipótese (menor de 16 anos) caracteriza a incapacidade civil absoluta.

Por outro lado, mas no mesmo passo, o deficiente mental com discernimento reduzido e os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo, deixaram de ser enquadrados como relativamente incapazes, revogando-se as disposições nesse sentido constantes no art. 4º, do CC. Passaram, portanto, a ostentar capacidade civil plena, não havendo mais que se cogitar, atualmente, de incapacidade civil por motivos de enfermidade ou deficiência mental, haja vista que os arts. 6º e 84, do Estatuto da Pessoa com Deficiência, deixam claro que a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa[3].

Sem adentrar no acerto ou desacerto da alteração legislativa, cuja celeuma encontra-se instaurada no âmbito da doutrina especializada^[4], e dado o objetivo deste trabalho, indaga-se: o deficiente (físico, mental ou intelectual), a partir da alteração realizada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência no regramento das incapacidades civis, desvinculando-o de qualquer incapacidade, pode ser parte no âmbito do microsistema dos juizados cíveis?

Se considerarmos que o conceito de capacidade civil é atribuído pelo direito material (Código Civil), a inovação legislativa é integralmente aplicável aos juizados, devendo o regramento processual constante no já reproduzido art. 8º, da LJE, ser interpretado à luz das novas disposições, de modo que o deficiente ou enfermo mental não mais se enquadra no rol dos incapazes de ser parte na sistemática dos JEC's, podendo propor demanda e também ser demandado.

Contudo, em que pese a louvável intenção do legislador de conferir tratamento mais digno às pessoas com deficiência, há um inconveniente de ordem prática, susceptível até mesmo de causar efeito reverso (retrocesso na proteção dos direitos fundamentais dos incapazes): a pessoa com deficiência ou enfermidade mental, por si só, conseguiria deduzir de forma clara, coerente e suficientemente a sua pretensão ou mesmo defesa perante os juizados? Seria mesmo ela plenamente capaz de participar ativamente da instrução processual, apresentando provas e formulando requerimentos em geral na defesa do seu direito subjetivo? Realmente seria capaz de sozinha, aquilatar as vantagens e desvantagens de uma composição civil? A resposta a esses questionamentos nos parece ser negativa.

Atenta a esse fato, a doutrina civilista sugere que o deficiente ou doente mental somente possa demandar no âmbito dos juizados cíveis se sujeito a interdição (art. 747 e ss., CPC) ou ao regime de decisão apoiada (art. 1.783-A, do CC). Ou seja, em que pese plenamente capaz, invariavelmente necessitará da assistência de terceira pessoa (curador ou apoiador).

Nesse sentido: Considera-se como capaz o maior de dezoito anos, que poderá agir perante o juizado especial, independentemente de assistência, em todos os atos do processo, inclusive para fins de conciliação (art. 8.º, § 2.º, Lei 9.099/1995). Recorde-se, ademais, que a Lei n. 13.146/2015 alterou substancialmente o regime de capacidade da pessoa com deficiência. Nesses termos, em princípio, no modelo atual, nada impede que a pessoa com deficiência também possa apresentar-se perante o juizado especial, eventualmente se sujeitando à curatela ou ao regime de decisão apoiada (*In Novo Curso de Processo Civil - Volume 3 - Edição 2017, Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero*).

Ocorre que o próprio Estatuto da Pessoa com Deficiência igualmente promoveu alteração na redação do art. 1.767, do CC, afastando a possibilidade de sujeição à curatela (i) daqueles que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para os atos da vida civil; (ii) dos deficientes mentais e; (iii) dos excepcionais sem completo desenvolvimento mental. Com a nova redação atribuída ao referido dispositivo, somente os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, os pródigos e aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade, sujeitam-se à curatela. E, ainda assim, de forma extraordinária e restrita unicamente aos direitos de natureza patrimonial e negocial, conforme o disposto no art. 85, do EPD (A curatela afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial).

Desse modo, a menos que a deficiência ou doença mental que acomete o indivíduo seja a causa que o impossibilite, transitória ou permanentemente, de exprimir a sua vontade, não será cabível a designação de curador.

Ora, diante desse panorama, propomos o seguinte raciocínio para, em seguida, concluir: Premissa 01 - o deficiente ou doente mental só pode ser parte nos juizados se submetido à curatela ou ao regime de decisão apoiada; Premissa 02 - só é cabível a curatela para o doente ou deficiente mental se, em função da sua deficiência ou doença, o indivíduo encontrar-se, transitória ou permanentemente, impossibilitado de exprimir a sua

vontade; Premissa 03 - mas se a deficiência ou doença mental deixou o deficiente/doente impossibilitado de exprimir a sua vontade, mesmo que temporariamente, ele é considerado pela lei civil relativamente incapaz (CC, art. 4º, III); Conclusão: sendo relativamente incapaz o deficiente ou doente mental, em tais circunstâncias, apesar de sujeito à curatela, não pode ser parte nos juizados cíveis, justamente por se enquadrar no óbice constante do art. 8º, da LJE, que não distingue o grau de incapacidade (se absoluta ou relativa).

Com efeito, no sentido aqui exposto, já decidiu o Egrégio TJSP, *in verbis*: (...) uma interpretação sistemática e teleológica do Estatuto da Pessoa com Deficiência impõe a conclusão de que as pessoas que não consigam exprimir sua vontade por causa transitória ou permanente devem ser consideradas relativamente incapazes, pois em geral conservam sua autonomia para a prática de atos de natureza existencial, relacionados aos direitos da personalidade, a exemplo dos direitos sexuais e reprodutivos, e aqueles relacionados ao planejamento familiar. Todavia, dependendo do grau de comprometimento das faculdades mentais da pessoa, poderá ela submeter-se à curatela total ou parcial, que abrangerá eminentemente os atos de natureza patrimonial e negocial (1ª Câmara de Direito Privado, ApCív. 0307037-84.2009.8.26.0100-comarca de São Paulo, rel. Des. Francisco Loureiro, voto 29.643).

Em suma, se o deficiente (físico, mental ou intelectual) não pode exprimir a sua vontade, encontra-se submetido ao regime das incapacidades jurídicas e, embora sujeito à curatela (em suas variadas extensões), resta impedido de ser parte nos feitos de competência dos juizados cíveis, justamente por ostentar incapacidade civil relativa. Por outro lado, se a pessoa com deficiência puder exprimir a sua vontade, possuirá capacidade civil plena, podendo, portanto, demandar e ser demandada nos processos dos juizados, ainda que eventualmente sujeitando-se ao regime da decisão apoiada.

Com efeito, comungamos do entendimento perfilhado por Cristiano Chaves de Farias, Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto: A partir do sistema implantado pelo Estatuto, a pessoa com deficiência que pode exprimir a sua vontade não está submetida ao regime das

incapacidades jurídicas - o que se mostra absolutamente pertinente e razoável. Somente as pessoas com deficiência que não puderem exprimir a sua própria vontade é que se emolduram nas compreensões da incapacidade jurídica (CC, art. 4º, III). Todavia, as pessoas com deficiência (física, mental ou intelectual) que podem exprimir vontade - e que, por conseguinte, estão abrangidas pela plena capacidade - podem, eventualmente, precisar de cuidado, proteção. Exsurge, nessa arquitetura, a tomada de decisão apoiada, como um procedimento especial de jurisdição voluntária destinado à nomeação de dois apoiadores que assumem a missão de auxiliar a pessoa em seu cotidiano. Não se trata de incapacidade e, por isso, não são representantes ou assistentes. Apenas um mero apoio para auxiliar, cooperar, com as atividades cotidianas da pessoa. A tomada de decisão apoiada não se confunde com a curatela, partindo de uma premissa diametralmente oposta: inexistente incapacidade, mas mera necessidade de apoio a uma pessoa humana^[5].

Destarte, no que tange ao regime da decisão apoiada, esse, talvez, seja o mecanismo que torne viável e harmonize a incongruência gerada no sistema. Por meio desse processo (procedimento especial de jurisdição voluntária), a pessoa com deficiência elege pelo menos 2 (duas) pessoas idôneas, com as quais mantenha vínculos e que gozem de sua confiança, para prestar-lhe apoio na tomada de decisão sobre atos da vida civil, fornecendo-lhes os elementos e informações necessários para que possa exercer sua capacidade, inclusive podendo demandar e ser demandado nos feitos dos juizados cíveis.

O inconveniente que pode surgir é quando o deficiente (físico, mental ou intelectual), admitido a ser parte (aquele que, apesar da deficiência, pode exprimir a sua vontade), for demandado. Isso porque, eventualmente, conforme já mencionado alhures, esse indivíduo pode necessitar de um cuidado especial ou proteção maior, devendo submeter-se ao processo de decisão apoiada. Contudo, em tais circunstâncias, não haveria como licitamente compelir o réu deficiente a instaurar o procedimento de decisão apoiada, constituindo tal fato um inequívoco entrave na busca da satisfação da pretensão autoral, isso porque onde há

a mesma razão de ser, deve prevalecer a mesma razão de decidir (*Ubi eadem legis ratio ibi eadem dispositivo*).

Ora, se por um lado busca-se proteger os interesses do deficiente demandante, garantindo-lhe o amplo acesso ao microsistema dos juizados, inclusive, conforme o caso, mediante prévia submissão ao regime de decisão apoiada, por outro, não se pode admitir que o deficiente demandado - que necessite de apoiadores - seja regularmente processado e julgado sem que se submeta identicamente ao processo de decisão apoiada. Portanto, dada a natureza voluntária desse último procedimento, bastaria a recusa do deficiente demandado quanto a sua deflagração para que o processo em trâmite no JEC encontrasse óbice intransponível ao seu desenvolvimento válido e regular.

CONCLUSÃO

A despeito da relevante intenção do legislador de conferir cada vez mais inclusão social e dignidade aos portadores de necessidades especiais, esse desiderato não pode ser concretizado em atropelo às regras postas no ordenamento jurídico, notadamente no que tange à capacidade de ser parte no âmbito dos juizados especiais cíveis, sob pena de afronta aos caros princípios da legalidade e da segurança jurídica.

