

# BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 818

(Ano IX)  
09/09/2017)

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](mailto:editorial@conteudojuridico.com.br)  
WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

## SUMÁRIO

### COLONISTA DA SEMANA



04/09/2017 Kiyoshi Harada  
» [ISS: Deduções da base de cálculo](#)

### ARTIGOS

- 08/09/2017 Gisele Leite  
» [Considerações sobre os Embargos de Divergência](#)
- 08/09/2017 João Gabriel Cardoso  
» [A saída temporária automatizada segundo o entendimento dos Tribunais Superiores](#)
- 08/09/2017 Lesimônia Soares Costa  
» [O voto diante da prisão cautelar](#)
- 06/09/2017 Beatriz Dias Rizzo  
» [Prisão Processual e a Execução Provisória](#)
- 06/09/2017 João Paulo Santos Borba  
» [A litispendência no processo administrativo disciplinar](#)
- 06/09/2017 Lesimônia Soares Costa  
» [A Função Social da Propriedade](#)
- 05/09/2017 Alessandro Menezes Orico  
» [Direito ao esquecimento versus direito à informação](#)
- 05/09/2017 Wellington Cacemiro  
» [Comentários ao novo processo civil brasileiro: tutela provisória](#)
- 05/09/2017 Maria Eduarda Viana Santos  
» [Crimes passionais: quando o amor vira ódio, ele mata.](#)

05/09/2017 Roberto Monteiro Pinho

» [Reforma trabalhista foi necessária e tardia](#)

04/09/2017 João Gabriel Cardoso

» [A remissão como forma de exclusão do processo e a função do ministério público como órgão concessor do benefício ao adolescente infrator](#)

04/09/2017 Camila Gonçalves da Silva Assunção

» [Do início da personalidade civil e da situação jurídica do nascituro](#)

04/09/2017 Dante Silva Tomaz

» [Intepretação constitucional e concretização: princípios, métodos e distinção entre texto e norma](#)

## ISS: DEDUÇÕES DA BASE DE CÁLCULO

**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.

Dispõem o art. 7º e o § 2º da Lei Complementar nº 116/2003:

“Art. 7º A base de cálculo do imposto é o preço do serviço.

§ 2º. Não se incluem na base de cálculo do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza:

I – o valor dos materiais fornecidos pelo prestador dos serviços previstos nos itens 7.02 e 7.05 da lista de serviços anexa a esta Lei Complementar;

II – VETADO.”

O inciso II vetado referia-se à equivocadamente a “sub-empresas sujeitas ao imposto,” ao invés de “sub-empresas já tributadas,” como figura no texto legal antecedente.

Ambas as hipóteses de dedução já constavam do § 2º, do art. 9º do Decreto-lei nº 406/68. Com o veto apostado ao inciso II a redação da letra *b*, do § 2º, do art. 9º, do Decreto-lei nº 406/08, que prescreve a dedução de sub-empresas já tributadas continuou intacta. Aliás, esse art. 9º foi o único dispositivo concernente ao ISS que não foi expressamente revogado pelo art. 10 da Lei Complementar nº 116/2003.

Quando a própria lei de regência nacional do ISS dispõe expressamente sobre exclusões da base de cálculo do ISS não

deveria ocorrer maiores discussões doutrinárias ou jurisprudenciais. Sendo a lei fonte primeira do direito a doutrina e a jurisprudência não podem afrontá-la a não ser que ela não esteja conformada com os textos constitucionais.

No caso, cabe à lei complementar definir os serviços de qualquer natureza, excluídos aqueles compreendidos no art. 155, II (art. 156, III da CF), bem como definir a base de cálculo do ISS (art. 146, III, a da CF). No exercício da faculdade prevista na Constituição o legislador complementar prescreveu a redução da base de cálculo do ISS em relação ao valor dos materiais fornecidos pelos prestadores de serviços na construção civil e a dedução das sub-empregadas já tributadas.

Porém, a jurisprudência do STJ é contrária a essas deduções como se verifica da ementa abaixo:

“TRIBUTÁRIO. ISS. CONSTRUÇÃO CIVIL. MATERIAIS UTILIZADOS. SUB-EMPREGADAS. BASE DE CÁLCULO. ABATIMENTO. IMPOSSIBILIDADE.

1. "A jurisprudência uniforme desta Corte é no sentido de que a base de cálculo do ISS é o custo integral do serviço, não sendo admitida a subtração dos valores correspondentes aos materiais utilizados e às sub-empregadas" (Resp 926.339/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJU de 11.05.07).

2. Tanto o DL 406/68 como as Leis Complementares 56/87 e 102/03 fixaram que o ISS incide sobre a totalidade dos serviços de construção civil, exceto sobre o fornecimento de mercadorias produzidas pelo próprio prestador dos serviços fora do local da prestação, que fica sujeito ao ICMS.

3. A tese de que não apenas os materiais produzidos pelo próprio prestador, mas também os adquiridos de terceiros, devem ser excluídos da base de cálculo do ISS não encontra respaldo no ordenamento jurídico, pois a regra legal que trata da incidência do ISS sobre serviços de construção civil é clara ao excluir apenas os materiais produzidos pelo próprio prestador fora do local onde prestados os serviços.

4. A situação do prestador que fabrica seus produtos fora do canteiro de obras não pode ser equiparada à daquele que adquire materiais de terceiros para uso nas obras de construção civil. Os produtos fabricados pelo prestador estão sujeitos ao ICMS, razão porque não devem se sujeitar a uma nova incidência de ISS. Já os produtos adquiridos de terceiros, se não incluídos na base de cálculo do ISS pelo serviço de construção civil, ficariam imunes à tributação, somente sendo tributados na operação anterior, que não tem o construtor como contribuinte ou responsável tributário.

5. Assim, quando os materiais são produzidos pelo próprio prestador fora do local onde prestados os serviços, incide ICMS; quando os materiais são produzidos pelo prestador no canteiro de obras ou quando são adquiridos de terceiros, como não há possibilidade de incidência de ICMS, devem ter seus valores mantidos na base de cálculo do ISS.

6. "(...) sub-empitada é denominação que se oferece à empitada menor, isto é, à empitada secundária. Por meio de sub-

empreitadas são executados trabalhos parcelados, contratados pelo empreiteiro construtor (...). Em referência ao ISS, é irrelevante saber se o empreiteiro maior executa pessoalmente a obra pactuada ou se incumbe a terceiros para realizá-la. Ambas as formas de serviços (empreitada maior ou empreitada menor) são alcançadas pelo ISS" (Bernardo Ribeiro de Moraes in "Doutrina e Prática do Imposto sobre Serviços", Revista dos Tribunais, São Paulo, 1975).

7. Agravo regimental não provido" (AgRg no Resp 1002693 / RS, Rel. Min. Castro Meira, *DJe* de 07-04-2008).

No mesmo sentido: Resp nº 256.210/MG, Resp nº 926339-SP, AgRg no Resp nº 621.484/SP, AgRg no Resp nº 658.265/RJ, AgRg no Resp nº 917.751/MG, AgRg no Ag Instrumento nº 1.159.361/ES.

A dedução dos materiais fornecidos pelo prestador de serviços e utilizados na construção civil insere-se no campo da política tributária de exclusiva responsabilidade do Executivo e do Legislativo. A construção civil, tradicionalmente, foi o setor mais incentivado pelo governo central desde a implantação do ISS, por meio da redução de sua base de cálculo mediante dedução os materiais empregados que integram a base de cálculo do serviço prestado, com a finalidade de baratear o seu custo e assim incentivar a expansão desse importante setor da atividade econômica. Esse incentivo tem pleno amparo no art. 174 da CF que comete ao Estado o papel de agente normativo e regulador da atividade econômica.

Dessa forma, não cabe ao Judiciário determinar sua tributação pelo ISS sob o fundamento de que a base de cálculo do imposto é o custo integral do serviço. Tampouco, cabe distinguir materiais fornecidos pelo prestador daqueles por ele produzidos

fora do local da prestação. Material fornecido não representa prestação de serviço, um bem de natureza imaterial.

Outrossim, a dedução da sub-empregada já tributada tratou-se de mera explicitação do princípio do *nom bis in idem*, a rigor até dispensável. Se uma determinada empregada foi contratada para execução de três trechos de uma rodovia e sub-empregou a execução de um desses trechos a uma terceira empresa, nos termos da autorização contida no edital de licitação e do respectivo contrato administrativo firmado, e se a sub-empregada que executou esse trecho já pagou o ISS devido, impõe-se, por óbvio, a dedução do valor das sub-empregadas já tributadas da base de cálculo do ISS. Cada qual, o empregado e o sub-empregado há de pagar o ISS pelo serviço efetivamente prestado. O inciso II foi vetado por defeito técnico em sua redação: ao invés de referir-se à “sub-empregadas já tributadas” (que está no plano concreto), como estava na redação do Decreto-lei nº 406/68 o novo texto fez alusão à “sub-empregadas sujeitas ao imposto” (que ficou no plano abstrato). Impunha-se, por essa razão, o veto oposto, o que não significa que deva ser tributado duas vezes.

Entretanto, em face a jurisprudência do STF o STJ está revendo seu posicionamento, conforme ementas abaixo:

“Tributário. Agravo regimental no agravo de instrumento. ISSQN. Serviço de concretagem. Materiais. Dedução da base de cálculo. Possibilidade. Agravo não provido.

1. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 603.497/MG, com repercussão geral, reiterou seu entendimento no sentido de que é possível deduzir da base de cálculo do ISS o valor dos materiais utilizados na prestação de serviço de construção civil.

2. Agravo regimental não provido” (AgRg no Ag 1422997/RJ, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima,

Primeira Turma., julgado em 25-10-2011, DJe 28/10/2011).

“Processo civil e tributário. Agravo regimental no agravo regimental no agravo de instrumento. Mandado de segurança. ISS. Construção civil. Base de cálculo. Abatimento dos materiais empregados e das sub-empresas. Possibilidade. Entendimento do Supremo Tribunal Federal.

1. O STF, por ocasião do julgamento do RE 603.497/MG, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ de 16/9/2010, reconheceu a repercussão geral sobre o tema, consoante regra do art. 543-B, do CPC, e firmou entendimento no sentido da possibilidade da dedução da base de cálculo do ISS dos materiais empregados na construção civil.

2. No mesmo sentido, o eminente Ministro Carlos Ayres Britto, no Agravo Regimental no RE 599.582/RJ, DJ de 29/6/2011, assentou: "A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que o art. 9º do Decreto-Lei 406/1968 foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988. Pelo que é possível a dedução da base de cálculo do ISS dos valores dos materiais utilizados em construção civil e das sub-empresas." 3. Este Tribunal já emitiu pronunciamento, respaldado na linha de pensar adotada pela Corte Suprema, confira-se: Resp 976.486/RS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 10/8/2011 e AgRg no AgRg no Resp 1.228.175/MG, Rel. Min. Humberto Martins, DJ de 1/9/2011.

4. Agravo regimental não provido” (AgRg no AgRg no Ag 1410608/RS, Rel. Min. Benedito Gonçalves. Primeira turma, julgado em 18-10-2011, *DJe* 21-10-2011).

“Tributário. ISSQN. Construção civil. Base de cálculo. Dedução de valores referentes aos materiais empregados. Possibilidade. Precedentes da Suprema Corte.

1. O Supremo Tribunal Federal, no RE 603.497/MG interposto contra acórdão desta Corte, reconheceu a repercussão geral da questão posta a julgamento, nos termos do art. 543-B do CPC, e exarou decisão publicada em 16.9.2010, reformando o acórdão recorrido, com o seguinte teor: "Esta Corte firmou o entendimento no sentido da possibilidade da dedução da base de cálculo do ISS dos materiais empregados na construção civil. Precedentes."

2. A base de cálculo do ISS restou analisada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento acima, portanto, revejo o entendimento anterior, a fim de realinhar-me à orientação fixada pela Corte Suprema para reconhecer a possibilidade de dedução da base de cálculo do ISS dos materiais empregados na construção civil.

3. Como o agravante não trouxe argumento capaz de infirmar a decisão que deseja ver modificada, esta deve ser mantida por seus próprios fundamentos.

Agravo regimental improvido” (AgRg no AgRg no Resp 1228175/MG, Rel. Min. Humberto

Martins, Segunda turma. Julgado em 23-08-2011, *DJe* 01/09/2011).

Finalmente, cumpre assinalar que as deduções da base de cálculo limitam-se aquelas previstas na lei de regência nacional do imposto, sob pena de contrariedade ao disposto no art. 7º da Lei Complementar nº 116/03 que prescreve como base de cálculo o preço do serviço prestado.

Algumas leis municipais com o fito de atrair prestadores de serviços para o seu território, contornando a exigência constitucional da alíquota mínima de 2%, definem a base de cálculo do ISS de modo diverso da determinada na lei nacional, prescrevendo o aspecto quantitativo do fato gerador em termos de determinado percentual incidente sobre o valor do serviço prestado. Ora, isso revela manifesta intenção de driblar o art. 7º da lei de aplicação no âmbito nacional, afrontando o art. 146, III, a da CF que colocou sob reserva de lei complementar a definição da base de cálculo dos impostos previstos na Constituição. É o caso, por exemplo, da Lei do Município de Santana do Parnaíba de nº 899/75, cujo art. 14, § 4º, na redação dada pela Lei nº 2.499/03 elege como sendo a base de cálculo do ISS 37% do valor bruto do faturamento. Restando clara a contrariedade ao art. 7º da Lei Complementar nº 116/03 o Órgão Especial do TJESP acolheu a Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pelo Prefeito Municipal de São Paulo contra o Prefeito Municipal de Santana do Parnaíba declarando a inconstitucionalidade da aludida disposição legal por afronta aos artigos 111 e 144 da Constituição do Estado de São Paulo (ADI nº 0268686-46.2012.8.26.000, Rel. Des. Caetano Lagrasta, j. em 24-7-2013).

## CONSIDERAÇÕES SOBRE OS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA

**GISELE LEITE:** Professora universitária, pedagoga, bacharel em Direito UFRJ, mestre em Direito UFRJ, mestre em Filosofia UFF, Doutora em Direito USP. Pesquisadora-Chefe do Instituto Nacional de Pesquisas Jurídicas. Articulista e colunista de diversos sites jurídicos.

**Resumo:** O texto analisa didaticamente os embargos de divergência desde o seu histórico, desenvolvimento e sua previsão no CPC/2015.

**Palavras-chave:** Embargos de Divergência. Recursos. CPC/2015. Efeitos. Divergência jurisprudencial.

**Abstract:** *The text analyzes the embargoes of divergence from its history, development and prediction in CPC / 2015.*

**Keywords:** *Embargoes of Divergence. Resources. CPC / 2015. Effects. Case law divergence.*

---

### 1. Breve Histórico

O aparecimento dos embargos de divergência tem como fator determinante o problema resultante da divisão do STF em turmas<sup>[1]</sup>.

O recurso surgiu devido à preocupação de existir o mecanismo capaz de conferir as decisões proferidas por uma turma do STF reflitam, sempre que possível, o posicionamento do próprio Tribunal, e, não somente, o entendimento de apenas uma das suas turmas.

Tal problemática sempre exprimiu especial relevo no âmbito dos tribunais superiores, cuja finalidade precípua é exatamente, preservar a correta, harmoniosa interpretação da norma.

Segundo Araken Assis afirma que o fiel desempenho da ingrata tarefa atribuída aos Tribunais Superiores pressupõe a condição de eles próprios uniformizarem a respectiva jurisprudência.

Na medida em que se fez a divisão interna<sup>[2]</sup> dos tribunais, também se fez indispensável à criação de filtros que evidenciem o real posicionamento e interpretação daquele Tribunal quando for manifestada a divergência entre os entendimentos de suas turmas.

O nascedouro dos embargos de divergência, segundo preponderante corrente situa-se no direito português, sem que se encontre similar em legislação alienígena, conforme recorda José Frederico Marques, e ainda de acordo com a citação feita por Harold Pabst, constante no verbete "Embargos de Divergência" em Digesto do Processo, Vol.2, Forense, 1982. Frederico Marques, aliás, lastreado em Cândido de Oliveira Filho alude in litteris: "A irregularidade da organização judiciária da Monarquia portuguesa, bem como nas dificuldades das apelações, introduziram o costume de se pedir aos juízes a reconsideração de sua própria sentença, e senão para revogá-las, ao menos para modificá-las ou declará-las, deduzindo as partes as razões em que para isto se fundavam. É esta a origem dos embargos à sentença — recursos que geralmente tende a obter do juiz prolator da sentença que ele mesmo a declare, quando é obscura, contraditória, omissa ou ambígua (embargos de declaração), a modifique em sua extensão ou em algum ponto ocidental (embargos ofensivos)".

A origem dos embargos de divergência em nosso ordenamento jurídico recursal está presente na Lei 623, de 1949, que acrescentou ao artigo 833 do Código de Processo Civil de 1939, o parágrafo único, a saber: "Além de outros casos admitidos em lei, são embargáveis, no Supremo Tribunal Federal, as decisões das Turmas, quando diverjam entre si, ou de decisão tomada pelo Tribunal Pleno".

No seu contexto histórico tais embargos surgiram vinculados ao recurso de revista no art. 853 do CPC/1939, in verbis:

"Conceder-se-á recurso de revista nos casos em que divergem, em suas decisões finais, duas ou mais Câmaras, turmas ou grupo de Câmaras, entre si, quanto ao modo de interpretar o direito em tese. Nos demais casos, será o recurso extensivo à decisão final de qualquer das Câmaras, turmas ou grupos de Câmaras, que contrariar outro julgado,

também final, das Câmaras Cíveis Reunidas. Parágrafo único. Além de outros casos admitidos em lei, são embargáveis no STF, as decisões das Turmas, quando diverjam, entre si, ou de decisão tomada pelo Tribunal Pleno".