Disso resulta que, no panorama atual das incapacidades civis, somente são admitidos a ser parte nos processos de competência dos juizados especiais cíveis os deficientes (físicos, mentais e intelectuais) que possam exprimir a sua vontade, ainda que eventualmente necessária a prévia submissão ao regime da decisão apoiada, não se reconhecendo, portanto, capacidade de ser parte àqueles que não possam exprimir a sua vontade, dada a sua incapacidade relativa.

Nesse contexto, incumbe ao próprio juiz analisar, a partir dos documentos comprobatórios da natureza e do grau da deficiência, a necessidade ou não da prévia submissão ao processo de decisão apoiada como pressuposto processual de validade da demanda então instaurada, sendo certo que, necessitando de auxílio técnico especializado para tal averiguação, deverá inadmitir a demanda, extinguindo o feito sem

resolução de mérito, porquanto incabível no rito dos juizados a realização de perícia técnica de alta complexidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

- CUNHA, Luciana Gross. Juizado especial: criação, instalação e funcionamento e a democratização do acesso à justiça. São Paulo: Saraiva, 2008 (série produção científica).
- Secretaria de Reforma do Judiciário e Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais Juizados especiais cíveis: estudo. Brasília, DF: Secretaria de Reforma do Judiciário: CEBEPEJ, 2006. (disponível em <http://www.cebepj.org.br/>).
- FIGUEIRA Júnior, Joel Dias. Manual dos juizados especiais cíveis estaduais e federais. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2006.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. Juizados Especiais Cíveis Estaduais, Federais e da Fazenda Pública, 6ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- NUNES, Elpídio Donizetti. *Curso Didático de Direito Processual Civil*. Del Rey. 3ª ed., 2002.
- Manual de direito civil; volume único / Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho. - São Paulo: Saraiva, 2017. 1. Direito civil 2. Direito civil - Brasil I. Título II. Pamplona Filho, Rodolfo.
- Novo Curso de Processo Civil - Volume 3 - Edição 2017, Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero.
- Estatuto da Pessoa com Deficiência Comentado artigo por artigo. Cristiano Chaves de Farias, Rogério Sanches Cunha, Ronaldo Batista Pinto. 2. rev., ampl. e atual. - Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

NOTAS:

[1] Ou seja, o menor de 16 anos tem legitimidade ad causam para propor ação contra seu suposto pai, mas não tem legitimidade ad processum, por não ter capacidade para estar em juízo, devendo ser representado (NUNES, Elpídio Donizetti. *Curso Didático de Direito Processual Civil*. Del Rey. 3ª ed., 2002).

[2] Art. 51. Extingue-se o processo, além dos casos previstos em lei: (...) IV - quando sobrevier qualquer dos impedimentos previstos no art. 8º desta Lei.

[3] Art. 6º A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para: I - casar-se e constituir união estável; II - exercer direitos sexuais e reprodutivos; III - exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar; IV - conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória; V - exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária; e VI - exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

Art. 84. A pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas.

[4] Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, afirmam que: Temos, portanto, um sistema que faz com que se configure como “imprecisão técnica” considerar a pessoa com deficiência incapaz. (...). Pensamos que a nova Lei veio em boa hora, ao conferir um tratamento mais digno às pessoas com deficiência. Verdadeira reconstrução valorativa na tradicional tessitura do sistema jurídico brasileiro da incapacidade civil. Mas o grande desafio é a mudança de mentalidade, na perspectiva de respeito à dimensão existencial do outro. Mais do que leis, “precisamos mudar mentes e corações” (Manual de direito civil; volume único / Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho. - São Paulo: Saraiva, 2017. 1. Direito civil 2. Direito civil - Brasil I. Título II. Pamplona Filho, Rodolfo).

[5] **Estatuto da Pessoa com Deficiência Comentado artigo por artigo**. Cristiano Chaves de Farias, Rogério Sanches Cunha, Ronaldo Batista Pinto. 2. rev., ampl. e atual. - Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

O PODER REGULAMENTAR DO CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO FACE À VEDAÇÃO DA ADVOCACIA AO SERVIDOR

ORLIÊNIO ANTÔNIO GONÇALVES DA SILVA:
Bacharel em Direito, Servidor Público pertencente às carreiras do Ministério Público do Estado de Minas Gerais como Oficial do Ministério Público.

RESUMO: O Poder Regulamentar concedido ao Conselho Nacional do Ministério Público é o tema deste artigo, que busca estudar a Resolução n.º 027/2008 do Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP –, disciplinadora da vedação ao exercício da advocacia por parte dos servidores do Ministério Público dos Estados e da União. Analisando o contexto da vedação e traçando um paralelo entre as normas que disciplinam o exercício da advocacia e as normas que disciplinam o regime estatutário dos servidores públicos, em especial os que compõem os quadros de serviços auxiliares dos Ministérios Públicos Estaduais e Federal, buscamos embasamento para afirmar se tal resolução possui ou não caráter normativo primário (exclusivo de lei) que configuraria a presença do elemento autônomo no referido regulamento. Ao final, estudada a competência para edição de normas, concluiremos se tal resolução ampara-se no poder regulamentar do referido órgão ou extrapola sua competência ao editar regulamento/decreto autônomo. Se esses servidores podem influenciar atos do Ministério Público e do Judiciário, no interesse de patrocínio privado, deixando em segundo plano suas atribuições para se dedicar à advocacia, é plausível tal vedação, porém, a vedação ao exercício da advocacia deveria ter-se dado pela deflagração do processo legislativo pelo Chefe do Ministério Público de cada Estado, cabendo ao CNMP recomendar e não editar regulamento autônomo como fez.

Palavras-chave: Poder Regulamentar. Regulamento Autônomo. Servidor do Ministério Público Estadual. Exercício da Advocacia. Vedação.

Introdução

Este artigo pretende investigar se o poder regulamentar concedido ao Conselho Nacional do Ministério Público, o CNMP, dá àquele órgão a possibilidade de editar regulamentos autônomos, analisando o caso concreto da proibição ao exercício da advocacia pelos servidores dos Ministérios Públicos estaduais. Buscaremos embasamento nos princípios do Direito Administrativo, bem como nas normas que versam sobre o exercício da advocacia, deveres dos servidores públicos e competência legislativa concluindo a final se a resolução n.º 27/2008 tem características de regulamento autônomo e, em caso afirmativo, se extrapolaria os limites constitucionais da atuação do CNMP.

A Resolução n.º 027/2008/CNMP, que disciplina a vedação do exercício da advocacia por parte dos servidores do Ministério Público dos Estados e da União é o enfoque de nossa análise. Dentre os questionamentos de sua legalidade se destaca a Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5.454, em curso, proposta pela Associação Nacional dos Servidores do Ministério Público – ANSEMP –, em face do Conselho Nacional do Ministério Público cujo dispositivo legal questionado é o artigo 1º da referida resolução em especial o termo “dos estados”. Vejamos o inteiro teor da norma em comento:

RESOLUÇÃO N.º
27, DE 10 DE MARÇO DE 2008 -
Disciplina a vedação do exercício da advocacia p
or parte dos servidores do Ministério Público dos
Estados e da União.

O CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, exercício das atribuições conferidas pelo artigo 130-A, §2º, inciso II, da Constituição da República, e no artigo 19 do seu Regimento Interno, em conformidade com a decisão plenária tomada em sessão realizada no dia 10 de março de 2008;

Considerando a decisão plenária proferida nos autos do processo n. 0.00.000.000126/2007-69, em sessão realizada no dia 18 de junho de 2007;

Considerando os princípios constitucionais da moralidade, da isonomia e da eficiência;

Considerando as disposições dos artigos 21 da Lei n. 11.415/2006 e 30 da Lei n. 8.906/94;

Considerando a necessidade de estabelecer, no particular, tratamento isonômico entre os servidores do Ministério Público da União e dos Estados; resolve:

Art. 1º. É vedado o exercício da advocacia aos servidores efetivos, comissionados, requisitados ou colocados à disposição do Ministério Público dos Estados e da União. (grifo nosso)

Art. 2º. Ficam resguardados os atos processuais já praticados, vedando-se, entretanto, a continuidade do exercício da advocacia, mesmo àqueles que já venham exercendo essa atividade até a data da publicação desta Resolução, observado o impedimento fixado no art. 30, I, da Lei n. 8.906/94.

Art. 3º. Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

ANTONIO FERNANDO BARROS E SILVA DE
SOUZA

Presidente do Conselho Nacional do Ministério
Público

O presente trabalho utilizará o método hipotético-dedutivo, em sua maior parte, baseando-se na construção doutrinária, jurisprudencial e

normativa, confrontando o instituto abordado com os princípios e normas que integram o Direito Administrativo brasileiro. Parte-se da percepção de uma lacuna nos conhecimentos, acerca da qual se formulam hipóteses e, pelo processo de inferência dedutiva, buscaremos dar correta solução à controvérsia.

A pesquisa bibliográfica sobre o tema, por meio de artigos jurídicos, doutrina, revistas jurídicas, normas constitucionais e infraconstitucionais, confere ponto de partida para exposição e discussão do tema deste trabalho. Buscaremos dessa forma a revisão bibliográfica adequada ao tema.

Desenvolvimento

As normas em que se embasam os defensores da tese do livre exercício da advocacia pelo servidor público do Ministério Público estão substancialmente contidas nos artigos 5º e 170 da Constituição Federal (CF), as quais passamos a comentar.

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:

(...)

XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais **que a lei estabelecer;**

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, **salvo nos casos previstos em lei.**

(grifo nosso)

A análise do artigo 5º, inciso XIII c/c o art. 170, parágrafo único, ambos da CF nos traz as restrições ao exercício das atividades profissional e econômica. Uma leitura superficial já denota tratarem-se de normas constitucionais de eficácia contida, pois remetem à lei infraconstitucional a sua regulamentação. É o que nos indica os termos “que a lei estabelecer” do primeiro grifo e “salvo nos casos previstos em lei” do segundo grifo.

O artigo 22, inciso XVI, da CF afirma competir privativamente à União legislar sobre a organização do sistema nacional de emprego e condições para o exercício de profissões. Pois bem, essa disciplina em relação à advocacia é tratada no Estatuto da Advocacia (Lei n.º 8.906/1994), as vedações vêm elencadas, principalmente, em capítulo dedicado a incompatibilidades e impedimentos, do qual destacamos seu artigo 30:

Art. 30. São impedidos de exercer a advocacia:

I - os servidores da administração direta, indireta e fundacional, contra a Fazenda Pública que os remunerar ou à qual seja vinculada a entidade empregadora;

II - os membros do Poder Legislativo, em seus diferentes níveis, contra ou a favor das pessoas jurídicas de direito público, empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações públicas, entidades paraestatais ou empresas concessionárias ou permissionárias de serviço público.

Parágrafo único. Não se incluem nas hipóteses do inciso I os docentes dos cursos jurídicos.(grifo nosso)

Esclareçamos de antemão, na lição de Azevedo (2010, p.108), que incompatibilidade é a “proibição total do exercício da advocacia concomitantemente com as atividades expressamente enumeradas pelo Estatuto”, já o impedimento é a “vedação parcial, restringindo a representação do advogado”. O autor nos dá o exemplo de impedimento do procurador municipal, que não poderá atuar em face do município que o remunera.

A doutrina de Paulo Luiz Netto Lôbo (1994, p.103) nos ensina que “os impedimentos e incompatibilidades existem em todas as legislações do mundo sobre a advocacia, desde quando o Imperador Justino de Constantinopla, no século VI, estruturou legalmente a profissão”.

A análise das incompatibilidades e impedimentos do Estatuto da Advocacia traz-nos a informação de que a regra é que o servidor público pode exercer a advocacia, exceto em situações de manifestas incompatibilidades previstas no art. 28 (ter vínculo com o Poder Judiciário, exercer função de chefia ou direção ou atuar no lançamento, arrecadação de tributos ou contribuições parafiscais, etc.). Vencidas as incompatibilidades, o impedimento ao exercício da advocacia é apenas contra a Fazenda Pública que o remunera, é o que a inteligência do artigo 30, inciso I nos diz: o servidor é impedido de exercer a advocacia apenas contra a Fazenda Pública que o remunera, quanto às demais atuações de um advogado não há óbices, via de regra.

Porém a questão não é de tão simplória solução, pois sabemos bem que o servidor público tem todo um regime disciplinar a ser observado. Além do que o Ministério Público é função essencial à justiça e possui autonomia administrativa. Por óbvio, as proibições decorrentes do exercício de cargos e funções públicas integram o denominado regime jurídico do servidor.

Quanto ao regime disciplinar dos servidores, destacamos que no âmbito da União a disciplina fica a cargo da Lei n.º 8.112/90, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Seu artigo 116 traz rol exaustivo de deveres, dos quais destacamos: exercer com zelo e

dedicação as atribuições do cargo; ser leal às instituições a que servir; observar as normas legais e regulamentares; cumprir as ordens superiores, exceto quando manifestamente ilegais; manter conduta compatível com a moralidade administrativa; ser assíduo e pontual ao serviço; tratar com urbanidade as pessoas; e representar contra ilegalidade, omissão ou abuso de poder. Já as proibições elencadas no art. 117 consideramos pertinentes ao debate, além de outras: ausentar-se do serviço durante o expediente, sem prévia autorização do chefe imediato; participar de gerência ou administração de sociedade privada, personificada ou não personificada, exercer o comércio, exceto na qualidade de acionista, cotista ou comanditário; proceder de forma desidiosa; e exercer quaisquer atividades que sejam incompatíveis com o exercício do cargo ou função e com o horário de trabalho.

Especificamente quanto aos servidores do Ministério Público da União, esses ainda são regidos pela Lei nº 13.316/2016, que dispõe sobre o plano de carreira dos servidores daquele órgão e do CNMP, revogando as disposições anteriores da Lei 11.415/2006. Essa lei traz disciplina sobre a matéria em tela no seguinte artigo:

Art. 21. **Aos servidores** efetivos, requisitados e sem vínculo do Ministério Público da União **é vedado o exercício da advocacia** e de consultoria técnica, ressalvado o disposto no art. 29 da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994. (grifo nosso)

Já no âmbito estadual, pelo princípio federativo, cabe a cada estado disciplinar deveres e proibições de seus servidores. É o que faz o Estado de Minas Gerais com a Lei Estadual n.º 869 em seus artigos 216 e 217. O Ministério Público mineiro buscou em 2006 a positivação da proibição ao exercício da advocacia, que antes era incorretamente disciplinada por meio de resolução, pela edição do art. 7º da Lei Estadual nº 16.180/2006. A essa semelhança, o MPF trouxe a disciplina do referido art. 21 da Lei n.º 11.415/2006.

Quanto à autonomia administrativa do Ministério Público, o art. 127, § 2º, da Constituição da República confere autonomia funcional e

administrativa ao Ministério Público, podendo este propor ao Poder Legislativo a criação e a extinção de cargos e serviços auxiliares, a política remuneratória e os planos de carreira. Destacamos que essa autonomia não é irrestrita, ela condiciona-se ao devido processo legislativo toda vez que o órgão pretende inovar o ordenamento jurídico. No âmbito do Estado de Minas Gerais, o [art. 66, § 2º, da Constituição Estadual](#) faculta ao Procurador-Geral de Justiça a iniciativa de projetos sobre a criação, transformação e extinção de cargos do Ministério Público e dos serviços auxiliares e a fixação da respectiva remuneração, regramento que vem refletido tanto na Lei nº 8.625/1993 (LONMP) em seu art. 3º, I e II c/c art. 10, IV.

Passemos agora a uma análise mais detida acerca do Conselho Nacional do Ministério Público e suas atribuições. Começaremos a nos debruçar sobre a possibilidade de o CNMP expedir regulamentos autônomos, tendo como paradigma a Resolução n.º 27/2008 do CNMP, a fim de concluir se essa resolução trata-se ou não de regulamento autônomo e se esse órgão detém tal competência.

O Conselho Nacional do Ministério Público, tal qual, seu congênere, o Conselho Nacional de Justiça, foi instituído pela Emenda Constitucional nº 45/2004, conhecida como a “reforma do Judiciário”. Compete ao CNMP o controle da atuação administrativa e financeira do Ministério Público, assegurando a autonomia funcional e administrativa do Ministério Público, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências além de zelar pela observância do art. 37 da CF. O exercício do poder regulamentar pelo CNMP sustenta-se nessas competências.

Fernanda Marinela (p.190-191) explica que o poder regulamentar é conferido ao administrador, “para a edição de normas complementares à lei, permitindo a sua fiel execução.”. Assevera a autora que “o exercício desse poder guarda algumas semelhanças com a função legiferante, apesar de não se confundirem, pois ambos emanam normas gerais, atos com efeitos *erga omnes* e abstratos”. A diferença reside no fato de que a lei é ato normativo originário (primário) que passa por exaustivo processo legislativo que denota debate plural em órgão colegiado que representa

bem os diversos extratos da sociedade. Já o regulamento é ato derivado (secundário) que é elaborado dentro de “gabinetes fechados, sem publicidade alguma, livres de qualquer fiscalização ou controle efetivo da sociedade.”

A questão da possibilidade de expedição de decretos e regulamentos autônomos no Brasil é de grande divergência doutrinária. A doutrina majoritária entende que a CF limitou consideravelmente o poder regulamentar, não deixando espaço para os regulamentos autônomos. É o que reforça o art. 25 do ADCT e a interpretação histórica dessa norma, dadas as circunstâncias que envolveram a promulgação da CF/88.

Com a Emenda Constitucional n.º 32/2001, foi reestabelecida a divergência dada a nova redação do art. 84, VI, da CF, que previu que o Presidente da República poderia dispor, mediante decreto, sobre a organização e funcionamento da administração federal, limitadamente à questão orçamentária, e sobre extinguir funções ou cargos públicos, quando vagos, contudo o decreto autônomo só seria possível nessas hipóteses.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça indica a impossibilidade de se editar regulamentos autônomos no Brasil:

ADMINISTRATIVO. IMPORTAÇÃO DE BEBIDAS ALCÓOLICAS. PORTARIA Nº 113/99, DO MINISTÉRIO DA AGRICULTURA E DO ABASTECIMENTO. IMPOSIÇÃO DE OBRIGAÇÃO NÃO PREVISTA EM LEI. **AFRONTA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.** 1. O ato administrativo, no Estado Democrático de Direito, está subordinado ao princípio da legalidade (CF/88, arts. 5º, II, 37, caput, 84, IV), o que equivale assentar que a Administração só pode atuar de acordo com o que a lei determina. Desta sorte, ao expedir um ato que tem por finalidade regulamentar a lei (decreto, regulamento, instrução, portaria, etc.), não pode a Administração inovar na ordem jurídica, impondo obrigações ou limitações a

direitos de terceiros. 2. Consoante a melhor doutrina, "é livre de qualquer dúvida ou entredúvida que, entre nós, por força dos arts. 5, II, 84, IV, e 37 da Constituição, só por lei se regula liberdade e propriedade; só por lei se impõem obrigações de fazer ou não fazer. Vale dizer: restrição alguma se impõem à liberdade ou à propriedade pode ser imposta se não estiver previamente delineada, configurada e estabelecida em alguma lei, e só para cumprir dispositivos legais é que o Executivo pode expedir decretos e regulamentos." (Celso Antônio Bandeira de Mello. Curso de Direito Administrativo. São Paulo, Malheiros Editores, 2002, págs. 306/331)

3. A Portaria nº 113/99, do Ministério da Agricultura e do Abastecimento, a pretexto de regulamentar o cumprimento do disposto na Lei 8.918/94 e no Decreto nº 2.314/97, sobre os requisitos para a importação de bebidas alcóolicas, inovou na ordem jurídica, impondo obrigação não prevista em lei, in casu, a apresentação, para o desembarço aduaneiro das mercadorias, da declaração consular da habilitação do importador pelo estabelecimento produtor, em afronta ao princípio da legalidade.