O STF, todavia, não acatou o entendimento de que era cabível o recurso de revista naquela Corte. E, salientou J. C. Barbosa Moreira que se invocava, em favor do Excelso Pretório que o citado art. 853 fazia referência expressa às "Câmaras Cíveis Reunidas" e, por isso, teria aplicação restrita aos tribunais estaduais, únicos em que esse órgão existiu. "São conhecidas as posições em contrário dos Ministros Castro Nunes de Filadelfo Azevedo<sup>[3]</sup> que foram, no entanto, insuficientes para mudar o entendimento e a orientação predominante naquela Corte."

A introdução do parágrafo único no art. 833 do CPC/1939, segundo recorda Harold Pabst, provocou reação dos processualistas, com destaque para a manifestação de Alcides de Mendonça Lima, a saber: "Temos, agora, uma anormalidade, uma excrescência, uma situação teratológica, pois mais lógico e mais técnico seria adicionar o parágrafo ao art. 853, que rege os casos de recurso de revista (...). De qualquer forma, em que pese à redução da Lei n. 623, em que prevaleça o seu enunciado, em que predomine o lugar destinado ao dispositivo criado, desde sua vigência passou a existir, no STF, o recurso de revista, pois o objetivo, o conteúdo, as características desse remédio absorvem o rótulo inexpressivo de um recurso de embargos, em caso que lhe é estranho e impróprio".

Convém recordar que os embargos de divergência no Direito Processual Civil português são previstos no art. 763 do Código de Processo Civil de Portugal, com o teor seguinte:

#### Artigo 763 (Fundamento do Recurso).

1. Se, no domínio da mesma legislação, o Supremo Tribunal de Justiça proferir dois acórdãos que, relativamente à mesma questão fundamental de direito, assentem sobre soluções opostas, pode recorrer-se para o Tribunal Pleno de acórdão proferido em último lugar.

2. Os acórdãos consideram-se preteridos no domínio da mesma legislação sempre que, durante o intervalo de sua publicação não tenha sido introduzido qualquer modificação legislativa que interfira, direta ou indiretamente, na resolução de questão de direito controvertida.

3. Os acórdãos opostos não de ser proferidos em processos diferentes ou em incidentes diferentes do mesmo processo: “neste último caso, porém, se o primeiro acórdão constituir caso julgado para as partes, o recurso não é admissível, devendo observar-se o disposto no artigo 675”.

Conclui-se a solução encontrada pelo legislador para sanar essa dúvida foi a de acrescentar por meio da Lei 623, de 19.1.1949, o parágrafo único do art. 833, o qual ficou assim redigido.

Além de outros casos admitidos em lei, serão embargáveis, no Supremo Tribunal Federal, as decisões das Turmas, quando diverjam entre si, ou de decisão tomada pelo Tribunal Pleno. Estava plantada a semente do que a prática convencionou a chamar, desde então, de "embargos de divergência".

Todavia, nem o Anteprojeto Buzaid e nem mesmo o projeto definitivo contemplavam o recurso, ora em comento, apenas o Regimento Interno do STF então vigente, em seu capítulo XII-A, de 28.08.1963 trazia a referida previsão, tendo sido necessária a apresentação de emenda ao projeto já no Senado Federal (art. 546. parágrafo único do CPC/1973).

Então para dar guarida à regra nova do CPC/1973, o STF modificou seu Regimento Interno em 01.12.1980, passando então a prever, no art. 330 que "cabem os embargos de divergência à decisão de Turma que, em recurso extraordinário ou em agravo de instrumento, divergir de julgado de outra Turma ou Plenário, na interpretação do direito federal."

Com a promulgação da Constituição Federal Brasileira de 1988 e a repartição de competência do STF e o STJ, coube a este, a função precípua de unificar o direito federal, razão pela qual nova lei precisou ser editada para disciplinar o processamento dos recursos excepcionais.

Em 28.5.1990, o art. 44 da Lei 8.038 acabou por revogar o art. 546 do CPC de 1973, considerando em seu art. 29, que é embargável, no prazo de quinze dias, a decisão da Turma que, em recurso especial, divergir do julgamento de outra Turma, da seção ou do órgão especial, observando-se o procedimento estabelecido no regimento interno. Desta forma, restou pacificada a possibilidade da interposição desse recurso no âmbito do STJ, apesar de a lei ter deixado de se referir aos recursos de competência do referido tribunal (embora que nessa época, esse tribunal tenha considerado que, à ausência de previsão legal), seu Regimento Interno supriria tal omissão, em que pese à ofensa à taxatividade, já que como dito, ao regimento não é dado o poder de criar espécies recursais.

Em linhas gerais a configuração conceitual dos embargos de divergência passou a ser meio peculiar de impugnar decisão proferida por uma das Turmas do STJ ou do STF<sup>[4]</sup>.

Essa peculiaridade ganhou destaque em razão de pacificação jurisprudencial que exerce os, embargos de divergência. Esse objetivo dos embargos foi bem registrado por José Saraiva, na obra de sua autoria Recurso Especial e o STJ, publicada pela Editora Saraiva, em 2002.

A função principal do STJ é garantir à seriedade e o cumprimento do direito federal, uniformizando a jurisprudência conflitante nos Tribunais de segundo grau. Tal mister não pode ser alcançado caso os órgãos internos daquela Corte interpretem e apliquem as normas federais de maneira divergente".

O Ministro Humberto Gomes de Barros<sup>[5]</sup>, ao relator os Embargos de Divergência no Recurso Especial 222 524-MA, deixou anotado que "Os embargos de divergência foram concebidos no fim de preservar mais que o interesse tópico de cada um dos litigantes, principalmente a necessidade de que o Tribunal mantenha coerência entre seus julgados".

evidente que os órgãos fracionários desses tribunais, ao julgarem questões idênticas ou similares, podem chegar a resultados distintos. Isso, porém, não é bom para a sociedade, que precisa de segurança jurídica.

Com efeito, uma importante função do STJ, que deflui da interpretação do texto constitucional, é a de unificar o direito federal. Ser o próprio STJ, por meio de seus órgãos fracionários tiver interpretações distintas a respeito de questões de direito federal, essa função não restará sendo adequadamente cumprida. O mesmo se cogita do STF, ao julgar a matéria constitucional.

No histórico cumpre lembrar que no art. 55 da Constituição brasileira de 1891 prevaleceria o entendimento de que o STF era o órgão uno, não devendo ser fracionado e nem dividido. Portanto, a existência de Turmas equivaleria em criar, assim dois ou mais órgãos, quebrando a unidade do Pretório Excelso.

Assim, pesando sobre a interpretação do texto constitucional, veio a Constituição Federal de 1934, ciente da divergência acabou por admitir expressamente a divisão do STF em Câmaras ou Turmas.

A Constituição de 1937, por sua vez, nada prescreveu sobre a divisão do STF. Pois dias após sua publicação, fora editado o Decreto-Lei 06 (de 16.11. 1937) instituindo os moldes que vigiam na Constituição Brasileira de 1934, prevendo a possível divisão do STF em Câmaras e Turmas.

Na Constituição brasileira de 1946 não constou o dispositivo sobre a divisão do STF. Desta forma, decidiu-se contrariamente a divisão do Supremo em Turmas.

O motivo para tanto derivou da função precípua do STF, guardião que interpreta e aplica o texto constitucional que a norma máxima federal com múltiplos reflexos na ordem jurídica.

Entendeu-se que resultaria em verdadeiro desprestígio para justiça e para o direito positivo com as possíveis divergências de interpretação entre as turmas. É realmente necessário haver a manutenção da unidade constitucional do STF, com a expressão de um único entendimento. Alcides de Mendonça Lima<sup>[6]</sup> declarou-se, na época, favorável ao fracionamento da Suprema Corte brasileira, mas desde que preenchidos os três requisitos, a saber:

a) permissão constitucional;

b) proposta do próprio STF;

c) lei ordinária regulando a matéria e autorizando o uso do recurso de revista nos mesmos casos em que se concedia este remédio nos Tribunais inferiores.

Sem a possibilidade deste recurso, a divisão implicará em criar dois ou mais Supremos, rompendo-se, completamente sua unidade constitucional como órgão máximo do Judiciário.

Mesmo assim, o STF manteve, em sua organização interna, a divisão em turmas. E, tal fracionamento imperava por força da autoridade em que pese escrachada inconstitucionalidade.

Como de tal fato, veio a doutrina defender o cabimento do recurso de revista (art. 853 do CPC/1973) no âmbito do STF justamente permite as divergências jurisprudenciais entre suas turmas, conforme adotado pelos Tribunais Estaduais.

O STF não aceitou tal entendimento e, ante a divergência instaurada e a Lei 623 de 19.02.1949 que acrescentou um parágrafo único do art. 823 CPC/1973 que previa os outros casos embargáveis no STF.

Relevante pontuar que os embargos no CPC de 1939 que se referia aos Embargos de Nulidade e Infringentes do Julgado, nos suprimidos embargos infringentes.

E, com tal acréscimo do Título “Dos Embargos”, o CPC da época passou a prever quatro espécies recursais de embargos, a saber:

- a) Embargos de nulidade e infringentes do julgado quando não for unânime o acórdão que, em grau de apelação, houver reformado a sentença;
- b) Embargos de nulidade e infringentes do julgado contra as sentenças de primeira instância proferidas em ações de valor igual ou inferior a dois contos de réis

Nesse caso o recurso era julgado pelo próprio juiz prolator da sentença recorrida que o acolhia, reformando a sentença, ou o rejeitava;

- c) Embargos de declaração, nas hipóteses de obscuridade, omissão ou contradição (art. 840);
- d) Os novos (mas nem tanto) Embargos de Divergência cabíveis somente no âmbito do STF das decisões de Turmas quando diverjam entre si ou de decisão tomada e proferida pelo Tribunal Pleno.

A Constituição Federal brasileira de 1967 ainda legitimar o fracionamento do STF em Turmas conforme seu artigo 115. Já o CPC de 1973 tal recurso não constava do Anteprojeto Buzaid e nem no Projeto definitivo surgindo apenas por emenda no Senado Federal que acrescentou o parágrafo único ao art. 546 do CPC/1973.

Com a promulgação da Constituição Cidadã, em 1988, e, especialmente com a criação do STJ, foi editada a Lei 8.038/1990 que implementou sob essa ótica, duas alterações relevantes, a saber: revogou todos os dispositivos que dispunham a respeito do recurso extraordinário, com a revogação do art. 546, e, disciplinou no art. 29 o cabimento dos embargos de divergência no STJ.

Há o cabimento dos embargos de divergência em sede recurso extraordinário, o STF considerou sua existência com suporte em seu regimento interno.

Mais tarde, com a Lei 8.950/1994 uma das cinco leis que compôs a primeira etapa da reforma do CPC/1973 em termos expressos, se previu os embargos de divergência em recurso especial, no STJ e em recurso extraordinário no STF.

O primaz objetivo do STF e do STJ ao julgar os recursos excepcionais é proporcionar à norma constitucional e infraconstitucional uma aplicação que seja correta e, sobretudo, uniforme em todo o país, tudo em respeito à segurança jurídica.

Contudo, a divergência jurisprudencial é mesmo inevitável dentre os diversos órgãos da jurisdição de um mesmo país, ainda mais tendo em vista suas dimensões continentais providas de significativa diversidade cultural.

Os Tribunais devem cumprir a nobre missão de conferir, ao ordenamento jurídico, entendimento que seja mais uniforme que possível. No primeiro momento, tal tarefa é cumprida pelas Cortes estaduais, as quais se tem acesso por meio de diversos recursos ordinários.

Mas, no entanto, é nos Tribunais Superiores onde se exerce o relevante papel em prol da uniformidade de interpretação da Constituição Federal e da Lei Federal para que sirva para todo país. Por isso, que os recursos excepcionais visam imediatamente, resguardar não o direito subjetivo do recorrente, mas a inteireza positivada do direito objetivo.

O verdadeiro escopo dos embargos de divergência é para o recorrente obter uma resposta à sua pretensão recursal lastreada no entendimento do Tribunal como um todo e não somente de um de seus órgãos fracionários.

Porém, a razão primeira desses embargos não é a uniformização jurisprudencial dos Tribunais Superiores, mas que a decisão seja representante do entendimento do Tribunal.

O referido recurso tem como ratio decidendi ou essendi o evidenciar da real interpretação do Tribunal a respeito de certa questão jurídica. Os embargos de divergência não comprometem a alardeada celeridade processual ou a duração razoável do processo.

Posto que tais embargos não possuam o efeito suspensivo não sendo hábeis a interferir na eficácia do acórdão embargado, não oferecendo prejuízo de eficiência do processo.

Convém indicar que os referidos embargos são de fundamentação livre e não vinculada.

Seu juízo de admissibilidade implica na simples existência da divergência de entendimentos entre o acórdão embargado e outro emanado do mesmo Tribunal. Não se exige um vício específico de que deva padecer o acórdão[7].

A questão jurídica constante da divergência de interpretação havida entre os acórdãos (e embargado e o paradigma) não possui limitação de parâmetro.

O mérito dos embargos de divergência, portanto, compreenderá, em derradeira análise a extirpação da controvérsia existente entre os acórdãos.

Caso se reconheça que o acórdão paradigma trouxe o entendimento correto, tendo feito de forma adequada à subsunção do fato à norma, então, automaticamente, padece de error in iudicando, o acórdão embargado e, por isso, deve ser reformado.

Já, por outro lado, caso se entenda que o acórdão paradigma incluiu o entendimento incorreto, deve-se negar provimentos aos embargos de divergência já que não padece o acórdão embargado de qualquer vício.

O objeto de discussão dos embargos de divergência não é limitado pela lei. O simples fato de necessitar de um acórdão paradigma proferido em sentido oposto para o seu cabimento, não significa que exista vinculação quanto à questão jurídica a ser decidida.

Portanto, será preciso para o seu provimento ou não (juízo de mérito) a análise da correção ou da incorreção na interpretação dada à questão jurídica do acórdão embargado.

Assim no primeiro momento, juízo de admissibilidade, verifica-se se existe a divergência, existindo o juízo de mérito recai no acerto ou desacerto da aplicação da norma ao caso concreto.

Apesar da grande semelhança existente entre o recurso especial fundado na divergência jurisprudencial e os embargos de divergência possuem tais recursos, objetivos completamente diferentes.

Porque, o art. 105, III da CFRB/1988 não aumenta o espectro do recurso especial, mas tão somente, facilitar seu julgamento por ser a divergência determinada objetivamente.

Importante esclarecer ainda ab initio que o STJ que é composto de seis turmas com competências distintas estabelecidas em razão da matéria, além de três seções e um órgão intitulado Corte Especial.

A Primeira Seção reúne a primeira e a segunda turmas, a segunda seção reúne a terceira e quarta turmas e a terceira seção, por fim, de quinta e sexta turmas.

Por sua vez, o STF é composto de duas Turmas com competência concorrente, além do Plenário. Com relação à expressão “decisão de Turma” surge a controvérsia, questionando-se se é cabível o cabimento dos embargos em face de decisão monocrática?

O Ministro do STJ Milton Luiz Pereira responde positivamente, pois a decisão do relator no julgamento do recurso excepcional equivaleria àquela proferida pela turma.

Lembremos que os recursos especiais e extraordinários são julgados em idêntica profundidade e autoridade seja monocraticamente ou pelo colegiado.

Ocorre que no STJ não prevalece tal entendimento. Em que pese a aludida equivalência das decisões do relator às da Turma julgadora em sede de recurso especial, não se pode esquecer que, sendo os embargos de divergência em recurso estrito direito (excepcional) é imprescindível para seu cabimento, que sejam esgotados todos os recursos existentes e à disposição das partes.

Sendo cabível agravo interno contra a decisão de relator deve a parte primeiramente fazer uso do mesmo e, somente, após seu julgamento, contra a decisão colegiada, opor os embargos da divergência.

Surge o questionamento se seria possível o cabimento de embargos de divergência contra o acórdão proferido em sede de agravo interno

(regimental). Ou, contrariamente, devem ser interpretados literalmente os incisos I e II do art. 546 do CPC/1973 que delimitam o cabimento contra decisão de Turma em recurso especial, ou em recurso extraordinário.

O referido questionamento fora analisado pelo STF que em 1976 editou a Súmula 599 esclarecendo não serem cabíveis os embargos de divergência de decisão de Turma em agravo regimental.

Isso devido o agravo regimental<sup>[8]</sup> ter cabimento restrito na lei as decisões monocráticas proferidas em sede de agravo de instrumento contra decisão denegatória de admissibilidade de recurso extraordinário. A matéria, todavia, objeto de discussão do agravo regimental era, apenas, o acerto ou desacerto da decisão do relator que negou provimento ao agravo de instrumento, mantendo, assim a inadmissibilidade do recurso extraordinário.

A matéria, todavia, o objeto de discussão no agravo regimental era, apenas, o acerto ou desacerto da decisão do relator que negou provimento ao agravo de instrumento, mantendo, assim a inadmissibilidade do recurso extraordinário.

Do mesmo modo, o STF em sua competência original, passou a adotar idêntico posicionamento, inadmitindo os embargos contra os acórdãos oriundos de agravo regimental.

Realmente era impensável o uso de embargos contra a decisão em agravo regimental. Ademais, frise-se que o julgamento do agravo de instrumento contra decisão denegatória sempre que for de sua competência isolada do relator. Não Há julgamento do colegiado na espécie.

Desta forma, é o relator que conhece ou não do agravo de instrumento e, admitindo-o vem a negar-lhe ou dar-lhe provimento. E, nesta hipótese, determina a subida do recurso extraordinário.