4. Deveras, a imposição de requisito para importação de bebidas alcóolicas não pode ser inaugurada por Portaria, por isso que, muito embora seja ato administrativo de caráter normativo, subordina-se ao ordenamento jurídico hierarquicamente superior, in casu, à lei e à Constituição Federal, não sendo admissível que o poder regulamentar extrapole seus limites, ensejando a edição dos chamados **"regulamentos autônomos"**, **vedados em nosso ordenamento jurídico**, a não ser pela exceção do art. 84, VI, da Constituição Federal. (STJ - Recurso Especial: REsp 584798 PE) (grifo nosso)

Não nos parece razoável interpretar que o poder regulamentar do CNMP, em que pese ser um órgão de controle e fiscalização constitucionalmente incumbido de editar regulamentos e recomendações, possa inovar o ordenamento jurídico, em relação a restrições de direitos ou criar situações restritivas não previstas em lei.

Colacionamos a gabaritada doutrina de Di Pietro (2007, p.323):

“Em todas essas hipóteses, o ato normativo não pode contrariar a lei, nem criar direitos, impor obrigações, proibições, penalidades que nela não estejam previstos, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade (arts. 52, X, e 37, caput, da Constituição). Note-se que o Congresso Nacional dispõe agora de poder de controle sobre os atos normativos do Poder Executivo, podendo sustar os que exorbitem do poder regulamentar (art. 49, V), e que o controle de constitucionalidade exercido pelo STF, com base no art. 102, I, a, da Constituição, abrange não só a lei com também o ato normativo federal e estadual; por outras palavras, abrange também qualquer ato normativo baixado por órgãos administrativos.”

Ao estender os efeitos da restrição ao exercício da advocacia do servidor do MPF ao servidor do MPE, embora plausível fundar-se nos princípios da moralidade, eficiência e isonomia entre servidores das esferas federal e estaduais, o CNMP usurpa a competência legislativa estadual, pois, como demonstramos, o trâmite correto seria a proposta de lei enviada pelo Procurador-Geral de Justiça (PGJ) de cada Estado, votada e aprovada pela respectiva Assembleia Legislativa e promulgada pelo Governador do Estado, trazer a vedação pretendida.

Ora, se a limitação ao exercício da profissão de advogado é alcançada pela via legislativa e se as proibições e deveres de servidores também decorrem da lei, forçoso concluir que uma obrigação que atinja conjuntamente essas duas realidades também deveria decorrer de lei, pois

de outra forma estaríamos admitindo a competência de expedir-se regulamentos e decretos autônomos pelo CNMP.

Como vimos ao longo do artigo, tanto as proibições e deveres dos servidores quanto os impedimentos ao exercício da advocacia decorrem de lei expedida pela casa legislativa competente. Esse é o caso do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, que editou a Lei Estadual nº 16.180/2006 que dispõe sobre a vedação ao exercício da advocacia pelo servidor:

Art. 7º É vedado ao servidor dos Quadros Permanente e Especial dos Serviços Auxiliares do Ministério Público o exercício da advocacia, bem como de qualquer outra atividade jurídica remunerada, exceto a de magistério e as acumulações a que se referem as alíneas do inciso XVI do art. 37 da Constituição da República, observada a compatibilidade de horários.

Interessante colacionar a opinião de Ziesemer (2014, p.30), que afirma que “sua primeira missão constitucional é zelar pela autonomia do Ministério Público, não devendo mitigá-la”, ao discorrer sobre o papel subsidiário do CNMP. Posicionamento que reforça nosso entendimento acerca da usurpação pelo CNMP de prerrogativa do PGJ.

Com essas considerações, consideramos que a postura correta do CNMP, nesse caso, seria a de expedir recomendações ao PGJ de cada Estado no sentido de buscar a vedação ao exercício da advocacia pelo servidor por meio da via legislativa. Quanto à imposição ao servidor federal, por ter espeque na Lei Federal, não extrapola a nosso ver seu poder regulamentar.

Conclusão

Conclui-se que a matéria tratada aqui, não se refere puramente a vedações ao exercício da advocacia pelo servidor, mas envolve sobremaneira o regime disciplinar daqueles servidores.

Não há inconstitucionalidade material na Resolução n.º 27/2008 quanto à proibição, porém há inconstitucionalidade material quanto à deturpação do devido processo legislativo, uma vez que há a usurpação das prerrogativas do PGJ de cada Estado de propor projeto de lei e das prerrogativas do poder legislativo estadual em inovar o ordenamento jurídico.

Inexistente qualquer espécie de comando legislativo estadual que impeça o servidor dos Ministérios Públicos de diversos Estados, fica evidenciado que a Resolução n.º 27/2008 do CNMP excedeu-se no poder regulamentar em relação ao servidor, pois, como explicitado, tal vedação deveria ser matéria de legislação estadual.

De fato, a Constituição Federal outorgou ao CNMP competência para editar atos normativos. No entanto, o fato de o CNMP extrair diretamente da Constituição Federal sua competência normativa não lhe confere prerrogativas de editar atos normativos primários (leis e regulamentos autônomos), substituindo, assim, o Poder Legislativo em sua missão constitucional própria e privativa. Sua competência é tão somente para editar recomendações e regulamentos que garantam a fiel execução da lei, conforme a jurisprudência consolidada do STJ.

O STF tem um importante processo decisório pela frente com o julgamento da ADIN n.º 5.454/DF, no qual poderá admitir ou não a ampliação das possibilidades de se editarem decretos e regulamentos autônomos, pelo CNMP e CNJ, ou então, sair pela tangente, com o argumento raso de afirmar que a Resolução n.º 27/2008 não extrapola a competência regulamentar do Conselho, vislumbrando, talvez, incompatibilidade ou impedimento ao exercício da advocacia, dada a vinculação, mesmo que indireta, com o poder Judiciário, conforme o Estatuto da Advocacia. O que infelizmente é o feijão com arroz do Poder Judiciário brasileiro, à semelhança do que vem ocorrendo no julgamento de recursos em Mandados de Segurança, como o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 725.558/AC.

Conclui-se portanto que a vedação no âmbito estadual é plausível, mas, como dito, o CNMP deveria ter expedido recomendação ao PGJ de

cada Estado, para que propusessem projeto de lei com tal vedação, pois, os princípios da eficiência, moralidade e isonomia devem ser salvaguardados, porém, respeitando-se o princípio da legalidade.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito Administrativo descomplicado*. 19 ed. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2011.

ARAÚJO, Thiago Cássio D'Ávila. Teoria das proibições ao exercício da advocacia. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 11, n. 1032, 29 abr. 2006. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/8315>>. Acesso em: 16 ago. 2017.

AZEVEDO, Flávio Olímpio. *Comentários ao Estatuto da Advocacia*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

BRUNO, Reinaldo Moreira. Olmo, Manolo Del. *Servidor Público*. Doutrina e Jurisprudência. Belo Horizonte: Del Rey, 2006

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 21. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

DI PIETRO, M. S. Z. *Direito Administrativo*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 323

LÔBO, Paulo Luiz Neto. *Comentários ao novo estatuto da advocacia e da OAB*. Brasília: Brasília Jurídica. 1994. p.103.

MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. 4.ed. Niteroi: Impetus, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 32.ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MELO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____ *Regime dos Servidores da Administração Direta e Indireta*.
3.ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

MOREIRA, Márcio Martins. *Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil anotado*. São Paulo, Ícone, 2005.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *O Conselho Nacional de Justiça e a independência do Judiciário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 281.

ZIESEMER, Henrique da Rosa, *Direito Institucional*. Comentários ao Regimento Interno do Conselho Nacional do Ministério Público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.



UNIVERSIDADE CÂNDIDO MENDES
ESPECIALIZAÇÃO EM ADVOCACIA TRIBUTÁRIA

Tayane Panisset Perrotta

**A LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL, SEU IMPACTO
E SUA CONTRIBUIÇÃO PARA GESTÃO PÚBLICA.**

Rio de Janeiro,
2017.1

Tayane Panisset Perrotta

**A LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL, SEU IMPACTO
E SUA CONTRIBUIÇÃO PARA GESTÃO PÚBLICA**

Trabalho de conclusão de curso de Pós-graduação apresentado a Universidade Cândido Mendes como requisito parcial para obtenção do título de Pós-graduação em Advocacia Tributária.

Orientador: Ms. Pedro Menezes Trindade Barretto

Rio de Janeiro,
2017.1

A LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL, SEU IMPACTO E SUA CONTRIBUIÇÃO PARA A GESTÃO PÚBLICA

RESUMO

O presente trabalho versa sobre a contribuição trazida pela Lei de Responsabilidade fiscal no âmbito da gestão pública. Através da implantação desta Lei Complementar no ordenamento jurídico brasileiro se possibilitou a melhor fiscalização e responsabilização dos gestores públicos. Em razão dos seus princípios de transparência, planejamento, equilíbrio financeiro e controle buscam-se a melhor prestação de serviços públicos e o equilíbrio financeiro e econômico dos entes federativos. Tal lei tem sua competência abrangendo as três esferas de poder, Legislativo, Judiciário e Executivo. A metodologia aplicada foi guiada em pesquisa bibliográfica e artigos científicos. O estudo é pautado na aplicação dos princípios constitucionais e administrativos e financeiros que nortearam a lei e os mecanismos de controle e ajuste de condutas e orçamento público. Ao final concluiu-se que a inserção da lei no ordenamento jurídico foi um divisor de águas no combate a corrupção, que com suas inovações a lei trouxe mais responsabilidade e eficiência para prestação de serviços e contas públicas.

Palavras chave: Lei de Responsabilidade Fiscal. Gestão Pública. Transparência. Planejamento Fiscal. Responsabilidade do Gestor Público.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 5

1 DA LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL.....	7
1.1 Alicerces da Lei de Responsabilidade Fiscal	8
1.1.1 Legalidade	8
1.1.2 Moralidade	9
1.1.3 Publicidade	9
1.1.4 Eficiência.....	10
1.1.5 Responsabilidade	10
1.1.6 Planejamento	10
1.1.7 Transparência	11
1.1.8 Equilíbrio ou Controle	12
1.1.9 Unidade de caixa/ tesouraria	12
1.1.10 Universalidade	12
1.1.11 Anualidade	13
1.1.12 Especificação	13
1.1.13 Clareza.....	13
1.2 Abrangência da Lei de Responsabilidade Fiscal.....	13
1.3 Gestão Fiscal Responsável	14
2 INSTRUMENTOS DE TRANSPARÊNCIA E CONTROLE NA GESTÃO FISCAL, PPA, LDO, LOA, RREO, RGF.....	16
2.1 Plano Plurianual	16
2.2 Lei de Diretrizes Orçamentária.....	16
2.3 Lei Orçamentária Anual	17
2.4 Relatório Resumido da Execução Orçamentária (RREO).....	17
2.5 Relatório de Gestão Fiscal	17
3 LIMITES PARA AS CONTAS PÚBLICAS.....	19
3.1 Despesas com Pessoal.....	19
3.2 Restrição de Final de Mandato	20
3.3 Renúncia de Receita.....	20
3.4 Despesas de Caráter Continuado	21
3.5 Reserva de Contingência	21

3.6 Despesa Pública	22
3.7 Restos a Pagar	22
4 RESPONSABILIDADE DO GESTOR PÚBLICO	24
5 FISCALIZAÇÃO DA GESTÃO FISCAL.....	26
5.1 Poder de Fiscalização do Legislativo em Foco Congresso Nacional	27
CONCLUSÃO	29
REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS	31

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem a finalidade de analisar a Lei de Responsabilidade Fiscal, visando demonstrar as contribuições trazidas pela lei para que se possibilitasse uma gestão pública responsável e mais eficiente, trazendo seus impactos para organização estrutural do orçamento público e sua gerência.

O Brasil acompanhando as grandes potências econômicas busca cada vez mais tornar-se eficaz, transparente e com uma produtiva gestão e aplicação dos recursos públicos. A lei de Responsabilidade fiscal foi criada com este propósito, trazendo mecanismos de controle das finanças públicas e possibilitando a efetiva responsabilização ao mau gestor público.

Sua principal motivação é permitir ao Estado equilibrar suas contas, e por consequência, este possa investir com mais eficácia em suas obrigações fim, tais como saúde, educação, moradia, entre outras.

A Lei Complementar nº 101/2000, apelidada de Lei de Responsabilidade Fiscal foi criada em 2000 pelo poder legislativo cumprindo exigência constitucional, tornando-se um marco no combate a corrupção e na busca pela prestação pública adequada. Sua eficácia abrange os gestores dos três poderes, Legislativo, Executivo e Judiciário, disciplinando a formação e execução orçamentária de todos os entes federativos.

Desta forma, a presente pesquisa se inicia com o problema científico que leva a refletir quais os impactos da Lei de Responsabilidade Fiscal para gestão pública, cujo objetivo geral é demonstrar as mudanças e contribuições trazidas pela lei no aspecto econômico, moral e jurídico. Em virtude dessa pesquisa, surgem como objetivos específicos, análise das inovações acarretadas pela LRF no que tange a gestão fiscal responsável; a definição do papel do gestor público sob o enfoque da Lei Complementar nº101/2000; a relação dos princípios constitucionais e administrativos adotados pela lei da gestão responsável.



A LRF tem como seus princípios basilares a ação planejada e transparente, realizada através das leis de direção orçamentária do ente, pela publicidade que se dá ao ato praticado, a prevenção de riscos e o equilíbrio das contas públicas.

A metodologia aplicada no presente artigo pauta-se em pesquisa bibliográfica, por meio de livros que tratam da matéria, visando dessa forma consubstanciar o mesmo, trazendo a opinião de doutrinadores, além de artigos científicos publicados sobre o tema.

1 DA LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL

Cumprindo o disposto na Emenda Constitucional 19 de 04.06.1998, em seu artigo 30, que estabeleceu o prazo de 180 dias, a contar de sua promulgação, para apresentar ao Congresso Nacional o projeto de lei complementar que regulamentasse o art. 163 da Constituição Federal, começava a nascer à futura Lei de Responsabilidade Fiscal.

Havia a necessidade da implantação de um novo padrão fiscal no Brasil, que oferecesse mais moralidade, transparência, eficiência e controle para gestão pública, a Lei Complementar nº101/2000, trouxe em seu bojo a responsabilização para os gestores sobre seus atos e gastos de natureza administrativa, pois se baseia na responsabilidade com dinheiro público obtido através dos tributos pagos pelos cidadãos, que compõe os cofres públicos.

Da sua entrada em vigor se tornou mais um dos meios de se buscar a extinção, o combate à corrupção, dos desvios feitos com verbas públicas. Seus instrumentos de limitação de despesa, planejamento financeiro e orçamentário e a possibilidade real de aplicação das sanções penais, visto que ocorreu também a alteração do Código Penal brasileiro para inclusão dos crimes de responsabilidade. A Lei de Responsabilidade Fiscal trouxe comandos legais, morais e éticos para gestão pública.

A política econômica, a partir da entrada em vigor da LRF passa a ser definida pelos seguintes objetivos: Metas de déficit resultado primário, ou seja, comprometimento com a austeridade fiscal; Aprovação de reformas; Adoção de um sistema de metas de inflação e câmbio flutuante (IBID).

Serviu de referenciais para elaboração da LRF o Fundo Monetário Internacional, organismo que o Brasil é Estado-membro.

O governo federal, ao recorrer ao Fundo Monetário Internacional (FMI), em 1999, assumiu o compromisso de executar um ajuste no setor público, de maneira a garantir a sustentabilidade e reduzir a vulnerabilidade do País, que enfrentava sucessivas crises, prejudicando a confiança das instituições financeiras nacionais e internacionais (DEBUS, 2002).

A Nova Zelândia, através do Fiscal Responsibility Act, de 1994, onde se buscou a concepção da imposição de limites e restrições aos gastos públicos; a Comunidade Econômica Europeia, a partir do Tratado de Maastricht onde se estabeleceu metas para relação entre a dívida e o PIB; e, os Estados Unidos, com suas normas de disciplina e controle de gastos do governo central levaram à edição do Budget Enforcement Act, aliado ao princípio de “accountability”, o qual se tornou fundamento para o artigo 9º da LRF, que discorre sobre limitação de empenho e movimentação financeira:

A lei estabelece metas, limites e condições para gestão das receitas e das despesas. O objetivo dessa lei é estimular os governantes a desenvolver uma política tributária transparente, participativa e, sobretudo, responsável (CARNEIRO, 2014, p. 134).

1.1 Alicerces da Lei de Responsabilidade Fiscal

Tratando-se de gestão e orçamento público a Constituição da República em seu art.37 já determina a observância aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência entre outros, a lei de responsabilidade fiscal possui princípios norteadores, sendo alguns princípios gerais do Direito Constitucional, e ainda do Direito Administrativo e Financeiro, sendo eles:

1.1.1 Legalidade

Este princípio tem seu alicerce no artigo 5º da CRFB, o qual determina que: *"ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei"*.

Dessa forma todos os atos praticados pela administração pública devem ser autorizados por lei, sendo o pilar de um estado democrático e garantindo a segurança jurídica para os administrados. Nesse aspecto vale trazer ainda lição do ilustre professor Hely Lopes de Meirelles:

A legalidade, como princípio de administração, significa que o administrador público está, em toda sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei, e às exigências do bem comum, e deles não

se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se à responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso (MEIRELLES, 2005).

Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello (2003,p.100) “o princípio da legalidade é o antídoto natural do poder monocrático ou oligárquico, pois tem como raiz a ideia de soberania popular, de exaltação da cidadania”. Vincular a atuação do Estatal aos parâmetros legais possibilita maior segurança jurídica e estabilidade.

1.1.2 Moralidade

A administração pública e seus gestores deverão ter todos os seus atos praticados com ética e probidade, visto que o capital que faz a máquina administrativa girar é público, assim como sua função precípua que é a observância do bem comum, da prestação de serviços a todos. Para a ilustre doutrinadora Di Pietro (2007, p.825) os princípios da moralidade e probidade significam a mesma coisa, ainda que algumas leis façam referências separadas a cada uma delas.

1.1.3 Publicidade

Todos os atos e leis elaborados e aprovados pelos governos devem ser obrigatoriamente de conhecimento de todos, tal princípio tem sua determinação no artigo 37 da Constituição da República e também tem seu comando legal na LRF em seu artigo 48. Para o doutrinador Celso Antônio Bandeira de Mello (2003, 104 e 105), o presente princípio surge em decorrência da necessidade de transparência nos atos da Administração Pública, como exigência inderrogável da democracia e do Estado Democrático de Direito, pelo qual se reconhece que o Poder emana do povo e em seu nome é exercido (art. 1º, parágrafo único, CF), uma vez que seria inadmissível sigilo que afastaria o cidadão de exercer seu direito de fiscalização sobre a Administração Pública. Conforme ensinamentos do professor Pedro Lenza:

O princípio da publicidade é ínsito ao Estado Democrático de Direito e está intimamente ligado à perspectiva de transparência, Dever da administração pública, direito da sociedade (2016,p.1555).

1.1.4 Eficiência

Em relação a este princípio cabe trazer mais uma vez as lições precisas do professor Hely Lopes de Meirelles:

(...) O que se impõe a todo o agente público de realizar suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento profissional. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros, e acrescenta que “o dever da eficiência corresponde ao dever da boa administração” (MEIRELLES, 2002, p.90-91).

Todos os gestores públicos têm o dever de agir com eficiência, realizando uma boa gestão. Tal princípio foi incluído na constituição com a emenda nº 19/98, relativo à Reforma Administrativa do Estado.

José Afonso da Silva (2012, p.342), na obra Comentário contextual à Constituição sustenta que “o princípio da eficiência administrativa consiste na organização racional dos meios e recursos humanos, materiais e institucionais para a prestação de serviços públicos de qualidade em condições econômicas e de igualdades dos consumidores”.

1.1.5 Responsabilidade

A grande novidade da Lei Complementar 101/2000 é a responsabilidade do administrador público. Passou-se a então punir de uma forma mais severa o mau uso dos recursos públicos, inclusive com a tipificação dos crimes fiscais (CARNEIRO, 2014, p. 136).

Com a entrada em vigor da LRF os gestores passaram a ter que observar todos os comandos, limitações e metas a serem cumpridas trazidas por esta lei, sob pena de serem indiciados pelos crimes de responsabilidade, constantes no Código penal.