Cumprе registrar que recentemente, o agravo de instrumento da decisão denegatória foi transformado em “agravo nos próprios autos”<sup>[9]</sup>. Vide a Lei 12.322/2010.

Tal modificação em nada interfere com a construção jurisprudencial dos Tribunais Superiores a respeito do cabimento dos embargos de divergência, já se limitou a dispensar a formação do instrumento, em razão da subida dos autos do processo.

Quando então o STJ diante da alteração processual e, em particular, a ampliação dos poderes dos relatores, reconheceu a necessidade de abrandamento da aplicação da Súmula 599 do STF. Exemplificação é o acórdão EREsp 133.451/SP, Primeira Seção, j.10.04.2000, Rel. Min. Eliana Calmon.

Em seu voto, a referida relatora faz retrospectivo histórico de mudanças do CPC e, em particular, pela reforma propiciada pelas Leis 9.139/95 e 9.716/1988.

Convém recordar que com tais diplomas legais que ampliaram os poderes de relator também nos Tribunais Superiores, permitindo que o mesmo possa julgar o mérito do recurso especial, quando em sua apreciação (art. 557 CPC) ou quando, do julgamento do agravo nos próprios autos contra a decisão denegatória (art. 544, §4º CPC/1973).

Mas cumpre distinguir se o agravo regimental aprecia o mérito do recurso especial ou aprecia o mérito do recurso especial ou aprecia o mérito do agravo. Na primeira hipótese cabe opor embargos de divergência, já na segunda situação não.

Conclui-se que se agravo regimental se volta contra decisão monocrática proferida no julgamento do recurso especial, ou ainda, o agravo regimental volta-se contra a decisão que, mesmo em sede de agravo nos próprios autos, julgou o mérito do recurso especial, o acórdão emanado é passível de impugnação dos embargos.

É impensável retirar da parte o direito de opor os embargos de divergência apenas porque se dotou o relator de maiores poderes decisórios. Assim, a rigor, se a decisão sobre recurso especial pela Turma é embargável, também o será aquela decisão proferida por Turma, na sede do agravo regimental que também aprecia o recurso especial. E, ambas as decisões são rigorosamente equivalentes em conteúdo ou forma. Quando então o STJ publicou as Súmulas 315 e 316 contendo os seguintes teores in litteris: “Não cabem embargos de divergência no âmbito do agravo de instrumento que não admite recurso especial”. (Leia-se doravante, agravo[10] nos próprios autos).

Cabem os embargos de divergência contra acórdão que, em agravo regimental, decide o recurso especial. Para o STJ, o relevante para que sejam cabíveis os embargos de divergência, é que exista no acórdão do agravo regimental o julgamento do mérito do recurso especial.

O que pode ocorrer das seguintes formas conforme. O Que pode ocorrer das seguintes formas conforme ensina Flávio Cheim Jorge:

a) O relator monocraticamente, com fundamento no art. 557 do CPC/1973 (correspondente ao art.932 do CPC/2015) dá ou nega provimento ao recurso especial;

b) o relator no julgamento do agravo nos próprios autos, com fundamento no art. 544,§4º do CPC/1973, correspondente ao art.1.042 do CPC/2015, além de conhecer do agravo de instrumento e lhe dar provimento;

c) ou ainda, além de conhecer o agravo, nega provimento ao recurso especial.

O STF, por sua vez, também adotou o posicionamento preconizado em 07 de maio de 2007, quando se cancelou a Súmula 599 em decorrência dos julgados AgRg nos EDiv nos EDcl no AgRg no RE 283 240/RS; AgRg nos EDiv nos EDcl no AgRg no RE 285 093/MG e no AgRg no EDiv no AgRg no RE 356 009/RS.

Se o pronunciamento da Turma em que pese ter surgido em razão de interposição de agravo interno previsto no art. 557 CPC/1973 (art.932 CPC/2015), dizendo a respeito ao julgamento do próprio recurso extraordinário, cabíveis são os embargos de divergência previstos no art. 546 do CPC/1973, correspondente ao art.1.043 do CPC/2015.

Reconhecida e louvável a evolução jurisprudencial, ainda que se revele tímida, pois dista em muito de se aceitar que qualquer acórdão que verse sobre tais matérias seja igualmente impugnável pelos embargos de divergência.

Criticável é a Súmula 316 do STJ, pois se acórdão não admite o recurso especial pode ser impugnado pelos embargos, porque não caberiam embargos de divergência contra a decisão que, em sede de agravo de instrumento, não admite recurso especial? Questiona Cheim Jorge.

Ou os Tribunais mudam o entendimento já pacificado de que são cabíveis os embargos de divergência contra o não conhecimento dos recursos excepcionais, ou então, há que se evoluir no sentido de também admitirem-se os embargos contra acórdão que, em agravo de instrumento decidiu a respeito da admissibilidade do recurso excepcional.

Tal ponderação somente possui pertinência no caso de ser conhecido e julgado no mérito o agravo de instrumento, tendo-se decidido pela admissibilidade ou não do recurso especial.

Se não conhecido o agravo de instrumento, eventual dissenso poderá existir apenas quanto aos requisitos de admissibilidade do mesmo, circunstância que não autoriza o cabimento dos embargos de divergência.

Sob a ótica da equivalência das decisões utilizada como fundamento para o cabimento dos embargos contra decisão, de agravo regimental que julga o recurso especial, o acolhimento da tese proposta é indiscutível.

Merece destaque o EREsp 133 451/SP da relatoria da Ministra Eliana Calmon, que serviu como marco para a mudança do entendimento dos

Tribunais Superiores teve por objeto agravo regimental interposto contra o não conhecimento de recurso especial em razão de falta de preparo.

O simples fato de sido delegada a competência provisória ao órgão a quo para o exercício do juízo de admissibilidade dos recursos extraordinários ou excepcionais não pode retirar da parte o direito de oposição de embargos de divergência. Principalmente porque o próprio sistema outorga a ela um recurso capaz de permitir a que o órgão ad quem exerça de forma definitiva a admissibilidade do especial ou do extraordinário.

Idêntica lógica anterior acompanha a aplicação do art. 557 do CPC/1973, quando se conferiu os amplos poderes ao relator para julgar o mérito do recurso especial. Já o art. 574 do CPC/1973 conferiu ao Presidente ou Vice-Presidente do Tribunal local para exercer o juízo de admissibilidade do recurso excepcional.

Em ambos os casos, o controle das decisões monocráticas é feito por agravo (interno e de instrumento) que permitem a Turma, a quem cabe finalmente e soberana decisão, conferindo o acerto ou desacerto das decisões.

Não havendo a competência monocrática para a produção de tais decisões, não haveria dúvida quanto ao cabimento dos embargos de divergência, já que a Turma decidiria sempre sobre a admissibilidade e mérito do recurso.

É acertado o entendimento que afirma que não são cabíveis os embargos de divergência em sede de conflito de competência, recurso ordinário, ação rescisória, reclamação constitucional, ação direta de constitucionalidade ou inconstitucionalidade e ações cautelares e, etc.

Também o fato de o acórdão ter sido proferido por maioria de votos ou mesmo por unanimidade não interfere no cabimento dos embargos de divergência. Não é pressuposto a uniformidade de entendimento entre os membros da mesma turma.

Não cabe também afastar o cabimento de embargos de declaração sobre o acórdão dos embargos de divergência. A natureza sui generis dos embargos de declaração permite que sejam manejáveis contra a toda espécie de decisão judicial, perante qualquer juízo ou tribunal, desde que padeça de omissão, obscuridade ou contradição.

E se conclui que a decisão dos embargos declaratórios integra a decisão recorrida, não sendo, contudo, capaz de alterar-lhe a natureza jurídica. .

Para o cabimento dos embargos de divergência nesse caso, o importante é saber se o acórdão embargado de declaração é oriundo do julgamento de recurso especial ou recurso extraordinário, ou mesmo de agravo interno (regimental) as situações já citadas.

São incabíveis, segundo a mesma lógica processual, se o acórdão embargado de declaração já não era passível de impugnação por aquele recurso, como nos casos de conflito de competência, ação rescisória e, etc...

A respeito da necessidade ou não de interposição simultânea<sup>[11]</sup> ou não de recurso extraordinário e dos embargos de divergência, quando o acórdão é oriundo do STJ apresenta a questão constitucional e questão decidida de forma diversa por outro órgão do mesmo tribunal.

Os pontos em comum dos recursos especial e extraordinário que são recursos destinados à discussão de questões de direito, portanto, não admitem reexame de prova nos autos ou interpretação de cláusula contratual (vontade das partes).

Não dispensam o requisito do pré-questionamento, sendo que essa exigência impede a supressão de graus de jurisdição. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça têm exigido o pré-questionamento explícito, não admitindo o implícito<sup>[12]</sup>, nem mesmo se a violação do preceito for contemporânea à edição do acórdão. (Tal entendimento era seguido no CPC/1973).

Exigem o prévio exaurimento dos recursos ordinários cabíveis.

E, nesses dois recursos, quando o acórdão tiver mais de um fundamento suficiente, todos eles devem ser impugnados através dos recursos. Se a decisão contiver fundamento constitucional e infraconstitucional, deverão ser atacados pelos dois recursos diferentes (Súmula 126 STJ). Nenhum dos dois recursos se presta à discussão de direito local.

Saliente-se que tanto o STF como o STJ após a Lei 10.352/2001 que deu nova redação ao art. 498 do CPC/1973, tem decidido que a inovação processual afastando a interposição simultânea obrigatória dos embargos infringentes, do recurso especial e o recurso extraordinário contra o mesmo acórdão nos tribunais, tem também aplicação no STJ para efeito de embargos de divergência e de recurso extraordinário contra acórdão prolatado nesta Corte.

A alteração introduzida pelo legislador em 2001 veio a prestigiar e, muito, o princípio da singularidade. Antes da modificação conforme já mencionado o recorrente deveria interpor embargos infringentes contra a parte não-unânime e recurso especial ou extraordinário contra a parte unânime.

Lembremos que o prazo para interposição desses recursos era o mesmo, que a parte tinha quinze dias para interpor os dois ou três recursos. Com a reforma do CPC/1973 a parte não precisará utilizar-se de imediato dos dois recursos. Aguardará o julgamento dos embargos e, somente após a intimação desse resultado é que o prazo para interposição dos recursos excepcionais terá início.

Na hipótese em que forem cabíveis os embargos de divergência, deverá o recorrente interpor, primeiramente, este recurso e, apenas depois de seu julgamento, utilizar-se do recurso extraordinário, ainda que tenha como objeto a matéria decidida de recurso especial e que não fazia parte da divergência jurisprudencial.

Cumprir destacar que a alteração procedimental teve como fim o de facilitar o trâmite recursal, evitando-se a interposição recursal desnecessária, bem como privilegiar o princípio da unicidade<sup>[13]</sup>.

Não há a exigência do esgotamento prévio do esgotamento das vias recursais para que seja utilizado o recurso extraordinário. Mas, para facilitação do trâmite recursal, permite-se a parte que se utilize primeiramente, dos embargos de divergência para que, após seu julgamento, tendo em vista, inclusive, o resultado do mesmo, venha utilizar o recurso extraordinário.

Com efeito, quando a CF/1988 (art. 105, III) aponta a competência do STF em julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única e última instância, o que, portanto, exige obviamente o exaurimento de todos os recursos cabíveis tão somente contra a decisão que: a) contrariar dispositivo desta Constituição Federal.

No caso de embargos de divergência, os mesmos não estarão se insurgindo contra o capítulo do acórdão que possivelmente contraria o dispositivo constitucional. E havendo interesse de interposição de ambos os recursos, os capítulos são distintos e autônomos: o atacado pelos embargos versa sobre a matéria infraconstitucional, enquanto o objeto do recurso extraordinário é a questão constitucional.

Desta forma, como em sede de embargos de divergência a matéria constitucional não será apreciada, não há de se cogitar em prévio esgotamento de instâncias recursais.

Para que tal requisito pudesse ser levado em consideração, haveria necessidade de se impugnar (esgotar) a questão constitucional nos embargos de divergência, e, uma vez mantido o mesmo entendimento, contra esta decisão interpor o recurso extraordinário.

A situação é semelhante ao que ocorre ante a prolação de acórdão em sede de apelação pelos tribunais locais. Em tal hipótese, devem ser

interpostos, simultaneamente, recurso especial (que afeta a questão federal) e o recurso extraordinário (afeta a questão constitucional).

Como o acórdão deve ser cindível, não há de se cogitar em prévio esgotamento recursal a fim de que seja aguardado o julgamento do recurso especial para que somente após, seja interposto o recurso extraordinário.

O acórdão paradigma é aquele que deve ser apresentado quando da oposição dos embargos de divergência que seja oriundo do mesmo Tribunal, haja decidido de maneira diferente a questão analisada no recurso especial ou extraordinário.

A primeira questão que surge sobre essa decisão com diferente entendimento sobre a mesma questão jurídica, refere-se em saber se deve ser colegiada (acórdão), ou mesmo, monocrática.

O mais coerente parece indicar que a decisão deve ser, necessariamente, um acórdão.

Pois a decisão monocrática pode representar, tão somente, posição isolada daquele julgador, não refletindo o que concluiu a Turma.

Afinal, é a superação da divergência entre os órgãos colegiados que permitirá externar o real entendimento do tribunal quanto à certa matéria.

Importante é deixar claro que não se pode exigir que o acórdão seja resultado da decisão unânime da Turma Julgadora, uma vez que sendo por maioria ou por unanimidade de votos, a decisão reflete, da mesma forma, o entendimento do órgão colegiado.

Outra questão, é saber sobre a necessidade ou não de que o acórdão paradigma seja prolatado, necessariamente, em julgamento de recurso especial ou extraordinário, ou, contrariamente, poderia ser decorrente de decisão em outras sedes, como conflito de competência ou recurso ordinário constitucional.

Respeitável doutrina adota o entendimento ampliativo no sentido de que o acórdão paradigma pode ser originado de qualquer outro recurso ou ação. Registre-se que existe expressivo número de matérias que são comuns a diversas espécies recursais, e, mesmo a incidentes processuais.

Por sua vez, a jurisprudência tem o entendimento contrário, no sentido da inviabilidade de demonstração da divergência a partir do acórdão oriundo de Recurso Ordinário e de Conflito de Competência[14].

Alguns doutrinadores argumentam que apenas os recursos especial e extraordinário têm a função de fazer que os tribunais cumpram sua missão de interpretação e aplicação uniforme de normas legais e constitucionais.

De sorte que os embargos de divergência é uma decorrência natural do estrito direito e, somente tem cabimento quando estiver em jogo o posicionamento do Tribunal no julgamento de recursos. Nas demais hipóteses, não haveria justificativa para o cabimento dos mesmos. E, ainda sobre o tema, são esclarecedoras as Súmulas 158 e 168 do STJ.

O que credencia o manejo dos embargos de divergência é que se apresente um dissídio que ainda exista no âmbito do mesmo Tribunal.

Todavia caso o acórdão paradigma reflita o entendimento acerca de certa matéria sobre a qual não tenha mais competência para decidir a respectiva turma, é porque não há mais entre os órgãos posicionamentos divergentes.

Da mesma forma se a jurisprudência do tribunal já assentou o entendimento no sentido de acórdão embargado, é porque não existe mais conflito a ser resolvido.

Conforme salientou Athos Gusmão Carneiro[15] é porque o dissídio tornou-se de interesse histórico e, não mais reflete uma divergência atual entre os órgãos colegiados.

Também existe a interessante indagação, a saber, sobre a modificação da composição do órgão colegiado, permite embargos de divergência, com base nos acórdãos providos da mesma turma.

Há decisões do STF que respondem positivamente a questão. Porém, Cheim Jorge entende pela negativa uma posição que já foi prevalente no STJ.

Assim, a mudança de posicionamento dentro de uma mesma turma ainda que motivada pela alteração em sua composição, representa apenas uma evolução da jurisprudência sobre determinada questão jurídica.

E, tal evolução deve ser encarada com naturalidade e de forma positiva na medida em que revela amadurecimento e reflexão analítica sobre o entendimento do Direito, além demonstrar a capacidade de adaptação às novas exigências da sociedade<sup>[16]</sup>.

Outra questão a responder, é saber se os acórdãos a serem comparados e o embargado se devem possuir o mesmo grau de cognição<sup>[17]</sup>?

Há entendimento doutrinário e jurisprudencial em sentido afirmativo. Assim, se o acórdão recorrido negou admissibilidade ao recurso especial o acórdão paradigma, igualmente não poderia ter tido o seu mérito apreciado.

Igualmente não haveria de se permitir os embargos no caso de o acórdão recorrido os embargos no caso de o acórdão recorrido conhecer do recurso especial, tendo seu mérito julgado, se o acórdão paradigma decide pela inadmissibilidade.

Cheim Jorge opina que não parece ser adequado se firmar tal regra. O cabimento dos embargos de divergência dependerá da demonstração de que a mesma questão jurídica é tratada e decidida de forma distinta por dois órgãos do mesmo tribunal<sup>[18]</sup>.

Se essa dissidência, se opera no juízo de mérito dos recursos obviamente o mérito apreciado e julgado. Contudo, se a divergência é quanto a um dos requisitos de admissibilidade, o fato de ter sido o juízo de admissibilidade de um e, negativo o de outro não pode ser colocado como obstáculo.

É o caso do acórdão que não conhece do recurso especial porque faltou assinatura do advogado. Já no acórdão paradigma, o recurso especial foi conhecido porque se permitiu fosse corrigida a irregularidade relativa, a falta de assinatura e teve, com isso, o seu mérito assinado.

Resta evidente, no caso, a necessidade de se admitir os embargos de divergência. Curiosamente foi justamente a circunstância de ter um dos acórdãos adentrado no mérito do recurso, e outro não, o que gera o dissenso quanto a essa relevante questão da possibilidade ou não de correção da falta de assinatura no recurso especial.

O grau cognitivo<sup>[19]</sup> sobre o recurso especial, não pode ser, sob essa ótica, fator de inadmissibilidade, já que o juízo de admissibilidade não se confunde com o juízo de mérito.

Frise-se que se a divergência centra-se somente quanto um dos requisitos de admissibilidade, não se cogita de interferência do grau de cognição<sup>[20]</sup> exercício no recurso especial.

Obviamente que a conclusão lógica seria diferente, caso se pretendesse abordar os acórdãos relativos ao juízo de admissibilidade e ao juízo de mérito do recurso. Nesse caso, o dissenso não se materializava, pois ausente a diferença de grau de cognição<sup>[21]</sup>, mas por falta de similitude.

O recurso de embargos de divergência fora introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pela Lei 8.950/94 e suas hipóteses atualmente são previstas pelo art. 1.043 do CPC/2015: “É embargável o acórdão de órgão de órgão fracionário que: I – em recurso extraordinário ou em recurso especial, divergir do julgamento de qualquer outro órgão do mesmo tribunal, sendo os acórdãos, embargado e paradigma, de mérito (...) II- em recurso extraordinário ou recurso especial divergir do julgamento de qualquer outro órgão do mesmo tribunal, sendo um acórdão de mérito e outro que não tenha conhecido do recurso, embora, tenha apreciado a controvérsia.”.

As hipóteses dos incisos II e IV do art. 1.043 do CPC vigente foram revogados ainda pelo *vacatio legis* do CPC/2015 pela Lei 13.256/2016.

Sua finalidade é evitar divergências tanto de natureza material quanto processual no âmbito do STF e do STJ, uniformizando a jurisprudência.

No STF se pressupõe haver divergência de entendimento entre uma e outra Turma, ou ainda, entre Turma e Plenário. Já no âmbito do STJ a divergência se estabelece entre uma Turma e outra, ou entre Turma e Seção, ou ainda, entre Turma e Órgão Especial.

Não basta que a divergência se manifeste entre ministros do mesmo Tribunal ou da mesma Turma, a menos que sua composição tenha sido alterada em mais da metade de seus membros (art. 1.043,§3º).

Normalmente é necessário que a divergência se estabeleça entre dois órgãos fracionários distintos desses Tribunais, ou um deles e o Plenário.

Cumprir recordar que as turmas do STF têm duas Turmas compostas de cinco ministros e o Plenário de onze ministros.

Já o STJ possui seis turmas com cinco ministros cada. Cada seção é composta com duas turmas e há o órgão especial, denominado Corte Especial que, nos termos do art. 2º§2º do Regulamento Interno do STJ, é integrada pelos quinze ministros mais antigos e presidida pelo Presidente do Tribunal.

É indispensável que a divergência seja atual, não cabendo mais os embargos se a jurisprudência do Tribunal já uniformizou em determinado sentido.

Pode-se identificar pelo teor da Súmula 168 do STJ que alude que não cabem embargos de divergência, quando a jurisprudência do Tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado.

Antes existia controvérsia sobre a possibilidade de divergência manifestar-se em acórdão proferido no julgamento do agravo interno, o que restou superado pela Súmula 316 do STJ.

O processamento é disciplinado pelos regimentos internos do STF e do STJ e o prazo de oposição é de quinze dias da publicação da decisão embargada.

A petição de oposição dos embargos pode ser acompanhada com a prova de divergência sendo necessário que indique, de forma analítica, em que a divergência consiste.

Nesse momento, o relator pode valer-se dos poderes que lhe atribui o art. 932 do CPC, não conhecendo, negando ou dando provimento ao recurso, em decisão monocrática.

Contra essa decisão caberá agravo interno, para o órgão coletivo. O julgamento no STF é feito pelo Plenário e, no STJ, se a divergência de se der entre turmas da mesma Seção, o julgamento, será feito pela seção; se entre turmas de seções diferentes ou entre uma Turma ou uma Seção com a Corte Especial, o julgamento será feito pela Corte Especial.

Dentro da lógica de uma corte de interpretação e de precedentes, os embargos de divergência não devem ser encarados como instrumentos que se presta simplesmente em fazer prevalecer uma das decisões divergentes de acordo com a eventual maioria dos membros de um determinado colegiado.

Marinoni, Arenhart e Mitidiero apontam que as decisões divergentes não refletem aplicações diferentes de uma mesma lei, uma correta e outra errada, de modo que os referidos embargos tenham como objetivo de definir a interpretação correta, em função do caso concreto, conforme é próprio de controle da jurisprudência.

As decisões divergentes não podem ser compreendidas tão apenas sobre o binômio certo ou errado. A divergência decorre, em regra, de valores ou opções valorativas, diretivas interpretativas e muitas vezes,

sendo fruto de diferentes opções ideológicas e dogmáticas, o que fecha o espaço para haver.

É por essa razão que as decisões divergentes não devem ser vistas como meros momentos de aplicação da mesma lei, mas sim, como direções ou opções valorativas diversas, e muitas vezes, de diferentes opções teóricas, ideológicas ou dogmáticas, o que fecha qualquer espaço para que se possa cogitar de uma decisão que se aproxime do verdadeiro ou falso.

São diferentes situações de interpretações porque parte de quem vai definir o sentido que deva prevalecer, uma reconstrução valorativa e discursiva dos diferentes casos concretos e das distintas justificações que deram origem aos diferentes resultados interpretativos. Tudo isso é imprescindível para se compreender as razões da divergência.

Tem o colegiado o dever de analisar as razões da divergência, a partir do momento e, refazendo o processo justificativo de ambas. Decisões divergentes abrem espaço para que diferentes justificativas sejam comparadas a fim de que se defina qual é a que se encontra com maior suporte na ordem jurídica.

Quanto ao art. 1.043 do CPC que arrola as hipóteses e o cabimento de embargos de divergência, para que certa questão constitucional ou federal possa ser definida pela Corte competente e responsável por dar a última palavra a respeito do significado do Direito para toda administração da Justiça Civil.

O inciso II (faltante) previa a possibilidade dos referidos embargos versando sobre a admissibilidade do recurso extraordinário e o recurso especial e, o inciso IV, previa o cabimento dos embargos em processos de competência originária, tomando como paradigma o julgamento de qualquer outro órgão do mesmo tribunal, foram revogados pela Lei 13.256/2016.

A relevante é que, poderá ser confrontado o conteúdo desses julgamentos, havendo o confronto de teses jurídicas contidas em

juízo de recursos e de ações de competência originária (daí o motivo pelo qual, a revogação do inciso IV do art. 1.043 do CPC/2015) não significar a vedação dessa hipótese recursal, mas significa apenas que inexistente previsão expressa a esse respeito (ou seja, de cabimento).

Pois é possível haver divergência tanto sobre a interpretação de direito material como de direito processual, sendo cabíveis os embargos de divergência para solucioná-la em ambos os casos (art. 1.043, §2º). Ainda são cabíveis os referidos embargos, quando o acórdão paradigma for da mesma turma que proferiu a decisão embargada, desde que sua composição tenha sofrido alteração em mais da metade de seus membros (art. 1.043, §3º).

O recorrente tem o ônus de identificar as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados (art. 1.043, §4º) e, provará a divergência por meio de certidão, cópia de repositório oficial de jurisprudência, inclusive mídia eletrônica, onde foi publicado o acórdão divergente.

Também é proibido ao tribunal inadmitir o recurso com base em fundamento genérico de que as circunstâncias fáticas são diferentes, sem demonstrar a existência da distinção. A vedação a fundamentação genérica constitui uma decorrência do direito ao contraditório efetivo e, visto como direito de influência sobre o julgamento bem como do dever de fundamentação (art. 93, IX, art. 5, LV, da CF/1988 e, ainda, arts. 7, 9, 10 e 489 do CPC/2015).

O julgamento dos embargos de divergência obedecerá ao procedimento estabelecido no regimento interno do STF ou STJ interrompe o prazo para a interposição do recurso extraordinário por qualquer das partes.

Caso forem os embargos desprovidos ou não alterarem a conclusão do julgamento anterior, o recurso extraordinário interposto pela outra parte da publicação do julgamento dos embargos de divergência será processado e julgado independente de ratificação.

Os embargos de divergência constituem um recurso previsto no art. 994, inciso IX com a finalidade de uniformizar a jurisprudência interna do Supremo Tribunal Federal ou Superior Tribunal de Justiça.

O principal objetivo desse recurso é eliminar uma divergência interna das Cortes Superiores e, enfim, afastar um conflito de entendimento na jurisprudência interna de tribunal superior.

Os embargos de divergência correspondem a um importante instituto representando também técnica de concretização do dever de uniformidade prevista no art. 926 do CPC e, a fim de atender as exigências de isonomia e de segurança jurídica.

Tanto a obediência aos precedentes e a uniformização da jurisprudência prestam-se a concretizar a segurança jurídica, garantindo previsibilidade e evitando a existência de decisões divergentes para situações semelhantes, sendo sabido que as decisões divergentes não atingem a finalidade de aplacar os conflitos de que se originaram as demandas.

Deve-se combater o estado de incerteza que labora em desprezo ao princípio de igualdade. A necessidade de uniformização das decisões do STF e STJ é ainda mais relevante, por serem tribunais responsáveis de firmar respectivamente, a interpretação definitiva ao texto constitucional, bem como, à referente à legislação infraconstitucional para todo o país.

Através desses embargos viabiliza-se a oportunidade para a discussão das teses divergentes, e para a definição daquela que deve prevalecer, identificando-se o sentido do direito que deve prevalecer na Corte Judicial, orientando a sociedade e guiando os tribunais inferiores.

Após a obtenção de uniformização jurisprudencial o outro objetivo dos embargos de divergência que é a reforma ou anulação do acórdão embargado. Com o provimento desses embargos, se obtém a alteração do acórdão embargado, obtendo-se ipso facto a uniformização jurisprudencial (interna) e firmando o entendimento definitivo e estável a ser seguido pela doutrina da Corte e pelos Juízos e Tribunais a esta vinculados.

O CPC anterior estes embargos somente eram cabíveis contra o julgamento de turma. É preciso compreender que os embargos de divergência, não são cabíveis em quaisquer tribunais, mas somente no âmbito do STJ e STF.

Lembremos que o Código Fux impôs aos tribunais o dever de uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente e ampliou o cabimento dos embargos, conforme prevê o artigo 1.043 que cabem contra julgamento de órgão fracionário.

O Supremo Tribunal Federal é composto de onze ministros e além do Plenário que possui duas turmas. Os julgamentos são proferidos, ou por uma turma ou Plenário. O STF tem como órgãos fracionários de duas turmas. Cumpre destacar que os embargos de divergência são cabíveis do julgamento de turma.

Por sua vez, o STJ também possui organização em turmas, seções, e uma corte especial. A Corte Especial desempenha as funções que seriam do plenário.

O STJ é composto por trinta e três ministros, ou seja, mais de vinte e cinco membros está autorizado, pelo art. 93, IX da CF/1988, a criar um órgão especial, que desempenha as funções do plenário. Sendo assim, não deve a Corte Especial ser considerada órgão fracionário, mas órgão pleno.

Assim no STJ são cabíveis os referidos embargos de acórdãos proferidos por turmas ou por seções. O julgamento pode ter sido proferido em recurso extraordinário ou em recurso especial.

Tais embargos contêm em princípio, dois pressupostos objetivos de cabimento, a saber: julgamento proferido por órgão fracionário do STJ e STF; em recurso especial ou recurso extraordinário.

O acórdão embargado é denominado acórdão recorrido e, em suas razões, o embargante deve apontar que existe outro acórdão, do próprio tribunal que adotou entendimento contrário ao constante em acórdão

recorrido, postulando reforma ou invalidação do julgado e que seja adotado o entendimento manifestado no acórdão apontado (também chamado de paradigma).

Lembremos que a divergência pode se referir ao mérito ou quanto à admissibilidade do recurso especial ou do extraordinário. Nos termos do art. 1.043 do CPC, é embargável o acórdão que, em recurso extraordinário ou em recurso especial, divergir do julgamento de qualquer outro órgão do mesmo tribunal, sendo os acórdãos, embargado e paradigma, de mérito (art. 1.043, I). É até possível que um acórdão seja de mérito e o outro não tenha conhecido do recurso, embora tenha apreciado a mesma controvérsia.

Não se exige ausência da unanimidade no julgamento do recurso. E, mesmo que tenha sido unânime, caberão embargos, se o acórdão divergir de outro acórdão já proferido por outro órgão do tribunal.

O aresto paradigma pode ter sido prolatado em julgamento de qualquer recurso, E ainda que tenha sido unânime, caberão os embargos se acórdão divergir de outro acórdão já proferido por outro acórdão divergir de outro acórdão já proferido por outro órgão do tribunal. O aresto paradigma pode ter sido prolatado em julgamento de qualquer recurso.

Conforme se vê dos primeiro e segundo parágrafos do art. 1.043 estabelecem que não há qualquer limitação do tipo de recurso para que se admitam os embargos de divergência. Assim, toda e qualquer divergência a respeito de questão federal (seja constitucional ou infraconstitucional) abre a oportunidade aos embargos de divergência (que são o meio adequado a aprofundar a discussão para a afirmação e o desenvolvimento do direito, eliminando a divergência ali instalada).

Fredie Didier Junior defende que não são cabíveis os ditos embargos contra decisão unipessoal, portanto, acórdão, serve como decisão paradigma. Mas há entendimento em sentido contrário.

E, nesse sentido, há o teor do Enunciado 230 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis (FPPC), in litteris: “Cabem embargos de divergência contra o acórdão que, em agravo interno ou agravo em recurso especial ou extraordinário, devido recurso especial ou extraordinário”.

Não cabem os embargos contra acórdão que julga o agravo do art. 1.042 do CPC que resulta no não conhecimento do recurso extraordinário ou recurso especial conforme a Súmula 315 do STJ (ainda quando vigente o CPC/1973).

Resumi o doutrinador que os embargos são cabíveis quando tenha havido decisão colegiada (acórdão) não sendo possível interpor embargos de divergência contra decisão isolada do relator; o acórdão tenha sido proferido por órgão fracionário, turma no STF ou turma ou seção no STJ; esse acórdão tenha decidido um recurso especial ou recurso extraordinário.

Na sua redação original do CPC/2015 também admitia os embargos também contra acórdão oriundo acórdão proferido em processo originário do STF ou do STJ, mas foi revogado pela Lei 13.256/2016.

Lamenta-se essa revogação, pois enfraquece o bom mecanismo para o cumprimento do dever de uniformização da jurisprudência.

Deve haver a similitude fática entre o caso a ser julgado e o caso paradigma, sendo necessário que os acórdãos também resultantes do mesmo grau de cognição horizontal[22].

Porém, a similitude fática não é exigida, quando a divergência estiver relacionada com o direito processual, bastando que a matéria processual seja idêntica.

Em razão do terceiro parágrafo do art. 1.043 do CPC vigente o enunciado da Súmula 353 do STF resta superado. E, nesse sentido há o teor do enunciado 232 do FPPC[23] que se expressou explicitamente.

No âmbito do STF, ao Plenário compete julgar os embargos de divergência, esteja Turma divergindo de outra Turma, dela mesma ou do Plenário próprio.

A divergência para tanto deve ser atual e comprovada, mediante controle analítico, portanto, se a dissidência está superada, não cabem mais os embargos, e de igual entendimento o teor do Enunciado 247 da súmula da jurisprudência predominante do STF.

Quanto à atualidade da divergência é igualmente exigida pelo enunciado 598 da Súmula do STF, além do acórdão paradigma ter sido proferido por órgão que mantinha a competência para aquela matéria.

A ampliação do art. 1.043 do CPC no cabimento dos embargos de divergência se cala no pronome indefinido qualquer, portanto, são cabíveis os embargos quando houve divergência com qualquer outro órgão fracionário do tribunal.

E há quem entenda que nem a restrição referente ser competente para, daquela matéria não faria sentido (é o caso do entendimento de Alexandre Freire).

A admissão dos embargos de divergência depende de haver o confronto analítico entre o acórdão recorrido e o acórdão paradigma. Deve haver o cotejo ao caso concreto, a questão jurídica com as particularidades de precedentes.

Não sendo suficiente a mera transcrição de ementas tendo e que haver a menção das circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados. Mas nada impede que o dissídio jurisprudencial fosse feito com base em simples ementa.

O que não satisfaz, para efeito de admissibilidade de embargos de divergência, é a mera transcrição de ementas. O que se impõe é o confronto analítico entre o acórdão recorrido e acórdão paradigma.

Cabe ao embargante demonstrar a similitude dos casos, a fim de que o tribunal possa verificar se a divergência consiste ou não, na realidade numa distinção feita pelo órgão fracionário, ao proferir o acórdão recorrido.

Por vezes, faz-se necessário expor relatórios e fundamentações de cada acórdão, mas pode, todavia, a ementa seja detalhada e já contenha os elementos necessários e suficientes para configurar confronto analítico.

O STJ ainda permite nos casos do recurso especial mitigação dos requisitos formais em relação ao cotejo analítico quando a divergência for notória.

São opostos os embargos em quinze dias úteis, sendo igual prazo para responder-lhes (art. 1.003, §5º CPC). O Ministério Público, a Fazenda Pública e a Defensoria Pública dispõem de prazo em dobro tanto para embargar como para respondê-los.