1.1.6 Planejamento

Conforme preceitua a Constituição da República federativa do Brasil em seu artigo 165, deverão ser criadas leis de iniciativa do poder executivo acerca do orçamento, estabelecendo o Plano Plurianual (PPA); As diretrizes orçamentárias (LDO) e os orçamentos anuais (LOA), que estabelecem metas a fim de assegurar o efetivo gerenciamento dos gastos públicos. Nestas leis deverá vir detalhado o planejamento financeiro para cada período de competência das mesmas. Com ações planejadas se previnem os riscos e corrigem os possíveis desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas.

1.1.7 Transparência

Está diretamente ligada ao Princípio da publicidade, que está associado à democracia. É dever legal a ampla divulgação dos gastos públicos, bem como o objeto de sua aplicação, devendo todas as informações fiscais serem divulgadas. Este princípio destaca-se entre os mais importantes, tendo inclusive capítulo próprio da LRF (CAPÍTULO IX - DA TRANSPARÊNCIA, CONTROLE E FISCALIZAÇÃO - Seção I - Da Transparência da Gestão Fiscal – Arts. 48 e ss.).

Ainda neste aspecto cabe trazer a criação do Portal Transparência¹ para consulta em meios eletrônicos.

Conforme lição de Noberto Bobbio (1986) o administrador, ao privilegiar e cultivar o sigilo ofende frontalmente o princípio democrático. Não há, nos moldes políticos que consagram a democracia, espaço possível reservado ao mistério.

A constituição em seu art. 5º, XXXIII reconheceu a todos o direito de receber, dos órgãos públicos, informações do seu interesse particular ou do interesse coletivo ou geral. Assim, deverá ocorrer à ampla e irrestrita divulgação dos gastos públicos, para população através dos meios de comunicação disponíveis. Em razão desse princípio norteador, os governantes devem publicar o Relatório de Gestão Fiscal

¹ Disponível em: <<http://www.portaltransparencia.gov.br/>>. Acesso em: 19/06/2017.

(RGF) e o Relatório resumido de execução orçamentária (RREO), com linguagem clara e objetiva.

1.1.8 Equilíbrio ou Controle

Quanto a este princípio trata-se de não poder gastar mais do que o valor obtido pela arrecadação, deve se equilibrar as contas mediante o cumprimento de metas de resultado entre receitas e despesas, o gestor deve promover os gastos de acordo com os ganhos, buscando sempre a prestação de serviços públicos de forma adequada e eficiente, incluindo-se nesta prestação a manutenção do equilíbrio da economia pública, com atenção as ações fiscalizadoras efetivas e contínuas dos órgãos de controle, conseguindo assim ter o equilíbrio orçamentário (art.167, III, CRFB). Neste princípio observa-se a regra de ouro da Lei de Responsabilidade fiscal, a receita deve cobrir as despesas, evitando o déficit orçamentário.

Conforme ensinamentos de Harada:

Hoje prevalece o pensamento de que não cabe à economia equilibrar o orçamento, mas ao orçamento equilibrar a economia, isto é, o equilíbrio orçamentário não pode ser entendido como um fim em si mesmo, mas como um instrumento a serviço do desenvolvimento da nação (HARADA, p. 91).

1.1.9 Unidade de caixa/ tesouraria

O recolhimento das receitas deverá ser feito à conta única do tesouro, não sendo admitidas fragmentações para criação de caixas especiais. Cabe salientar que pode haver contas especiais no caso de moeda estrangeira, visto que não se podem misturar moedas. Com este princípio se permite manter mais controle nas operações financeiras de responsabilidade do Executivo.

1.1.10 Universalidade

Em seu artigo 11 a Lei de Responsabilidade Fiscal traz a obrigação de criar, prever no orçamento e efetivamente arrecadar os tributos devidos ao ente da

federação. Este princípio está diretamente ligado a este dever, onde determina que todas as despesas e receitas estejam presentes na lei orçamentária.

1.1.11 Anualidade

O orçamento público terá duração de um exercício financeiro, conforme disciplinado na Lei 4.320/64 em seu artigo 34.

1.1.12 Especificação

Este princípio determina que esteja presente na lei orçamentária o maior nível de detalhamento das receitas e despesas, não sendo admitida dotação global. Ainda em relação a este princípio a LRF em seu artigo 5º traz uma exceção quanto a Reserva de Contingência, visto que o mesmo é para risco futuro e imprevisto.

1.1.13 Clareza

Todas as previsões e fixações orçamentárias devem ser expostas de modo inequívoco e simples, para que possam ser entendidos por qualquer pessoa, assim como seus planejamentos, quadros e anexos. Ressalta-se que tal princípio não afastará o orçamento público das terminologias orçamentárias previstas em lei.

1.2 Abrangência da Lei de Responsabilidade Fiscal

Em razão de ter sido criada para regulamentar artigos constitucionais do capítulo II, título VI, que trata das disposições referentes a finanças públicas, a lei de responsabilidade fiscal se destina a disciplinar normas fiscais a serem cumpridas pela Administração Direta, compreendendo União, Estados, DF e Municípios e ainda Administração Indireta, no caso de empresa controlada e empresas estatais dependentes, a última tem seu conceito definido na própria lei em seu art.2º, III.

Somente estarão sujeitas aos ditames da Lei complementar nº101/2000, as estatais que receberem recursos financeiros de seu ente controlador para despesas

com pessoal, de custeio em geral ou de capital, do contrário não cabe aplicação da LRF.

Nesse aspecto cabe trazer ainda entendimento do professor José Maria Pinheiro Madeira:

[...] aquelas estatais que não dependam dos recursos financeiros de seu ente controlador para o pagamento de despesas com pessoal e custeio em geral, mas ao contrário caminham com as próprias pernas, por assim dizer, não estão submetidos aos ditames da Lei de Responsabilidade Fiscal (2015, p. 992).

Quanto às empresas controladas, trata-se de sociedades com maioria de capital de voto pertencente direta ou indiretamente ao ente da federação, a lei alcançará ainda os três Poderes da República (Executivo, Legislativo e judiciário), o Ministério Público, Tribunal de Contas e Órgãos Institucionais. Cabe ressaltar os artigos 1º e 2º da Lei (LRF) que enumeram as pessoas que se obrigam as suas normas.

1.3 Gestão Fiscal Responsável

O significado Gestão Fiscal Responsável é o ato de gerir, administrar verbas pertencentes ao fisco dando conta de seus atos, respondendo por eles. Tratando se de fisco conclui-se que são recursos financeiros públicos, utilizados pelo estado para o funcionamento da máquina estatal com objetivo a eficaz prestação de serviços públicos a sociedade.

O conceito de gestão fiscal trazido pela Lei de Responsabilidade Fiscal apresenta-se disposto no §1º, do Artigo 1º, o qual pressupõe a ação planejada e transparente, prevenindo riscos e corrigindo os desvios capazes de afetar o equilíbrio das contas públicas, através de cumprimento de metas de resultados entre receita e despesa, obedecendo a limites relativos à renúncia de receita, geração de despesas com pessoal seguridade social e outras, dívidas consolidada e mobiliária, operações



de crédito, inclusive por antecipação de receita, concessão de garantia e inscrição em Restos a Pagar.

Logo, percebe-se que os objetivos buscados pela lei são a administração de recursos públicos com planejamento, transparência e controle para que as metas sejam alcançadas, e os possíveis desvios sejam corrigidos antes de afetarem o equilíbrio orçamentário.

A Lei Complementar nº101/2000 trata da gestão responsável dos três Poderes: Executivo, Legislativo e Judiciário, quanto ao orçamento público, estipulando metas, e objetivos traçados pelo administrador público para que minimize os riscos e apresenta também maior transparência e controle nas contas públicas.

Cada ente federativo deve tomar atitudes com planejamento utilizando como instrumentos o Plano Plurianual, as leis de diretrizes orçamentárias, lei orçamentária anual, relatório resumido da execução orçamentária, relatório da gestão fiscal e a prestação de contas.

2 INSTRUMENTOS DE TRANSPARÊNCIA E CONTROLE NA GESTÃO FISCAL, PPA, LDO, LOA, RREO, RGF.

2.1 Plano Plurianual

Foi instituído na Constituição Federal de 1988, no art.165, I, sendo um instrumento de planejamento estratégico das ações do governo em longo prazo. O PPA é uma ferramenta que indica o programa de governo adotado, onde há ênfases para as políticas, diretrizes e ações que serão adotadas, contendo ainda seus objetivos e metas a serem alcançados ao longo de quatro anos. Este plano é criado no primeiro ano do mandato e tem sua execução nos quatro anos seguintes, e deve conter um anexo com as metas plurianuais da política fiscal, considerando as receitas, despesas, entre outros.

É a lei que estabelece de forma regionalizada as diretrizes, os objetivos e as metas da administração pública federal para as despesas de capital e outras dela decorrentes, bem como as relativas aos programas de duração continuada. É o instrumento pelo qual o governo do Estado orienta o planejamento e a gestão da administração pública para os próximos quatro anos (CARNEIRO, 2014, p. 82).

2.2 Lei de Diretrizes Orçamentária

Com o advento da Lei complementar nº101/2000, ganhou novas e importantes funções, conforme disposto no artigo 4º da referida lei, dentre elas o equilíbrio entre as receitas e despesas; critérios e forma de limitação empenho; normas relativas ao controle de custos e à avaliação de programas financiados com recursos do orçamento; demais condições e exigências para as transferências de recursos a entidades públicas privadas; metas fiscais, que constarão em anexo próprio; riscos fiscais, que também constarão em anexo próprio,

A LDO deverá estabelecer parâmetros necessários à alocação de recursos no orçamento anual, de forma a garantir a realização de metas e objetivos contemplados no PPA. Trata-se, de um instrumento que se torna um elo entre o PPA e os

orçamentos anuais, compatibilizando as diretrizes do plano à estimativa das disponibilidades financeiras para determinado exercício (DEBUS, 2002).

2.3 Lei Orçamentária Anual

Será a responsável por programar anualmente, dentro do exercício financeiro o orçamento fiscal. Tem por objetivo principal a concretização dos objetivos estabelecidos no PPA, implementando, concretizando, as metas e prioridades dispostas na LDO. Conforme disposto na constituição, art. 165, §5º deverão ser compreendidos pela LOA, três tipos de orçamento, sendo I – Orçamento fiscal referente aos poderes da união, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo poder público; II- o orçamento de investimento das empresas em que a união, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto; III- o orçamento da seguridade social, abrangendo todas as entidades e órgãos a ela vinculados, da administração direta ou indireta, bem como os fundos e fundações instituídos e mantidos pelo poder público.