Os litisconsortes com procuradores diferentes que integrem escritórios de advocacia distintos<sup>[24]</sup>, também dispõem de prazo em dobro, conforme o art. 229 do CPC, a não ser quando os autos forem eletrônicos (art. 229, §2º).

Ressalve-se que se um dos litisconsortes for sucumbente, não haverá prazo em dobro<sup>[25]</sup> para a oposição de embargos de divergência.

Mas convém lembrar que tais prazos são computados em dias úteis conforme prevê o art. 219 CPC. O procedimento dos embargos há de ser estabelecido no regimento interno do respectivo tribunal superior.

No âmbito do STF, estão disciplinados nos arts. 330 ao 336 do seu regimento interno. Opostos os embargos perante a secretaria do STF, serão juntados aos autos independentemente de despacho.

Os autos serão conclusos ao relator, que irá admitir ou não os embargos de divergência. Admitidos os embargos e efetuado o preparo será feita a intimação do embargado para apresentar as contrarrazões, daí se seguindo a inclusão em pauta e seu julgamento.

Se inadmitidos os embargos, caberá agravo interno. Embora o regimento do STF refira-se a cinco dias, o prazo para o agravo interno passou a ser quinze dias úteis (art. 1.070 CPC).

E, uma vez interposto o agravo interno, a parte recorrida será intimada para responder-lhe também no prazo de quinze dias (art. 1.021, segundo parágrafo CPC).

Já o regimento interno do STJ dispõe sobre o procedimento em seus arts. 266 e 267. Os embargos de divergência serão juntados aos autos independentemente de despacho além de não tendo efeito suspensivo.

O regimento do STF é silente quanto ao ponto, se tais embargos não possuem efeito suspensivo automático. No entanto, o art. 995 do CPC tende a confirmar que não existe o efeito suspensivo automático.

Mas, poderá o relator concedê-lo, se o embargante requerer NE houver risco de difícil ou impossível reparação[26], demonstrada a probabilidade de provimento do recurso (art. 995, § único e art. 299. § único do CPC).

Assim que forem opostos os embargos, não se deve logo intimar o recorrido para apresentar suas contrarrazões será imediatamente sorteado o relator para os embargos. E o relator poderá valer-se dos poderes decisórios previstos no art. 932, III, IV e V. E caso não os admita, contra essa decisão, caberá agravo interno (art. 1.021 CPC).

Admitidos os embargos de divergência, será intimado o embargado para que apresente contrarrazões em quinze dias e, se for o caso, o Ministério Público terá vistas aos autos.

Enquanto o regimento do STF é silente a esse respeito, o regimento do STJ prevê expressamente o prazo de vinte dias para a manifestação do Ministério Público. Mas, tal prazo fora revogado pelo art. 178 do CPC que passou a prever o prazo de trinta dias para as manifestações do Ministério Público[27].

Sendo ou não impugnados os embargos de divergência, serão os autos conclusos ao relator que pedirá a inclusão do feito na pauta de julgamento. Não cabem embargos de divergência adesivos.

Cabe sustentação oral conforme prevê o art. 937, V do CPC. Tais embargos exigem preparo, quando cabíveis contra acórdão proferido pelo STJ.

Quando opostos os embargos de divergência contra o acórdão de julgamento do recurso extraordinário, também estão sujeitos a preparo (art. 41-B, Lei 8.038/1990).

À semelhança do que ocorre com o julgamento de recursos excepcionais, uma vez conhecidos os embargos, o tribunal deverá julgar a causa aplicando o direito à espécie (art. 336 RISTF).

É possível cogitar no efeito translativo ou dimensão vertical ou profundidade do efeito devolutivo também para esse recurso, o que permite ao tribunal examinar as questões do que podem ser conhecidos de ofício.

Quanto à questão nova ainda não submetida ao contraditório deverá o relator intimar as partes antes de decidir a respeito, para que se manifestem devido à proibição de decisão surpresa<sup>[28]</sup>.

Cumprir frisar o dever de fundamentação na inadmissibilidade dos embargos de divergência e, a qualquer decisão judicial. A falta da devida fundamentação específica e adequada, acarreta nulidade da decisão conforme prevê o art. 93, IX da CF/1988 e, ainda, o art. 11 do CPC. A decisão não fundamentada é decisão nula<sup>[29]</sup>.

Para que a decisão seja devidamente fundamentada, não deve haver omissão de ponto sobre o qual deva manifestar-se, o órgão julgador, seja de ofício ou a requerimento da parte.

Nos embargos de divergência cabe ao embargante fazer o confronto analítico e a demonstração da similitude entre os casos e a disparidade de conclusões entre o acórdão recorrido e o paradigma.

Percebe-se que a revogação do inciso IV do art. 1.043 que prescrevia expressamente essa proibição para os embargos de divergência, fora inútil, na medida em que continua vigente o inciso IV, §1º do artigo 489 (que fora preservado e se aplica a qualquer decisão judicial).

Os embargos quando cabíveis no âmbito do STJ contra acórdão proferido em recurso especial uma vez opostos, interrompem o prazo para a interposição de recurso extraordinário por qualquer das partes (art. 1.044,1º).

Embargos de divergência repetitivos.

O julgamento de casos repetitivos aplica-se a qualquer recurso ou processo originário em tribunal. Em havendo vários embargos de divergência sobre o mesmo tema, deve ser adotado o procedimento próprio dos casos repetitivos escolhendo-se um ou dois deles para análise e julgamento, sobrestando-se os demais processos, aos quais se aplicará o resultado a que se chegar no julgamento daqueles escolhidos para julgamento por amostragem.

O STJ ao apreciar os Embargos de Divergência no Recurso Especial 1.403 532/SC reconheceu a possibilidade de se adotar o procedimento dos repetitivos para aquele tipo de recurso.

Os embargos de divergência são recurso de competência exclusiva do STF e STJ com um tratamento escasso pelo CPC (disciplinado apenas em dois artigos, a saber: art. 1.043 e art. 1.044). Seu principal objetivo é uniformizar a interpretação do texto normativo, embora realizada sem caráter vinculativo e poderá resultar na reforma ou invalidação do acórdão embargado.

Suas hipóteses de cabimento estão constantes no art. 1.043 que ampliou o modelo antes previsto pelo art. 546 CPC/1973.

É que passa a ser prevista a possibilidade deste recurso ser utilizado quando no mesmo tribunal superior for detectada divergência em decisão

proferida em REsp ou RE com outra decisão proferida por qualquer outro órgão do mesmo tribunal, relativamente ao mérito do recurso..

Também passa ser permitido tal recurso mediante a confrontação da divergência quando se tratar de decisão que não tenha conhecido o recurso, muito embora tenha abordado a controvérsia.

### **Conclusão**

O que mudou com relação a disciplina dos embargos de divergência com relação ao CPC anterior, foi a inserção de uma seção dedicada a este recurso, antes inexistente, além da ampliação de suas hipóteses de cabimento.

Trata-se de mecanismo de uniformização jurisprudencial interna das cortes de superposição. Como típico recurso, se verifica a divergência através de dois acórdãos: o embargado e o paradigma.

O art. 1.043 do CPC revela-se inédito pois consubstanciou alteração ao dispor que é embargável acórdão de órgão fracionário.

Diferentemente do que constava do art. 546 do CPC/1973 que admitia apenas que o acórdão embargado tivesse origem na turma. Doravante pode ter origem em outros órgãos fracionários.

À luz do CPC anterior as hipóteses de cabimento não eram claras e nem dispunham da possibilidade de confrontar o recurso especial ou recurso extraordinário e nem havia a disposição que indicasse a ação de competência original do tribunal (o que fora depois revogada pela Lei 13.256/2016).

Também anteriormente, não era possível identificar a divergência à luz do direito processual, com o CPC/2015 é possível tanto no direito material como o direito processual.

A Lei 13.256/2016 promoveu revogação de duas hipóteses de cabimento dos incisos II e IV do art. 1.043, o que significou um retrocesso

na promoção da correta interpretação da norma (seja esta constitucional e federal) na uniformização da jurisprudência.

Caberão os referidos embargos, se a decisão divergir de outra decisão que já proferida por outro órgão do Tribunal, não servindo decisão monocrática, somente acórdão serve como decisão embargável e paradigma.

Relevante conclusão é a do enunciado 227 do FPPC que aponta que são embargáveis os acórdãos que, em agravo interno ou agravo em recurso especial ou recurso extraordinário, decida recurso especial ou extraordinário.

Cabe a oposição dos embargos quando o acórdão paradigma for, da mesma turma que proferiu a decisão embargada, condicionada, a comprovação de alteração de composição de turma em mais da metade de seus membros.

É o entendimento do enunciado 232 do FPPC apontou a superação da Súmula 353 do STF. O §4º do art. 1.043 CPC reprisa os requisitos que já constavam no CPC/1973 ao exigir a comprovação da existência do acórdão paradigma e a confrontação analítica entre os acórdãos embargado e paradigma.

Novamente há inédita previsão do §5º do art. 1.043 vedar a inadmissão do recurso pelo tribunal por fundamento genérico onde as circunstâncias fáticas são diferentes, sem a devida demonstração da distinção.

A simples revogação do dispositivo legal não afasta o dever de fundamentação qualificada, considerando que o artigo 489 do CPC e seus incisos I e III que permanece vigente. Trata-se de norma cogente que legitima e densifica o princípio de acesso ao judiciário e à ordem jurídica justa conforme o art. 5º, XXXV da Constituição Federal Brasileira de 1988 e o art. 93, inciso IX do CF/1988.

Com o recurso se prevê também o efeito interruptivo quando houver interposição de recurso extraordinário por qualquer das partes, vide ainda o art. 2.024, §5º do CPC.

#### **Referências:**

DELGADO, José Augusto. Aspectos gerais dos embargos de divergência: origem, conceito, pressupostos e controvérsias. Disponível: <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/18501-18502-1-PB.pdf> Acesso em 20.08.2017.

DE MELO, Nehemias Domingos (coordenador) NOVO CPC Anotado. Comentado. Comparado. 2ª edição. São Paulo: Rumo Legal, 2016.

FALCONI, Francisco. A cognição no processo civil. Disponível em: <https://franciscofalconi.wordpress.com/2011/09/18/a-cognicao-no-processo-civil/> Acesso 23.08.2017.

FLEXA, Alexandre; MACEDO, Daniel; BASTOS, Fabrício. Novo Código de Processo Civil. Salvador: Editora JusPODIVM, 2016.

DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro. Curso de Direito Processual Civil Volume 3. Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais. 14ª edição. Salvador: Editora JusPODIVM, 2017.

HARTMANN, RODOLFO KRONENBERG. Curso Completo do Novo Processo Civil. 3ª edição. Niterói-RJ: Impetus, 2016.

\_\_\_\_\_, HARTMANN, Guilherme Kronenberg. Petições & Prática Cível. Niterói-RJ: Impetus, 2017.

JORGE, Flávio Cheim. Embargos de Divergência: Alguns aspectos estruturante (*In*: Revista de Processo. Ano 35 n.190, dez 2010; São Paulo: RT, 2010).

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Curso de Processo Civil. Volumes 1, 2, 3. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MEDINA, José Miguel Garcia. CF Constituição Federal Comentada. Com súmulas e julgados selecionados do STF e de outros tribunais. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

\_\_\_\_\_. Direito Processual Civil Moderno. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MITIDIERO, Daniel. Cortes Superiores e Cortes Supremas. Do Controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente. 2ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

\_\_\_\_\_. Precedentes da persuasão à vinculação. 2ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MONTENEGRO FILHO, Misael. Novo Código de Processo Civil Comentado. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2016.

LEITE, Gisele. Novo CPC Comentários às Principais Inovações do Novo Direito Processual Civil. Campo Grande: Contemplan, 2016.

LIMA, Alcides de Mendonça. Comentários ao Código de Processo Civil. Vol.6 Rio de Janeiro: Forense, 1977.

STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; DA CUNHA, Leonardo Carneiro. (Organizadores); FREIRE, Alexandre. (coordenador executivo). Comentários ao Código de Processo Civil. De acordo com a Lei 13.256/2016. São Paulo: Saraiva, 2016.

USTÁRROZ, Daniel. O "prazo dobrado" no Novo CPC. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2017/08/08/o-prazo-dobrado-no-novo-cpc/> Acesso em 21.08.2017.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. Curso Avançado de Processo Civil Volume 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

WATANABE, Kazuo. Da Cognição no Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

#### NOTAS:

[1] Em sessão administrativa no Supremo Tribunal Federal (STF), em 19 de junho de 2008, foi decidido que a partir deste ano o mandato dos presidentes das Turmas seria de um ano. Com isso, a emenda regimental fez o cargo deixar de ser privativo do membro mais antigo e o colocou num sistema de rodízio. A mudança foi sugerida pelos ministros Marco Aurélio e Celso de Mello. O Supremo é composto por duas Turmas formadas por cinco ministros cada uma (o presidente do STF não participa). Nesses pequenos colegiados são julgados alguns processos que chegam à Suprema Corte e que não demandam a declaração de inconstitucionalidade de leis, o que compete somente ao Plenário.

Cabe às Turmas decidir, por exemplo, sobre Recursos Extraordinários (RE), Agravo de Instrumento (AI), *Habeas Corpus* (HC), Recurso em *Habeas Corpus* (RHC), Petição (PET) e Reclamação (RCL), ressalvada a competência do Plenário. Com o sistema de rodízio, a partir de 2009, os presidentes das Turmas mudaram. O ministro Carlos Ayres Britto se tornou o presidente da Primeira Turma, composta pelos ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia Antunes Rocha e Menezes Direito. A Segunda Turma também trocou de presidente: a ministra Ellen Gracie assumiu o posto antes ocupado pelo ministro Celso de Mello. Além deles, o colegiado tem os ministros Cezar Peluso, Joaquim Barbosa e Eros Grau.

[2] Comissões do STF: **COMISSÃO DE REGIMENTO:** Ministro Luiz Fux – Presidente; Ministro Teori Zavascki (Alexandre Moraes); Ministro Edson Fachin; Ministra Rosa Weber – Suplente. **COMISSÃO DE JURISPRUDÊNCIA:** Ministro Gilmar Mendes – Presidente; Ministra Cármen Lúcia; Ministro Dias Toffoli. **COMISSÃO DE DOCUMENTAÇÃO:** Ministro Celso de Mello – Presidente; Ministra Rosa Weber; Ministro Roberto Barroso; **COMISSÃO DE COORDENAÇÃO:** Ministro Dias Toffoli – Presidente; Ministro Teori Zavascki (Alexandre Moraes); Ministro Edson Fachin.

[3] José Philadelpho de Barros e Azevedo (1894-1951) foi um magistrado, jurista e político brasileiro. Foi também prefeito da cidade do Rio de Janeiro (1945-1946). Foi o primeiro juiz brasileiro a ser indicado para o Tribunal Internacional de Justiça da CNJ em 1946, embora outros já tivessem servido a Corte Permanente de Justiça de Haia, que a antecedeu.

[4] Composição Atual: Ministra Cármen Lúcia – Presidente; Ministro Dias Toffoli - Vice-Presidente; Ministro Celso de Mello – Decano; Ministro Marco Aurélio; Ministro Gilmar Mendes; Ministro Ricardo Lewandowski; Ministro Luiz Fux; Ministra Rosa Weber; Ministro Roberto Barroso; Ministro Edson Fachin; Ministro Alexandre de Moraes.

[5] Humberto Gomes de Barros (1938-2012) participou de julgamentos na 1ª Turma e na 1ª Seção, órgãos que integrou por 12 (doze) anos e que chegou a presidir. Em 2003, o ministro passou a compor a 3ª Turma e a 2ª Seção. Ele também integrou a Corte Especial, mais alto colegiado de julgamentos do STJ. Foi ainda coordenador-geral da Justiça Federal, membro do Tribunal Superior Eleitoral, diretor da Revista do STJ, vice-diretor da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (Enfam) e vice-presidente do Tribunal. Em 2008, ao tomar posse como presidente do STJ, o ministro ressaltou sua preocupação com as funções da Corte e afirmou que o Tribunal da Cidadania precisava, com urgência, resgatar sua identidade e consolidar-se como fiador da segurança jurídica. “Não podemos mais oferecer novas interpretações diante de leis já consolidadas, porque isso está prejudicando o grande objetivo do Estado de Direito que é a segurança jurídica”, afirmou o ministro.

[6] Alcides de Mendonça Lima (1859-1935) foi jurista, advogado, escritor, historiador e político brasileiro. Eleito deputado constituinte nacional, participou da elaboração da Constituição de 1891. Depois foi juiz em Rio Grande e Pelotas, além de deputado estadual. Julgou inconstitucional uma lei estadual publicada pelo governador Júlio Prates de Castilhos, pelo qual foi processado por duas vezes e duplamente inocentado pelo Supremo Tribunal Federal. Percebendo a inviabilidade de continuar como juiz, abandonou a carreira pública e estabeleceu uma banca de advocacia. Tomou parte na Revolução de 1923, apoiando Assis Brasil. Foi um dos fundadores da Academia Rio-Grandense de Letras.

[7] Temas atuais sobre: Conversão de aposentadoria proporcional em aposentadoria integral por meio de instituto da desaposentação; Há ainda uma lista de assuntos relevantes a serem apreciados pelo Tribunal da Cidadania, já pautados ou em vias de serem submetidos a julgamento no ano de 2017, sobretudo relacionados ao direito privado. Apenas alguns exemplos:

1. REsp 1.478.280-RS – estabelecer se a imprescritibilidade da pretensão relativa aos danos ambientais, de caráter coletivo ou difuso, se aplica à pretensão indenizatória por dano individual decorrente de contaminação ambiental; 2. RESP 1.613.804/SP – julgar se a mera indicação, pelo autor, das mensagens e imagens tidas por ofensivas, supre a exigência contida no art. 19, §1º, da Lei 12.965/14 (Marco Civil da Internet), para fins de localização inequívoca do conteúdo publicado na internet, ou se, como afirmou o acórdão recorrido, caberia à parte a indicação das respectivas URLs;

3. RESP 1.413.011/RJ – Superendividamento – possibilidade ou não de limitação, a 30% da remuneração, dos descontos em conta corrente referentes a pagamentos de parcelas de empréstimos bancários em virtude de superendividamento do correntista; 4. RESP 1.361.473/DF – definir se a cobrança de honorários advocatícios, dada sua natureza alimentar, tem o condão de afastar a impenhorabilidade do bem de família, integrando a exceção prevista no artigo 3º, III, da Lei n. 8.009/90; 5. RESP 1.405.115/DF – avaliar se o ente público, ao ceder ao particular quaisquer dos locais indicados no art. 68, § 3º, da Lei n. 9610/98, seja a título oneroso ou não, torna-se responsável solidário pelo cumprimento da legislação autoral, inclusive obter a prévia autorização dos autores e titulares, bem como fazer o pagamento da retribuição devida;

6. RESP 1.559.264/RJ - definir se (i) é devida a cobrança de direitos autorais decorrentes de execução musical, via internet, de programação da rádio nas modalidades *webcasting* e *simulcasting* (tecnologia *streaming*); se (ii) tais transmissões configuram execução pública de obras musicais apta a ensejar pagamento ao ECAD, e (iii) se a transmissão de músicas por meio da rede mundial de computadores mediante o emprego da tecnologia streaming constitui meio autônomo de uso de obra intelectual, caracterizando-se novo fato gerador de cobrança de direitos autorais; 7. RESP 1.626.739/RS - determinar se é possível a alteração de gênero no assento de registro civil de transexual, independentemente da realização da cirurgia de transgenitalização; 8. RESP 1.250.362/RS- possibilidade de arbitramento de indenização pelo uso exclusivo da coisa imóvel comum durante o período compreendido entre a separação de fato e a realização

da partilha efetiva dos bens do casal; 9. RESP 1.475.766/SP – Possibilidade de modificação, durante a própria Assembleia-Geral de credores, do plano de recuperação originalmente apresentado pela devedora;

10. RESP 1.233.314/RS – definir se a citação válida realizada nos autos de ação coletiva interrompe o prazo prescricional para o ajuizamento de ação individual por aqueles que optaram ingressar em juízo posteriormente; 11. RESP 1.081.149/RS – discussão sobre qual o índice que deve corrigir as dívidas judiciais (de natureza civil), a taxa Selic (que embute os juros) ou o IPC; 12. RESP 1.438.263 – decisão quanto a legitimidade ativa de não associado, no momento da propositura da demanda, para a liquidação/execução da sentença coletiva proferida nas ações civis públicas envolvendo direito do consumidor; estes três últimos temas com grande repercussão junto ao sistema financeiro e bancário.

[8] Importante inovação trazida pelo CPC/2015 que é a possibilidade de interposição de agravo interno contra as decisões do relator, no prazo de quinze dias, conforme prevê o art. 1.021 e seguintes c/c art. 1.070. A interposição do agravo interno deve ser bem avaliada pelo aplicador do direito, pois, de acordo com o §4º, do art. 1.021 da lei 13.105/15, quando o agravo interno for declarado manifestamente inadmissível ou improcedente em votação unânime, o órgão colegiado, em decisão fundamentada, condenará o agravante a pagar ao agravado multa fixada entre um e cinco por cento do valor atualizado da causa.

[9] A primeira versão do art. 1.042 do CPC vigente, anterior às alterações, sustentam que o juízo de admissibilidade provisório em nada contribui, efetivamente, para a celeridade processual, eis que o Tribunal Superior reanalisa se estão presentes os requisitos de admissibilidade recursal, que já foram verificados pelo tribunal *a quo*. De fato, não se pode perder de vista - e as estatísticas demonstram isso - que normalmente a parte que tem o seu recurso especial ou extraordinário inadmitido se vale, efetivamente, do agravo de admissão, que é remetido para análise dos Tribunais Superiores.

Nesse sentido, a ideia originalmente constante no CPC/2015 era de que a eliminação da admissibilidade provisória pelo Tribunal Local,

mantendo-se apenas a admissibilidade diretamente pelos Tribunais Superiores poderia, de fato, auxiliar na celeridade processual.

Como normalmente há a interposição de agravo contra decisão denegatória de recuso especial e extraordinário, o juízo provisório de admissibilidade procedida pelo Tribunal Local acabaria se revelando ineficaz e, por isso, etapa processual desnecessária, que apenas prolongaria o processo.

[10] Vale citar, ademais, que o Tribunal de Justiça de São Paulo, adequando-se ao novo procedimento, alterou seu Regimento Interno de forma a regular o processamento do agravo interno interposto contra decisão proferida pela Presidência. Nos termos do artigo 13, alínea 'i' do RITJSP, alterado pelo Assento Regimental 552/2016, caberá ao Órgão Especial a apreciação do referido recurso. Não obstante, é importante consignar que, nos termos do artigo 1.021, parágrafo 4º do novo CPC, quando o agravo interno for declarado manifestamente inadmissível, o agravante será condenado ao pagamento de multa fixada entre um e cinco por cento do valor atualizado da causa ao agravado, sendo recomendável extrema cautela aos causídicos na adoção de tal medida contra as decisões que ratificam temas já pacificados pelos tribunais superiores.

[11] Há quem alegue que a simultaneidade de recursos mais atrapalha do que ajuda. Assim o recurso extraordinário e a competência para julgá-lo, apesar de centenários, ainda são vítimas de incompreensões e mal-entendidos que chegam ao ponto de embaraçar o pleno exercício da jurisdição por parte do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça que também exerce competência recursal extraordinária e distorcer gravemente o funcionamento desses órgãos de cúpula do Judiciário. Em virtude da simetria existente entre os artigos 102, III e 105, III da CF/1988, tudo o que se disser a seguir sobre o recurso extraordinário e o Supremo considera-se aplicável, *mutatis mutantis*, ao recurso especial e ao Superior Tribunal de Justiça e vice-versa.

[12] O CPC de 2015 adotou expressamente o prequestionamento implícito. O Novo CPC consagrou a tese do prequestionamento ficto em seu art. 1.025, *in verbis*: “Consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade.”

[13] Princípio da singularidade. Esse princípio é também denominado princípio da unicidade ou da unirrecorribilidade. Quer ele dizer que as decisões judiciais só podem ser impugnadas por meio de um único instrumento, isto é, não se admite, ao mesmo tempo, a interposição de mais de um recurso contra uma mesma decisão. Tal princípio decorre de dois fatores preponderantes, em matéria de processo a incindibilidade das decisões monocráticas e o respeito à preclusão consumativa. Assim, mesmo que se divida a sentença em capítulos, para fins recursais não se admite qualquer divisão em diferentes recursos. Excepciona a regra a interposição simultânea de recurso especial e recurso extraordinário a combater acórdão de TJ ou TRF que ofende a um só tempo, lei federal e norma constitucional.

[14] O art. 66 do CPC/2015 cuida do conflito de competência e seu processamento. Quando o conflito se verificar entre órgãos de primeiro grau, tramita perante o Tribunal, conforme as regras estipuladas nos arts. 951 e ss. Do CPC/2015. O conflito de competência pode ser: A) Positivo (dois ou mais juízes se declaram competentes); B) Negativo (dois ou mais juízes se consideram incompetentes, atribuindo um ao outro a competência); C) Quando entre dois ou mais juízes surge controvérsia sobre a reunião ou separação de processos: se um órgão jurisdicional determina a reunião de processos e contra esta o outro órgão se insurge, está-se diante de conflito positivo de competência (os dois juízos afirmam-se competentes); se, ao contrário, um órgão jurisdicional determina a separação de processos e outro, ao qual um dos feitos foi remetido, rejeita a competência que lhe foi atribuída, está-se diante de conflito negativo de competência (dois juízos renegam a competência).

[15] Athos Gusmão Carneiro (1925-2014) foi jurista brasileiro. Em 1967, tornou-se professor de Direito Processual Civil na Faculdade de Direito da UFRS. Concebeu a sistemática do agravo de instrumento de 1995, tendo apresentado do Primeiro Congresso Brasileiro do Direito Processual, alusivo aos dez anos de vida do CPC de 1973. Contribuiu para a bibliografia jurídica com obras notáveis intituladas como Intervenção de Terceiros, Audiência de Instrução e Julgamento, Jurisdição e Competência, o Novo Código de Processo Civil nos Tribunais do Rio Grande do Sul e Santa Catarina. Exerceu a advocacia até 1952. Depois foi aprovado em primeiro lugar no concurso para juiz de Direito no Rio Grande do Sul. Em 1977 foi promovido a Desembargador por merecimento, onde presidiu a primeira Câmara Cível até fevereiro de 1988. Em 1989 assumiu como Ministro do STJ e, como Ministro impôs dinamismo à Corte, capitaneando inovações no direito brasileiro. E, em 1991 foi nomeado integrante da Comissão de Reforma do Código de Processo Civil. Devido aos problemas

de saúde, aposentou-se precocemente do cargo de Ministro do STJ em 29.10.1993. Também integrou a Comissão de Reforma do Código de Processo Civil que resultou no CPC/2015.

[16] Exemplificou Athos Gusmão Carneiro sobre o cabimento de embargos de divergência contra regras de admissibilidade do recurso especial, discussão já aventada no STJ. *In verbis*: Dou exemplos: a possibilidade de o dissenso jurisprudencial ser comprovado mediante documento extraído de página de internet da própria Corte; a desnecessidade, quando notória a divergência, da indicação de repositório autorizado onde publicado o acórdão, ou de autenticação do acórdão, ou de juntada da sua cópia integral; a possibilidade de conhecimento do recurso especial quando o acórdão tenha fundamento constitucional e infraconstitucional, e não haja sido interposto o apelo extraordinário e, etc.

[17] Alexandre Freitas Câmara ainda sugere um terceiro gênero na classificação vertical da cognição, chamando-o de cognição superficial ou sumariíssima. Em casos, que não são muito frequentes, em que o juiz deve se limitar a uma análise perfunctória das alegações, sendo a atividade cognitiva ainda mais sumária do que a exercida na espécie que leva este nome.

[18] Flávio Cheim Jorge sobre o tema esclarece que o fator de diferenciação do juízo de admissibilidade e do juízo de mérito dos recursos é o grau de cognição exercido pelo órgão julgador. Então, não haverá julgamento caso a cognição tenha sido sumária e, o inverso, haverá julgamento caso seja conhecido concretamente o conteúdo do recurso, em cognição exauriente.

Oreste Nestor de Souza Laspro informa ainda que o julgamento se refere tanto às questões preliminares quanto às de mérito, de forma que, mesmo apenas enfrentando o juízo de admissibilidade, o julgador por certo julgará o recurso. O não conhecimento não se refere a não conhecer o recurso, mas não conhecer o mérito do recurso. Já para Bernardo Pimentel Souza, as questões sobre o juízo de admissibilidade ou de mérito não se diferenciam quando do cabimento dos embargos de divergência, sendo irrelevante qualquer tentativa de distinção. Não importa se o julgador não conheceu o recurso excepcional, ou conhecendo, deu ou não provimento à ele.

[19] A cognição pode ser analisada em duas direções: no sentido horizontal, quando a cognição pode ser plena ou parcial; e no sentido vertical, em que a cognição pode ser exauriente, sumária e superficial. No plano horizontal (extensão ou amplitude), a cognição tem por limite os

elementos objetivos do processo (trinômio: questões processuais, condições da ação e mérito). Nesse plano, como ensina Kazuo Watanabe, a cognição pode ser plena ou limitada (ou parcial), segundo a extensão permitida.

Será plena quando todos os elementos do trinômio que constitui o objeto da cognição estiverem submetidos à atividade cognitiva do juiz. É o que se dá, com maior frequência, no processo de conhecimento, com o que se garante que a sentença resolverá a questão submetida ao crivo do judiciário da forma mais completa possível. Limitada será, por outro lado, quando ocorrer alguma limitação ao espectro de abrangência da cognição, ou seja, quando algum dos elementos do trinômio for eliminado da atividade cognitiva do juiz.

[20] Kazuo Watanabe alude ao conceito de cognição, *in litteris*: "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.". Da Cognição no processo civil. Editora Revista dos Tribunais, 1987, p.41.

[21] No plano vertical, a cognição é exauriente ou superficial. A cognição exauriente baseia-se em aprofundado exame das alegações e provas, o que cria um juízo de certeza. Na cognição sumária, o juiz decide com base em juízo de probabilidade da existência do direito (análise do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*). É o que ocorrer nas decisões antecipatórias de tutela e nas sentenças cautelares. Seja qual for o ângulo cognitivo utilizado, a atividade cognitiva é voltada para a reconstrução do passado. O exame de provas e de alegações não tem outra finalidade que não essa. Enquanto o legislador seria um homem do futuro e o administrador um ser do presente, o juiz seria o homem do passado.

[22] No plano horizontal, a cognição é plena ou limitada. Na cognição plena, que é a regra, há a possibilidade de o juiz conhecer todas as questões suscitadas pelas partes. Na cognição limitada, o legislador não permite que o juiz conheça as matérias em plenitude. É o que ocorre no procedimento de desapropriação por necessidade pública, regido pelo

Decreto-lei n. 3.365, de 21 de junho de 1941. De acordo com o art. 20 desse diploma, “a contestação só poderá versar sobre vício do processo judicial ou impugnação do preço; qualquer outra questão deverá ser decidida por ação direta”. Da mesma forma, é limitada a cognição nos procedimentos especiais possessórios, pois não se pode conhecer de questão referente ao domínio formulada em defesa pelo réu (art. 1.210, § 2º, do Código Civil de 2002).

[23] 232. (art. 1.043, § 3º) Fica superado o enunciado 353 da súmula do STF após a entrada em vigor do [CPC](#) (“São incabíveis os embargos da Lei 623, de 19.02.49, com fundamento em divergência entre decisões da mesma turma do Supremo Tribunal Federal”). (Grupo: Recursos Extraordinários)

[24] Nessa linha, a jurisprudência historicamente sublinha que, “em caso de litisconsórcio entre dois corréus, o prazo deverá ser contado em dobro, mesmo que um deles seja revel, deixando de apresentar contestação”. Todavia, enquanto o réu revel não constituir procurador, deixará de incidir o art. 229, após o oferecimento da contestação, na linha do parágrafo primeiro deste dispositivo. Quanto ao ponto, aparentemente, o NCPC acolheu a orientação jurisprudencial pré-existente. Em relação às peculiaridades do procedimento instituído pelo art. 229, assinalam os Professores Rodrigo Mazzei e Tiago Figueiredo Gonçalves que o prazo em dobro deve ser observado independentemente de requerimento de um dos litisconsortes, afastando, com isso, a possibilidade de interpretação que condicione a contagem em dobro à postulação prévia de um dos interessados. Por outro lado, cria a exceção para a regra da contagem em dobro dos prazos, afastando sua incidência das hipóteses em que os procuradores distintos são vinculados a um mesmo escritório de advocacia.

[25] No âmbito recursal, há questões problemáticas. Um exemplo é o debate quanto à sua incidência quando apenas um litisconsorte possui interesse recursal. Incidirá no caso o dispositivo ou o prazo será simples?

A resposta passa pela análise dos hipotéticos efeitos da decisão e do interesse para dela recorrer. Se ela atingir ambos os litisconsortes, deve ser consagrado o prazo dobrado, ainda que apenas um deles venha a efetivamente impugná-la. Esta é a conclusão da jurisprudência majoritária. Entretanto, quando o interesse é de apenas uma das partes, não há sentido em se admitir a duplicação. A este respeito, foi editado o Enunciado nº 641 da súmula do Supremo Tribunal Federal, que limita o aproveitamento do prazo em dobro às situações nas quais a decisão haja

trazido sucumbência a todos os litisconsortes, pois “não se conta em dobro o prazo para recorrer, quando só um dos litisconsortes haja sucumbido”.

[26] O CPC/2015 implementou significativa alteração em relação ao CPC/1973, ao estabelecer, como regra, a ausência de efeito suspensivo *ope legis* dos recursos, nos termos do seu art. 995 CPC/2015: Os recursos não impedem a eficácia da decisão, salvo disposição legal ou decisão judicial em sentido diverso. Parágrafo único. A eficácia da decisão recorrida poderá ser suspensa por decisão do relator, se da imediata produção de seus efeitos houver risco de dano grave, de difícil ou impossível reparação, e ficar demonstrada a probabilidade de provimento do recurso. Frise-se: diferentemente do que ocorria com o CPC/1973, cuja regra geral era o efeito suspensivo dos recursos (art. 497), o novo diploma inova, estabelecendo que a interposição do recurso não tem o condão de impedir que a decisão impugnada surta efeitos imediatos, nos termos do art. 995 do CPC/2015.

[27] Ministério Público doravante denominado fiscal da ordem jurídica. No processo civil, o Ministério Público poderá atuar como: parte (como por exemplo: ação civil pública) ou fiscal da ordem jurídica (*custo legis*). Por mais que ao Ministério Público como instituição caiba dizer e justificar o motivo da sua intervenção no processo, não houve uma melhor qualificação do interesse público ou social como conceito. Ele continua constando de modo genérico e aberto, aguardando um preenchimento que pode se dar de modo exageradamente solipsista (Streck).

[28] O art. 10 do Código de Processo Civil (CPC) estabelece que "o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício". Trata-se de um desdobramento do *caput* art. 9º, também do CPC, que ordena ao Estado-juiz o seguinte: "não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida".