2.4 Relatório Resumido da Execução Orçamentária (RREO)

Segundo ensinamentos de Claudio Carneiro (2014, p.141), trata-se do instrumento que dá publicidade a gestão pública, visto que são demonstrativos com informações ao poder Executivo, Legislativo e a sociedade sobre o planejamento e a execução orçamentária. Este deve ser elaborado e publicado até 30 dias após o final de cada bimestre. Tem sua existência em previsão constitucional, artigo 165, §3º. Seu objetivo é permitir que a sociedade através dos órgãos de controle, possa conhecer e analisar a execução orçamentária dos entes governamentais. O RREO é composto por duas peças, sendo a primeira o balanço orçamentário, que tem por finalidade especificar por categoria econômica as receitas e as despesas e a segunda peça trata-se do demonstrativo de execução das receitas e das despesas.

2.5 Relatório de Gestão Fiscal



A Lei de responsabilidade fiscal estabelece que a cada quadrimestre deve ser emitido Relatório de Gestão Fiscal pelos poderes Legislativo, incluindo-se o Tribunal de contas, executivo, judiciário e Ministério Público, os quais prestarão contas sobre todas metas e limites aos quais estão subordinados pela lei.

O RGF ocupa posição central no que diz respeito ao acompanhamento das atividades financeiras dos Estados. Cada um dos poderes, além do Ministério Público, deve emitir o seu próprio RGF, abrangendo todas as variáveis imprescindíveis à consecução das metas fiscais e a observância dos limites fixados para as despesas e dívidas (DEBUS, 2002).

3 LIMITES PARA AS CONTAS PÚBLICAS

Para que se consiga executar a gestão responsável de forma planejada e transparente, tendo as contas equilibradas, os gestores devem se atentar e obedecer aos limites e condições dispostos em lei, conforme será visto através dos tópicos abaixo.

3.1 Despesas com Pessoal

Uma crítica constante à Lei de Responsabilidade Fiscal diz respeito à imposição de limites para os gastos com pessoal. A definição desses limites busca simplesmente permitir que o administrador público cumpra o papel que a sociedade lhe atribuiu: proporcionar bem-estar à população, a partir dos recursos que lhe são entregues na forma de impostos (NASCIMENTO; DEBUS, 2002).

Para os fins do disposto no caput do art.169 da Constituição, a Lei de Responsabilidade Fiscal, estabeleceu limites para despesa com pessoal, em períodos de apuração de 12 meses e em cada ente da federação não poderá exceder os percentuais da receita corrente líquida abaixo discriminada:

I - União: 50% (cinquenta por cento);

II - Estados: 60% (sessenta por cento);

III - Municípios: 60% (sessenta por cento).

Segundo a lei, despesas com pessoal é o somatório de gastos do ente com servidores ativos, inativos e pensionistas, relativos a vencimentos e vantagens fixas variáveis, subsídios, aposentadorias, reformas e pensões, incluindo-se adicionais, horas extras, encargos sociais e contribuições. Também são consideradas despesas os gastos da terceirização com pessoal.

A receita corrente líquida não expressa o volume de recursos para livre alocação. Para cada esfera de governo é obtida por meio de somatório de todas as receitas correntes (transferências, tributárias, não tributárias), descontadas as transferências constitucionais e legais (obrigatórias) e as receitas previdenciárias no que se refere à parte dos servidores (CARNEIRO, 2014, p. 138).

Neste tema, ressalta-se a existência da ação direta de inconstitucionalidade nº2.238/DF, que suspendeu liminarmente a eficácia de alguns artigos da lei. Na decisão o tribunal por unanimidade indeferiu a medida cautelar no que tange ao artigo 56, e por maioria deferiu a cautelar referente ao artigo 57, ambos da Lei complementar nº101/2000.

Essa limitação é mais um passo legal com intuito da moralização forçada, uma vez que com excesso de pessoal, pode-se arruinar a economia e prejudicar a prestação de serviços públicos por parte do ente federativo responsável, tais como saúde, educação e infraestrutura. Essa limitação buscou também acabar com o “apadrinhamento” que alguns administradores públicos faziam em sua gestão, de formas a obter no futuro vantagens eleitorais.

As disposições relativas às despesas com pessoal são e devem ser severas. Há Municípios que se endividam ou fazem política mesquinha de inchaço dos quadros públicos, na expectativa sórdida de fazer “média” com os recursos públicos. A prática remonta ao coronelismo, dando margem ao surgimento do compadrio, do filhotismo e do nepotismo, o que arruína os cofres públicos. [...] A gerência pública é coisa bastante séria para ficar em mãos menores. (OLIVEIRA, 2006, p. 248).

3.2 Restrição de Final de Mandato

Ao gestor público é defeso ter sua despesa de pessoal aumentada nos últimos 180 dias do mandato, conforme disciplinado no artigo 21, parágrafo único da lei, sendo nulo qualquer ato que resulte aumento de despesa com pessoal neste período. Esta proibição tem o objetivo de coibir despesas de caráter eleitoral, visando vantagens nas eleições e ainda que o gestor não deixe como herança de seu mandato despesa alta com pessoal ou contratações desnecessárias para o próximo governante, prejudicando não somente este, mas principalmente o orçamento e os serviços públicos continuados.

3.3 Renúncia de Receita

É permitido ao administrador público renunciar receita como instrumento de incentivo da atividade econômica. A lei de Responsabilidade fiscal prevê como formas de renúncia a anistia, remissão, subsídio, alteração de alíquota, crédito presumido, concessão de isenção em caráter não geral, modificação da base de cálculo que implique redução discriminada de tributos ou contribuições, e outros benefícios que correspondam a tratamento diferenciado. Para os gestores que optarem pela utilização deste instituto, a Constituição Federal prevê no artigo 165, §6º, que a renúncia deverá ser acompanhada de demonstrativo no qual a administração indicará quais serão os efeitos fiscais decorrentes dos benefícios de natureza financeira, tributária e creditícia ou que se demonstrem as consequências sobre a receita não arrecadada.

A lei complementar nº 101/2000 em seu artigo 14 mostrou mais vigor com a questão ao ampliar os requisitos do demonstrativo, neste o administrador deverá indicar o impacto no exercício financeiro de início da vigência e nos dois subsequentes, obrigando ainda o administrador a demonstrar que a renúncia de receitas não prejudicará as metas propostas na Lei de diretrizes orçamentárias, ou que pela perda da arrecadação haverá ações que compensarão e terão como resultado o aumento da receita tributária, como por exemplo, através da elevação de alíquotas, ampliação da base de cálculo, majoração ou criação de tributo ou contribuição.

3.4 Despesas de Caráter Continuado

Conforme disposto no art. 17 da Lei complementar nº 101/2000, Considera-se obrigatória de caráter continuado a despesa corrente derivada de lei, medida provisória ou ato administrativo normativo que fixem para o ente a obrigação legal de sua execução por um período superior a dois exercícios. De igual modo, considera-se aumento de despesa a prorrogação daquela criada por prazo determinado.

3.5 Reserva de Contingência

Presente no artigo 5º, III da Lei de Responsabilidade Fiscal, onde terá sua forma de utilização e montante definido com base na receita corrente líquida, serão definidos na Lei de diretrizes orçamentárias, destinadas ao atendimento de passivos contingentes e outros riscos e eventos fiscais imprevistos.

A Reserva de Contingência trata-se de uma fonte de recursos para créditos suplementares extraordinários e especiais, para o caso de ocorrência de fatos urgentes e imprevisíveis ou para despesas não contempladas no orçamento, assim o administrador possui uma dotação alocada no orçamento, contudo, inicialmente não podemos definir como despesa, visto que não tem esse tratamento, já que existe uma restrição em relação a sua destinação.

3.6 Despesa Pública

Para os fins da Lei complementar nº101/2000 as despesas consideram-se:

1. Adequada com a Lei orçamentária anual, a despesa objeto de dotação específica e suficiente, ou que esteja abrangida por crédito genérico, de forma que somadas todas as despesas da mesma espécie, realizadas e a realizar, previstas no programa de trabalho, não sejam ultrapassados os limites estabelecidos para o exercício.
2. Compatível com o plano plurianual e a lei de diretrizes orçamentárias, a despesa que se conforme com as diretrizes. Objetivos, prioridades e metas previstos nestes instrumentos e não infrinja qualquer de suas disposições.
3. No que compete às despesas irrelevantes a Lei de Responsabilidade Fiscal ressalvou apenas as constantes nos termos dispostos na Lei de Diretrizes Orçamentárias.

3.7 Restos a Pagar

Trata-se de despesas empenhadas e não pagas até o dia 31.12 do mesmo exercício. Para melhor entendimento cabe trazer a diferença de despesas processadas e não processadas, sendo as primeiras despesas empenhadas e já



liquidadas, faltando apenas à realização do pagamento. Já em relação às despesas de restos a pagar não processadas entende-se que são as empenhadas, mas não liquidadas e nem pagas até 31 de dezembro.

4 RESPONSABILIDADE DO GESTOR PÚBLICO

A lei de responsabilidade fiscal institui mecanismos mais rigorosos para os gestores das finanças públicas nas três esferas de governo, devendo estes observar, sob pena de crimes de responsabilidade. As principais mudanças foram sobre a prática de muitos gestores de transferir as dificuldades fiscais, para administrações e gerações futura, sendo que as autoridades governamentais e agentes públicos passaram a ser responsabilizados criminalmente pela má gestão dos recursos públicos e pelos atos que causam danos ao Erário (ALBUQUERQUE, 2008).

A lei complementar nº101/2000, trouxe como inovação instrumentos mais rígidos aos gestores das finanças públicas, cuja inobservância acarreta a pena do crime de responsabilidade. Essa inovação tem o intuito de buscar a responsabilização do gestor público por seus atos, exigindo o cumprimento integral legal de todas as normas dispostas por todos que vierem a administrar bens e dinheiro público, para que haja uma prestação de serviços planejada, eficiente, transparente, com controle de metas, buscando sempre o equilíbrio das contas públicas.