[29] Em outras palavras, os dispositivos consagram o princípio do contraditório previsto no inciso LV do art. 5º da Constituição Federal (CF/1988) ao dispor que "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes". Originariamente, o contraditório era resumido no binômio "informação-reação". Ou seja, todos têm o direito de saber que contra si foi

formulado um pedido de tutela jurisdicional e também de reagir a esse ato postulatório, sendo assegurada a ampla defesa ao longo de todo o processo. Com o tempo, começou-se a perceber que apenas assegurar o direito à informação relativa à prática de atos envolvendo o Estado no exercício da jurisdição e garantir formalmente o direito à defesa não era o suficiente. Também se tornou necessário que o juiz participasse efetivamente do processo judicial, assegurando que ambas as partes tivessem reais possibilidades de influir no resultado final da atividade jurisdicional. Isso significa que dizer que o juiz também é um destinatário do princípio do contraditório.

## **A SAÍDA TEMPORÁRIA AUTOMATIZADA SEGUNDO O ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES**

**JOÃO GABRIEL CARDOSO:** Advogado. Especialista em Direito Administrativo pela Faculdade de Ciências de Wenceslau Braz. Aprovado no concurso de provas e títulos para o cargo de Delegado de Polícia Civil de 1ª Classe do Estado do Ceará.

**Resumo:** O instituto da saída temporária automatizada tem rendido debates importantes no âmbito dos Tribunais Superiores, de modo que o presente artigo visa expor os argumentos favoráveis e desfavoráveis às teses já existentes.

**Palavras-chaves:** Saída Temporária. Calendário. Ressocialização.

**Abstract:** The institute of automated temporary exit has given important debates in the scope of the Superior Courts, so that the present article aims to expose the arguments favorable and unfavorable to the existing theses.

**Keywords:** Temporary exit. Calendar. Ressocialização.

---

### **Introdução**

A Lei de Execução Penal traz em seu texto legal benefícios ao condenado, dentre eles tem-se a autorização de saída, que é considerado como gênero. Este gênero se compõe de duas espécies, quais sejam: permissão de saída e saída temporária.

A permissão de saída, prevista no art. 120 da Lei, se aplica nos casos em que condenados que cumprem pena em regime fechado ou semiaberto e os presos provisórios podem obter permissão para sair do estabelecimento prisional, mediante escolta, quando ocorrer falecimento ou doença grave do cônjuge, companheira, ascendente, descendente ou irmão; ou em caso de necessidade de tratamento médico.

Por outro se tem a saída temporária que é o objeto deste artigo e que será analisado conforme o entendimento dos Tribunais Superiores.

### **1-Conceito de Saída Temporária**

A saída temporária é instituto que possui previsão na Lei de Execução Penal, especificamente em seu art. 122. A Lei traz um conceito taxativo do que se considera saída temporária, de modo que somente fará jus ao benefício o condenado que se encontra nas situações nela descritas. Diz o artigo em regência:

*Art. 122- Os condenados que cumprem pena em regime semi-aberto poderão obter autorização para saída temporária do estabelecimento, sem vigilância direta, nos seguintes casos:*

*I-visita à família;*

*II-frequência a curso supletivo profissionalizante, bem como de instrução do 2º grau ou superior, na Comarca do Juízo da Execução;*

*III-participação em atividades que concorram para o retorno ao convívio social.”*

### **2-Principais diferenças entre saída temporária e permissão de saída**

Na saída temporária, diferentemente da permissão de saída, não há vigilância direta. O preso poderá se afastar do estabelecimento prisional sem que haja escolta. No entanto, nada impede a utilização de equipamento de monitoração eletrônica pelo condenado, quando assim definir o juiz da execução[1].

Outro fator diferenciador da permissão de saída é que neste benefício quem concede a autorização de saída é o diretor do estabelecimento onde se encontra o preso[2]. Em contrapartida, na saída temporária somente quem concede a autorização é o juiz da execução por ato motivado, devendo ser ouvido o órgão ministerial e a administração penitenciária, somando-se à satisfação de determinados requisitos cumulativos, quais

sejam: comportamento adequado; cumprimento mínimo de 1/6 da pena, se o condenado for primário, e 1/4, se reincidente<sup>[3]</sup>.

### **3-A análise do art. 124 da Lei de Execução Penal**

A Lei de Execução Penal diz em seu art. 124, *ipsis litteris* que a *autorização será concedida por prazo não superior a 7 (sete) dias, podendo ser renovada por mais 4 (quatro) vezes durante o ano*. Neste caso, a lei possibilitou a saída temporária ao condenado 05 vezes ao ano. No entanto, questiona-se a possibilidade de concessão do benefício automaticamente, criando-se um calendário para que o juiz da execução não necessite realizar um despacho para cada vez que o condenado for gozar do benefício. Esse questionamento dá origem ao que se chama de **saída temporária automatizada**.

Segundo a posição do brilhante autor Renato Marcão:

*“Não é correto conceder em um mesmo despacho as 05 (cinco) autorizações possíveis ao longo do ano, pois o correto é que se avalie, a cada postulação da defesa, a concorrência dos requisitos legais exigidos. O preso pode ter bom comportamento na data da primeira postulação, mas deixar de se comportar bem posteriormente. Ademais, é preciso avaliar a real finalidade da saída e sua compatibilidade com os objetivos da pena” (p. 98, 2012).*

Veja-se que o argumento utilizado pelo autor é plausível, pois o comportamento do condenado pode se modificar a todo o momento, fazendo com que a decisão do juiz possa também mudar, conseqüentemente. Neste caso, o benefício está sujeito à cláusula do *rebus sic stantibus*, de modo que estando ausentes os requisitos legais o condenado passará a não fazer jus ao benefício.

### **3-Posição jurisprudencial sobre a saída temporária automatizada**

Na jurisprudência pátria a fixação de calendário da saída temporária conhecida como saída temporária automatizada rende debates profundos, de modo que o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal divergem ponto a ponto acerca do instituto. Vejamos os principais fundamentos:

### 3.1-Posição do Superior Tribunal de Justiça

Em consonância com o que diz o autor Renato Marcão, entende o Superior Tribunal de Justiça, inclusive em sede de entendimento sumulado, que não é possível a aplicação de calendário para a saída temporária.

Diz a súmula nº 520 que *o benefício da saída temporária no âmbito da execução penal é ato jurisdicional insuscetível de delegação à autoridade administrativa do estabelecimento prisional.*

Assim, segundo o entendimento deste Tribunal, o Juiz da execução quando decide em um único despacho todas as outras 04 (quatro) saídas temporárias que ocorrerão durante o ano, deixando o poder de decisão ao critério da administração penitenciária, pois esta é quem irá definir a situação do condenado nas demais saídas, ficando o Judiciário apenas acompanhando remotamente.

Neste sentido vale a pena destacar o que diz o REsp 1166251:

*“RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. EXECUÇÃO PENAL. CONCESSÃO DE SAÍDAS TEMPORÁRIAS. IMPOSSIBILIDADE DE DELEGAÇÃO DE FUNÇÃO JURISDICIONAL AO ADMINISTRADOR DO PRESÍDIO. LIMITE ESTABELECIDO EM 35 (TRINTA E CINCO) DIAS POR ANO. INTERPRETAÇÃO DO ART. 124 DA LEI DE EXECUÇÕES PENAIS EM CONSONÂNCIA COM O OBJETIVO DE REINTEGRAR GRADUALMENTE O CONDENADO À SOCIEDADE. LEGALIDADE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. DEVER DE OBSERVÂNCIA DO ART. 543-C, § 7.º, INCISOS I E II, DO CPC. 1. A autorização das saídas temporárias é ato jurisdicional da competência do Juízo das Execuções Penais, que deve ser motivada com a demonstração da conveniência de cada medida. 2. Não é possível delegar ao administrador do presídio a fiscalização sobre diversas saídas temporárias, autorizadas em única decisão, por se tratar de atribuição exclusiva do magistrado das execuções penais, sujeita à ação fiscalizadora do Parquet. 3. Respeita o limite imposto*

*na legislação federal a conjugação dos critérios preconizados no art. 124 da Lei de Execução Penal, para estabelecer limite máximo de saídas temporárias em 35 (trinta e cinco) dias anuais. 4. Em atenção ao princípio da ressocialização, a concessão de um maior número de saídas temporárias de menor duração, uma vez respeitado o limite de dias imposto na Lei de Execuções, alcança o objetivo de reintegrar gradualmente o condenado à sociedade. 5. Assim, deve ser afastada a concessão de saídas automatizadas, para que haja manifestação motivada do Juízo da Execução, com intervenção do Ministério Público, em cada saída temporária, ressalvando, nos termos do art. 124 da Lei de Execuções Penais, a legalidade da fixação do limite máximo de 35 (trinta e cinco) dias por ano. Jurisprudência do STJ reafirmada. 6. Recurso especial conhecido e provido, com determinação de expedição de ofício, com cópia do acórdão devidamente publicado, aos tribunais de segunda instância (art. 6º da Resolução STJ n.º 08, de 07/08/2008), com vistas ao cumprimento do disposto no art. 543-C, § 7º, do CPC, bem como à Presidência desta Corte Superior, para os fins previstos no art. 5º, inciso II, da aludida Resolução. (REsp 1166251, Relator(a): Min. LAURITA VAZ, Terceira Seção, julgado em 14/03/2012)”*

Os argumentos utilizados pelo Tribunal, além de ser pela vedação à delegação à administração penitenciária, baseia-se ainda no princípio da ressocialização. Este embasamento no princípio é interessante e faz sentido, pois a cada despacho autorizador o juiz da execução avaliará concretamente se a pena está surtindo o seu efeito ressocializador na vida do condenado.

### **3.2-Posição do Supremo Tribunal Federal**

Em contrapartida, na visão do Supremo Tribunal Federal o instituto é perfeitamente cabível, não violando a reserva de jurisdição em analisar a concessão do benefício. Para o Tribunal, um único ato do juiz pode analisar o histórico do sentenciado e fixar um calendário anual de saída

temporária, com a ressalva de que a autorização estará submetida à revisão em caso de eventual cometimento de transgressão disciplinar. Como dito acima, a análise é feita durante todo o período em que foi fixado o calendário, e não apenas no momento da concessão do primeiro benefício, obedecendo-se estritamente a conhecida cláusula *rebus sic stantibus*.

Sobre o tema, destaca-se o voto do Ministro Edson Fachin, que em rico debate ao julgar o HC 98067, diz o seguinte:

*“Noto que a Lei estipula que, em observância à individualização da execução penal, a saída deverá ser concedida mediante decisão judicial fundamentada, ouvido o Ministério Público e a unidade prisional, com as limitações próprias. Em nenhum momento exige-se que cada saída seja analisada em decisão única, tampouco que as ocorrências que circundaram um benefício devam ser expressas e previamente analisadas como condição da nova saída.*

*Enfatizo que não se trata de delegar a saída temporária ao estabelecimento prisional. O calendário de saídas é estabelecido pelo Juízo da Execução Penal. A implementação da saída, em última análise, constitui simples cumprimento da decisão jurisdicional. Não se verifica poder decisório ou margem de discricionariedade ou análise de mérito a ser empreendida pela administração prisional. Na minha ótica, a crítica não prospera”.*

No mesmo sentido do voto do eminente ministro, demonstra-se que a jurisprudência do Supremo é consolidada, possuindo outros precedentes sobre o tema. Vejam-se os seguintes julgados, sendo o primeiro o HC 98067 e o segundo o HC 128763:

*“PRESO - SAÍDAS TEMPORÁRIAS - CRIVO. Uma vez observada a forma alusiva à saída temporária - gênero -, manifestando-se os órgãos técnicos, o Ministério Público e o Juízo da Vara de Execuções, as subseqüentes mostram-se consectário legal, descabendo a burocratização a ponto de, a cada uma delas, no máximo*

de três temporárias, ter-se que formalizar novo processo. A primeira decisão, não vindo o preso a cometer falta grave, respalda as saídas posteriores. Interpretação teleológica da ordem jurídica em vigor consentânea com a organicidade do Direito e, mais do que isso, com princípio básico da República, a direcionar à preservação da dignidade do homem. (HC 98067, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 06/04/2010).”

“Habeas corpus. Direito Penal. Processo Penal. Execução penal. Saída temporária. Visita periódica à família. 2. Um único ato judicial que analisa o histórico do sentenciado e estabelece um calendário de saídas temporárias, com a expressa ressalva de que as autorizações poderão ser revistas em caso de cometimento de falta, é suficiente para fundamentar a saída mais próxima e as futuras. A decisão única permite participação suficiente do Ministério Público, que poderá falar sobre seu cabimento e, caso alterada a situação fática, pugnar por sua revisão. 3. Ameaça concreta de lesão ao direito do paciente. Dificuldades operacionais na Vara de Execuções Penais do Rio de Janeiro. Muito provavelmente, se cada condenado tiver que solicitar cada saída, muitas serão despachadas apenas após perderem o objeto. 4. Ordem concedida. Expedição do ofício ao Conselho Nacional de Justiça, ao Presidente do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro e à Corregedoria-Geral de Justiça do Rio de Janeiro, para que avaliem e tomem providências quanto à situação da execução penal no Estado do Rio de Janeiro. 5. Expedição de ofício ao Superior Tribunal de Justiça e à Procuradoria-Geral de Justiça do Rio de Janeiro, dando notícia do julgamento. (HC 128763, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 04/08/2015).”

Denota-se que o Supremo possui argumentos que visam a desburocratizar o instituto da saída temporária, evitando-se a sobrecarga

do Judiciário. E veja que não há inconsistência alguma nos julgados, porquanto em momento algum há delegação da autorização à autoridade administrativa do estabelecimento, visto que o Judiciário continuará tendo a reserva jurisdicional de decidir em conceder ou não o benefício. O que há, de fato, na visão do Tribunal, é uma contribuição da administração penitenciária, o que, inclusive, já é previsto no próprio art. 123 da Lei, quando diz que serão ouvidos o Ministério Público e a administração penitenciária.

### **Conclusão**

Do exposto, pode-se destacar que o instituto da saída temporária automatizada tem argumentos favoráveis e desfavoráveis, conforme apontado por ambos os Tribunais Superiores. Fatores como a ressocialização do preso e a desburocratização do Poder Judiciário podem ser utilizados como fatores preponderantes quanto à sua (in) admissibilidade, aquele servindo como fator desfavorável, e este como favorável à saída temporária automatizada. Assim, denota-se a importância do tema não apenas para fins práticos, mas também acadêmicos, que foi o principal objetivo deste trabalho.

### **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

1- HC 98067, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 06/04/2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611531>> Acesso em 30 ago, 2017.

2- HC 128763, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 04/08/2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/hc128763.pdf>> Acesso em 30 ago, 2017.

3- Lei de Execução Penal (LEP). Disponível em: . Acesso em: 30, ago, 2017;

4-MARCÃO, Renato. Execução penal./ Renato Marcão.-São Paulo: Saraiva, 2012.- (Coleção saberes do direito;9)1. Direito penal.-Brasil I. Título. II. Série;

5-REsp 1166251, Relator(a): Min. LAURITA VAZ, Terceira Seção, julgado em 14/03/2012. Disponível em: Acesso em 30 ago, 2017.

NOTAS:

[1] Art. 122, parágrafo único. A ausência de vigilância direta não impede a utilização de equipamento de monitoração eletrônica pelo condenado, quando assim determinar o juiz da execução.

[2] Art. 120, parágrafo único. A permissão de saída será concedida pelo diretor do estabelecimento onde se encontra o preso

[3] Art. 123. A autorização será concedida por ato motivado do Juiz da execução, ouvidos o Ministério Público e a administração penitenciária e dependerá da satisfação dos seguintes requisitos: I - comportamento adequado; II - cumprimento mínimo de 1/6 (um sexto) da pena, se o condenado for primário, e 1/4 (um quarto), se reincidente; III - compatibilidade do benefício com os objetivos da pena.

## O VOTO DIANTE DA PRISÃO CAUTELAR

**LESIMÔNIA SOARES COSTA:** Bacharelanda na Faculdade de Ciências Humanas e Sociais de Paripiranga - AGES.

**RESUMO:** O azo deste artigo é discorrer acerca da legalidade e controvérsias do voto ao preso cautelar. Neste trabalho, é grande valia, ressaltar que, as espécies de prisões sem-pena, como, cautelares (em flagrante, temporária, decorrente de sentença de pronúncia, preventiva, resultante de sentença condenatória recorrível e prisão preventiva *stricto sensu*) têm sua âncora, na própria Carta Magna de 1988.

**PALAVRAS-CHAVE:** legalidade; voto; procedimentos; prisão cautelar.

---

### 1 INTRODUÇÃO

O Princípio da legalidade ou da reserva legal é previsto sendo o mais importante instrumento constitucional de proteção individual do Estado Democrático de Direito com origem no século XVIII e diz respeito, à obediência às leis e, ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude da lei (art. 5º, II, C.F). Entretanto, uma lei nunca retroage, se não for para beneficiar o réu (*in bonam partem*), isso quer dizer que, uma nova lei, jamais poderá retroagir para punir alguém por um fato que, não era considerado crime anteriormente ou aumentar a pena daquele que foi condenado.

Outro princípio assaz é o constitucional da igualdade que elucida, o tratamento uniforme de todos. No entanto, não é um tratamento igual perante o direito, mas, de uma igualdade efetiva perante os bens porque essa igualdade nunca se realiza, pois, a vaidade dos homens impede-os de serem iguais sendo esse um ideal de igualdade somente substancial. Já, a igualdade formal consiste no direito de todo cidadão não ser desigualado por critérios expressos ou ainda não vedados pelo ordenamento. Nesse diapasão, cidadãos são indiciadas e muitas vezes presos por questões discriminatórias ou desiguais e nessa fonte também bebe o artigo 3º, IV da Constituição Federal com os objetivos fundamentais

da República Federativa do Brasil, tal qual, promover o bem de todos sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (grifos nossos).