Ainda neste tópico, cabe trazer as sanções a que estão sujeitos os responsáveis pela gestão financeira, nas três esferas de poder, Executivo, Legislativo e Judiciário em caso de desrespeito a Lei de Responsabilidade fiscal.

São duas as sanções previstas: Sanções institucionais e sanções pessoais.

a) Sanções institucionais: São aquelas que recaem sobre o ente público.

- I. Suspensão de transferências voluntárias: essas transferências (federais e/ou estaduais) são normalmente concretizadas por meio de convênios entre os entes federativos e são destinadas a programas e obras de interesse da população, como por exemplo, habitação, saneamento, etc.
- II. Suspensão das contratações de operações de crédito.
- III. Suspensão de garantias e avais.



- b) Sanções pessoais: São aquelas que recaem sobre o agente que cometer crime ou infração administrativa. Esferas administrativas, civil e penal – Penas funcionais, patrimoniais e pessoais (CARNEIRO, 2014, p. 140).

No que tange as sanções pessoais estas incidirão diretamente no agente administrativo, podendo ocorrer à cassação do mandato, perda do cargo, pagamento de multa, inabilitação para o exercício de função pública e ainda a detenção.

Quanto às infrações penais, deve se falar da Lei 10.028/2000, a chamada lei de crimes que alterou e incluiu os artigos 359-A a 359-H, do livro IV, no Código Penal, onde foram definidos os crimes contra as finanças públicas, tais como aumento de despesa total no último ano do mandato, ou legislatura; Oferta pública ou colocação de títulos no mercado; Ordenação de despesa não autorizada, etc.

5 FISCALIZAÇÃO DA GESTÃO FISCAL

A fiscalização quanto ao cumprimento das normas da Lei de Responsabilidade fiscal fica a cargo do poder legislativo diretamente ou com auxílio dos Tribunais de Contas, e ainda aos sistemas de controle interno de cada poder, sendo este mecanismo de controle exercido pelas secretarias de controle interno, controladorias, na forma do artigo 70, Constituição Federal e do Ministério Público, conforme disposto no artigo 59 da LRF.

É importante ressaltar que o controle externo pode ser feito inclusive pelo povo, sendo todo cidadão parte legítima para denunciar, desse fato se conclui ainda a importância da publicidade e transparência dos atos e gastos públicos, surgindo através destes mecanismos mais uma forma de fiscalização.

Ainda em seu bojo a lei dá ênfase à fiscalização no que se refere:

- I. Atingimento de metas estabelecidas na LDO;
- II. Limites e condições para realização de operações de crédito e inscrição em restos a pagar;
- III. Medidas adotadas para retorno de despesa com pessoal ao respectivo limite;
- IV. Providências tomadas para recondução dos montantes das dívidas consolidada e mobiliária aos respectivos limites;
- V. Destinação de recursos obtidos com a alienação de ativos, tendo em vista as restrições constitucionais e da LRF;
- VI. Cumprimento do limite dos gastos totais dos legislativos municipais quando houver.

Cabe ainda aos Tribunais de contas alertarem aos poderes, entes da federação ou órgãos, quando constatarem que os gastos estão em nível próximos aos limites estabelecidos pela Lei de Responsabilidade Fiscal.

5.1 Poder de Fiscalização do Legislativo em Foco Congresso Nacional

No que tange a apreciação da prestação de contas do Poder executivo da União, a qual é de prestação privativa, exclusiva do Presidente da República, a constituição federal disponibilizou todo processo a ser seguido em seus artigos 70 a 75.

A fiscalização dos segmentos contábil, financeiro, orçamentário, operacional e patrimonial da União e 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 ainda pelo sistema de controle interno de cada poder. Esse controle externo será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, visto que este dispõe de mais conhecimento técnico acerca das prestações de contas e suas especificidades nos cumprimentos das metas a serem respeitadas e atingidas exigidas pela lei.

Em relação à natureza dos pareceres emitidos pelo Tribunal de Contas da União, deve se considerar as palavras de Ricardo Lobo Torres:

Os Tribunais de Contas têm a natureza de órgãos técnicos não jurisdicionais, isto é, suas decisões não produzem coisa julgada, podendo inclusive, ser revistas pelo judiciário. Por ser a sua natureza formalmente administrativa, carecem os seus atos de eficácia genérica da lei, não vinculando nenhum dos Poderes do Estado (TORRES, 1999, p. 188).

O Tribunal de Contas da União tem previsto em suas competências constitucionais a apreciação das contas anuais do presidente da República; julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos; apreciar a legalidade dos atos de admissão de pessoal e de concessão de aposentadorias, reformas e pensões civis e militares; realizar inspeções e auditorias por iniciativa própria ou por solicitação do Congresso Nacional; fiscalizar a aplicação de recursos da União repassados a estados, ao Distrito Federal e a municípios; determinar a correção de ilegalidades e irregularidades em atos e contratos; emitir pronunciamento conclusivo, por solicitação da Comissão Mista Permanente de Senadores e Deputados, sobre despesas realizadas sem autorização; e apurar



denúncias apresentadas por qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato sobre irregularidades ou ilegalidades na aplicação de recursos federais.

Quanto aos pareceres que o Tribunal de Contas apresenta ao Congresso Nacional, deve se ressaltar que os mesmos não têm caráter vinculante, apenas opinativo, neste sentido cabe trazer a baila o entendimento de Luiz Henrique Lima:

Tais pareceres prévios, embora constituam preciosas contribuições à análise pelo Congresso Nacional, da gestão pública em âmbito federal, não se revestem de nenhum conteúdo vinculativo, representando tão somente uma manifestação de caráter eminentemente técnico, a ser considerado pelo Presidente do Parlamento, quando do julgamento final das contas do Governo, em conjunto com outros elementos de natureza política (LIMA, 2015, p. 98).

Ainda sobre o assunto cabe trazer as palavras do Desembargador Marcus Abraham, doutor em Direito Público e professor de Direito Financeiro e Tributário na Universidade do Estado do Rio de Janeiro:

A aprovação ou a rejeição das contas pelo Congresso Nacional (art. 49, IX, CF), como toda votação que prescinde de fundamentação, será um ato de natureza política, não estando vinculado – mas tão somente subsidiado – pela manifestação técnica do TCU, especialmente quanto ao respeito e adequação às normas da Constituição, às leis do país... (ABRAHAM, 2015).

CONCLUSÃO

O assunto do trabalho escolhido, para o artigo científico em questão, foi à Lei Complementar nº101/2000, apelidada de Lei de Responsabilidade Fiscal, abordando-se os principais impactos para gestão pública.

O propósito desta pesquisa foi examinar a dimensão das modificações trazidas pela lei, às melhorias no que diz respeito à possibilidade de acompanhamento das finanças por toda a sociedade em função do princípio basilar da publicidade, de planejamento, através das metas a serem cumpridas, de fiscalização pelos legitimados competentes para exercê-lo e especialmente a possibilidade da efetiva responsabilização aos maus gestores de verbas públicas.

O principal objetivo da Lei de Responsabilidade fiscal é a gestão fiscal responsável, que tem como atributos o planejamento, a transparência e o controle de verbas públicas. A lei trouxe mecanismos que buscam coibir o desequilíbrio das contas públicas, a despesa com pessoal, operações de crédito irresponsáveis e o desdém que alguns administradores tinham com o patrimônio público, visto que todos esses atos passaram a ser melhor fiscalizados e passíveis de aplicação das sanções legais.

Desta maneira foram demonstrados os instrumentos utilizados pela lei com o propósito de resguardar os interesses da população, visto que o bem protegido é o patrimônio público, cujas verbas se originam de tributos pagos pelos cidadãos.

Através do controle trazido pela Lei complementar nº 101/2000 em relação às finanças públicas, pode-se apontar os desvios, dar transparência aos atos, responsabilizar os gestores que fazem má administração das verbas públicas e coibir disputas eleitorais que deixavam como legado anos de prejuízo aos cofres públicos.

A Lei de Responsabilidade Fiscal foi criada com intuito de trazer mais credibilidade para economia brasileira, numa visão global, porém ela fez muito mais. Essa lei oferece a possibilidade real de ter administradores éticos, que agindo corretamente, seguindo os ditames legais no que tange a aplicação de recursos

públicos ofereçam a população uma prestação de serviços públicos adequada e, sobretudo eficaz.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS

ABRAHAM, Marcus. **Artigo para entender as pedaladas fiscais**. Disponível em: <<http://trf-2.jusbrasil.com.br/noticias/217060035/artigo-para-entender-as-pedaladas-fiscais>>. Acesso em: 21 out. 2015.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. 6ª ed. NOGUEIRA, Marco Aurélio (Trad.). Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

BRASIL. **Código Tributário Nacional**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. **Constituição Federal**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. **Lei Complementar nº101 de 4 de maio de 2000**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 2.238/DF**, Plenário, 08.08.2007. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14727622/medida-cautelar-na-acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-2238-df>>. Acesso em: 15 nov. 2015.

CARNEIRO, Claudio. **Curso de Direito Tributário e Financeiro**. 5ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

DEBUS, Ilvo; NASCIMENTO, Ronaldo Edson. **Entendendo a lei de Responsabilidade Fiscal**. Disponível em: <<http://www3.tesouro.gov.br/hp/downloads/EntendendoLRF.pdf>>. Acesso em: 04 out. 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 20ª ed. São Paulo: Atlas, 2007.

Disponível em: <<http://www.portaltransparencia.gov.br/>>. Acesso em: 19/06/2017.

HARADA, Kyioshi. **Direito Financeiro e tributário**. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 20ª ed. São Paulo: SARAIVA, 2016.

LIMA, Luiz Henrique. **Controle Externo**. 13ª ed. São Paulo: Editora Método, 2015.

MADEIRA, José Maria Pinheiro. **Administração Pública**. Tomo I. 12ª. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **Direito Administrativo Brasileiro**. 30ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 16ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Curso de direito financeiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

TORRES, Ricardo Lobo. **Normas de Interpretação e Integração do Direito Tributário**. 4ª ed. São Paulo: Renovar, 2006.

_____. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário**. V.III – Os Direitos Humanos e a Tributação. Imunidades e Isonomia. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.