Contudo, é preciso reforçar que o sufrágio é o direito do voto na República Federativa do Brasil e diz respeito, não a um só, mas, a todos cidadãos nacionais porque é direito fundamental, assegurado pelo texto constitucional (art. 1º, parágrafo único; 14, C.F e o preâmbulo). Portanto, a privação aos direitos políticos para quaisquer preso é inconstitucional, uma vez que, não está prevista a exclusão de direitos fundamentais da Constituição.

Todavia, só o preso provisório ou cautelar com sentença criminal transitada em julgado enquanto durarem seus efeitos pode votar e teste procedimento, inclusive, dificulta muito o direito de voto; o transitado em julgado ou condenado não pode. Assim, a cassação ou suspensão aos direitos políticos, dá-se, mediante: I – cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado; II – incapacidade civil absoluta; III – condenação criminal transitada em julgado enquanto durarem seus efeitos (art. 15, C.F).

Sendo assim, é preciso saber o significado de prisão para entendermos melhor o que é a privação de direitos políticos. Alguns doutrinadores asseveram que prisão é a privação do direito de ir e vir por motivos lícitos ou ordem judicial. Já, para outros é o ato da privação de liberdade de locomoção determinada por ordem escrita da autoridade competente ou caso de flagrante delito. No entanto, a incapacidade para o desempenho nesse trabalho judicial é uma espécie de imperícia que se manifesta através da ignorância ou por erro de técnica profissional, necessária, ao exercício da função.

Entretanto, os pressupostos de admissibilidade da medida cautelar são: o *fumus boni juris* e o *periculum in mora* (intolerável procrastinação dos atos de ofício, não justificada pelos fatos) e a incapacidade é a inaptidão revelada pelo desconhecimento de regra ou erro crasso. Com isso, o erro judiciário ocorre por equivocada apreciação dos fatos ou do Direito aplicável, o que leva o Juiz, a prolatar sentença, passível a revisão.

As ervas daninhas do judiciário, resultado da visão acanhada, não pode recair sobre os ombros dos cidadãos, sequer, a vasta diferença entre o que existe e o que seria razoável esperar do Estado como o direito de voto a todos os presos.

Percebe-se que, só se recorre ao Direito Penal, em ultima ratio, porque é o meio mais coercitivo de controle social e não aceita preencher lacunas da lei. Também, não admite analogias, princípios gerais e costumes. Não obstante, só pode fazer uso de analogias *in bonam partem* para beneficiar o réu em consonância com o princípio do devido processo legal. Faz-se mister ressaltar que, a corrente abolicionista radical sustenta que, a pena e o próprio direito penal possuem efeitos mais negativos que positivos; advoga, por isso mesmo, pela eliminação total de qualquer espécie de controle formal decorrente do delito, que deve dar lugar a outros modelos informais de solução de conflitos. Não podendo transformar-se em instrumento de repressão, à serviço dos governantes.

A sociedade, já conta com inúmeras formas não-penais de solução de conflitos (reparação civil, acordo, perdão, arbitragens) e pode desenvolver inúmeras outras até alcançar o desaparecimento do sistema punitivo estatal, abrindo, um convívio mais sadio e dinâmico, os caminhos de uma nova justiça. Nesse seguimento, Luigi Ferrajoli é a favor do direito penal mínimo, pois, é simpatizante das duas correntes doutrinárias: minimalismo radical e abolicionismo penal. Entretanto, denota-se que, atualmente, o Direito Penal continua rígido como na antiguidade por não prestigiarmos, aqueles, a quem devemos o nosso passado, pois, o direito à liberdade que é garantia constitucional com apogeu na Revolução Francesa pelos movimentos culturais, industriais e sociais não está sendo respeitado. Com isso, tem sua apreciação no Estado Democrático de Direito e, por essa razão, renunciar à liberdade é renunciar, às qualidades primárias do homem e aos direitos apoteóticos da humanidade inclusive expressos na Carta Maior. Portanto, para que privar o cidadão do seu direito de locomoção ou da sua liberdade de ir e vir.

Entretanto, medida cautelar é aquela que tem por escopo, impedir que, no curso do processo principal, possam ocorrer situações de risco marginal que inviabilizem, o resultado útil que se poderia esperar. O objeto

do processo cautelar será requerida ao juiz por petição escrita (art. 801, CPC), a qual conterà, a autoridade judiciária a quem é dirigida; a qualificação e domicílio do requerente e do requerido; a exposição sumária do direito ameaçado e o receio de lesão; as provas que serão produzidas; a lide e seu fundamento, sendo este último requisito exigível somente quando o processo cautelar der-se de forma preparatória (conforme parágrafo único do art. 801 do CPC). Deverá conter, ainda, o requerimento de citação do requerido, para que, no prazo de cinco dias, conteste o pedido, indicando as provas que pretende produzir.

A medida cautelar tem ainda função acautelatória e preventiva, não podendo, em regra, gerar efeitos satisfativos, sob pena de frustrar o contraditório e a apreciação final do mérito do processo. Da sentença cautelar cabe apelação (art. 513, CPC) sem efeito suspensivo (art. 520, inciso IV, CPC). Contra decisão que nega medida cautelar liminarmente ou no curso do processo cabe agravo de instrumento, dada a urgência de dano grave ou de difícil reparação (art. 522, CPC). As espécies de prisões cautelares são: em flagrante, temporária, decorrente de sentença de pronúncia, preventiva, resultante de sentença condenatória recorrível e prisão preventiva *stricto sensu*. Não obstante, é inadmissível que, pelo exposto, no conceito de prisão cautelar ou provisória, um cidadão nesta situação pode votar e outro, em prisão definitiva não possa, pois, são direitos do Estado Democrático de Direito: a legalidade, a igualdade, a liberdade e os direitos políticos.

## **2 METODOLOGIA**

A pesquisa utilizada neste trabalho mostrou que encontramos variantes na nossa Constituição sobre o princípio da legalidade, estando implícito em diversos artigos, mas, o mais importante é que é um princípio genérico valendo para todos. Contudo, podemos fazer de tudo, menos o que é proibido por lei. Repare na importância que a legislação tem na vida do Estado, pois, prontifica e estabelece como um juiz deve conduzir um processo ou proferir uma sentença ou ainda, o trâmite de um projeto de lei no legislativo e sua fiscalização.

Não obstante, a lei proíbe, mas, prevê os direitos dos cidadãos, assim sendo, não é só, o Direito que se separa de outras ciências, valendo-se do ponto da divisão do público e privado, bem como, as características e novos ramos do Direito enquadráveis. As leis consagram os avanços e necessidades sociais e, assim, orientam os interesses, preservando a vontade e aspirações do povo (PORTANOVA, 2003, p. 30).

No entanto, os materiais aqui arrolados ilustram que, ao consagrar necessidades sociais preservando as aspirações do povo podemos dizer que, democracia é o regime político em que todos os cidadãos participam igualmente, diretamente ou através de representantes eleitos na criação de leis, exercendo o poder de sufrágio universal. Isto abrange condições sociais, econômicas e culturais que permitem, o exercício igual na política, e portanto, todos podem votar.

No jogo se pode unir tensão, estratégia, táticas, alegria, dissabor, mudanças repentinas de posição, enfim, o jogo é a metáfora da vida. Daí, a pretensão de integrar o jogo no campo do processo penal. Robles, por sua vez; sustenta que o direito é comparável aos jogos; já que em ambos aparecem comportamentos de cooperação, competência, luta e conflito, em, que o resultado não depende somente da sorte, mas, da performance dos jogadores em face do Estado Juiz. (ROSA, 2014, p. 19).

Vale ressaltar que, os mecanismos e técnicas adotados denotam a necessidade de reivindicar no judiciário os objetivos do princípio da igualdade, pois, o caput do art. 5º da nossa Constituição Federal de 1988 reza que todos somos 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, igualdade, segurança e a propriedade. Isso implica em uma série de direitos subentendidos, contanto, podemos exigí-los mediante o jus puniendi do Estado Democrático de Direito. Só sabemos que esses direitos são realmente efetivos, caso venhamos a necessitarmos. Daí, saberemos se são ou não negligenciados pelo Estado.

Sandel (2012) afirma que, conceitos e teorias são alçadas diante da catástrofe, mas, a grande problemática incide no tipo moral de justiça a adotar. Descreve a justiça restrita às concepções de liberdade, bem-estar e virtude, cada uma analisada por filósofos clássicos e modernos. O azo consiste na construção de uma reflexão moral acerca de justiça tendo como escopo, a crítica por meio da razão.

Por isso, a inobservância de postulado pelo legislador, imporá ao ato estatal, a eiva de inconstitucionalidade. Portanto, o voto é um direito constitucional e principiológico, logo, de todos os presos. Portanto, as prisões cautelares ou provisórias são previstas para o direito de voto, mas, todo preso poderá votar com base no que vem expresso. Essa modalidade de prisão denominada cautelar está prevista e elencada no artigo 523 do C.P.P de onde se apregoa que, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, a prisão ficará limitada às seguintes modalidades: I – prisão em flagrante; II – prisão preventiva e III – prisão temporária.

### **3 RESULTADOS**

A análise do conteúdo e demonstrações indexadas, confirmam uma contradição e confronto com a Constituição, ou seja uma má atuação estatal, por vir à lume, a regra, em que os direitos políticos se mantenham em toda a sua plenitude, todavia, diante de um elenco de rol taxativo e constitucional. O cidadão pode ser privado de seus direitos políticos tanto de forma definitiva ou temporária, ou seja, igualmente, uma vez que vem expresso no princípio da igualdade que somos todos iguais perante à lei e essa é a contraposição.

Ainda, ao elencar possibilidades de privação dos direitos políticos, não se preocupou o legislador constituinte em diferenciar os casos em que tal privação seria temporária ou definitiva minunciosamente. Por isso e por outros postulados principiológicos, as hipóteses de perda ou suspensão de direitos políticos só poderiam ocorrer em função de sua natureza, forma e efeitos que isso viria acarretar na sociedade e não no Estado, detalhando tudo na legislação brasileira. Em suma, não está claro na lei quando se diz que só, o preso provisório é que pode votar excluindo o definitivo, pois, é *numerus clausus*, os presos condenados também exercerem seus

direitos políticos, uma vez que, é um princípio axiológico presente no ordenamento.

#### **4 CONCLUSÃO**

Algumas recomendações podem ser tiradas dessa pesquisa e a primeira é a responsabilidade do Estado pelos danos decorrentes do exercício da função jurisdicional e essa responsabilidade tem causa na ação do Juiz que age por negligência, imprudência ou imperícia, o que manifesta, a incapacidade para a função no erro judiciário e nos demais casos de mau funcionamento dos serviços da justiça. São inaceitáveis, as teses que justificam a irresponsabilidade no exercício da soberania, respeito é coisa julgada ou necessidade de preservação da independência do Juiz. Destarte, a independência do Juiz preserva-se, vedando a responsabilização por interpretação do direito ou fatos de acordo com o sistema.

A segunda recomendação a ser feita é que a legalidade é um princípio onde asoberba o que vem expresso, então, o preso definitivo não tem artigo detalhando que não poderá votar. Destarte, todo preso pode votar porque faz parte dos direitos políticos de todos cidadãos, o sufrágio universal, contanto, podem votar, provisórios e definitivos.

Entretanto, observou-se que, os presos cautelares ou provisórios, por terem medidas de procedimento *sui generis* e peculiares, são difíceis de exercerem seus direitos de voto mesmo estando expresso porque estão sempre no trânsito em julgado e está foi a conclusão desse trabalho.

#### **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

PORTANOVA, Rui. *Motivações Ideológicas da Sentença*. 5 ed. Porto Alegre. Ed. Livraria do Advogado, 2003

ROSA, Alexandre Morais da. *Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos Jogos*. 2º ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014

SANDEL, Michael J. *Justiça: O que é fazer a coisa certa*. De Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. 6ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012

SANTOS, José Wilson dos. *Manual dos Trabalhos Acadêmicos: Artigos, Ensaios, Fichamentos, Relatórios, Resumos e Resenhas*. Aracaju: Sercore, 2007

## PRISÃO PROCESSUAL E A EXECUÇÃO PROVISÓRIA

**BEATRIZ DIAS RIZZO:** Advogada Criminal; Ex-Procuradora do Estado; Coordenadora da Assistência Judiciária no Centro de Observação Criminológica; no presídio de Parelheiros; na Coordenadoria dos Distritos Policiais da Capital; e Mestre em Ciências Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Desde 2009, quando julgou o Habeas Corpus (HC) de número 84.078, o Supremo Tribunal Federal (STF) estabeleceu que a execução provisória de decisão condenatória criminal é inconstitucional, à luz do art. 5º LVII da Constituição Federal, segundo o qual “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Na prática, isso significa reconhecer que ninguém pode ser preso simplesmente porque houve uma decisão condenatória recorrível, seja de 1ª ou de 2ª instância.

Há alguns meses, porém, durante o julgamento do HC 126.292, o STF mudou seu entendimento e passou a admitir a prisão como consequência de uma decisão condenatória proferida ou confirmada em 2ª instância, ainda que recorrível.

A Constituição é clara em seu artigo 5º, LVII. Não havia, e não há, uma questão jurídica e constitucional a ser solucionada pelo HC 126.292. Esse dispositivo não precisava de nova interpretação. Não gera dúvida nenhuma. O problema era de conveniência, em razão de uma nova e pequena freguesia do nosso sistema prisional. De repente, o que está escancarado na Constituição, e valia desde o julgamento do HC 84.078, em 2009, tornou-se inconveniente.

Se a intenção do STF era oferecer alguma satisfação à sociedade, o Supremo não precisava passar por cima da Constituição. Bastaria que os ministros olhassem para a superpopulação carcerária brasileira.

Segundo o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) há no Brasil, hoje, 660 mil presos. Desses, 243 mil, ou 36,8%, são provisórios, ou seja, cidadãos e cidadãs que ainda não foram condenados em primeira

instância. E essa informação é incompleta. Falta saber quantos foram condenados e ainda estão recorrendo. E falta saber quantos têm condenação transitada em julgado e estão realmente cumprindo pena.

Certamente, o número de presos em flagrante ou que estão cumprindo prisão preventiva – antes, portanto, do julgamento em primeira instância – supera os 243 mil encarcerados provisórios. Frequentemente, esses cidadãos ficam presos até o trânsito em julgado da condenação e passam direto para o cumprimento da pena. Muitos cumprem pena antes do trânsito em julgado da condenação.

Ainda que seja possível e adequado rever nosso sistema de recursos, o problema não está nas leis. Os problemas são a lentidão e a ineficiência com que o Poder Judiciário conduz e gerencia seus processos.

É comum ouvir dos leigos que a demora nos processos é culpa dos advogados. Não é verdade. O advogado sempre cumpre os prazos processuais. A causa da lentidão é a má gestão judicial e cartorária. O que atrasa a tramitação é o tempo que o processo fica parado, seja no cartório, seja com os demais sujeitos da relação processual. A condução dos processos no Brasil segue a norma dos serviços públicos. Com raras exceções, a gestão pública é desestruturada e ineficiente.

A cadeia brasileiras sempre estiveram – e continuam – lotadas de presos processuais, aqueles que estão encarcerados antes de haver trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Foram presos em flagrante, tiveram prisão preventiva decretada, e a decisão foi mantida na sentença condenatória. Esses cidadãos estão presos indevidamente. Deveriam ser soltos imediatamente, e assim permanecerem até a decisão em 2ª instância. Ou então, o STF e os demais Tribunais deveriam conceder aos demais réus o mesmo tratamento dispensado aos tradicionais clientes da Justiça Criminal.

Quem conhece o sistema penitenciário e atua na execução penal sabe que a discussão sobre ser ou não cabível execução provisória é inócua. Está escrito no parágrafo único do art. 2º da Lei de Execução Penal (Lei nº7210/84) que o preso provisório tem os mesmos direitos do preso

condenado. Na prática, considerando que a esmagadora maioria dos réus responde preso ao processo inteiro, são os próprios réus e seus defensores que pedem pela execução provisória, para poder progredir de regime, para ganhar livramento condicional. Do contrário, dada a morosidade da Justiça brasileira, cumprem toda a pena ou boa parte dela em regime fechado, em violação ao direito, em excesso em execução.

Podemos discutir se nossas leis penais e processuais penais são boas ou ruins, se nossa lei de execução penal é adequada ou não, em termos de política criminal. Podemos discutir se a Constituição está certa ou errada ao definir que as pessoas só podem cumprir pena depois do trânsito em julgado da sentença condenatória. Mas não é possível aceitar a violação do sistema jurídico posto; não é possível aceitar esse afrouxar, apertar, torcer e contorcer das regras do jogo, conforme os humores da opinião pública e as convicções de cada julgador.

Se houver motivo processual, o cidadão pode ser preso em várias fases. Em flagrante, na fase de inquérito, em 1ª ou em 2ª instância, enquanto recorre aos tribunais superiores. Sem motivo processual (e estes motivos estão previstos no Código de Processo Penal), o cidadão brasileiro só pode ser preso após o trânsito em julgado de decisão condenatória.

Se houver motivo para prisão processual, e se essa se prolongar, como em geral se prolongam as prisões neste País, o preso tem direito a gozar dos institutos da Lei de Execução Penal. Ele tem direito à execução provisória; que é cumprir provisoriamente a pena fixada na 1ª ou na 2ª instância, e até o desfecho dos recursos nos tribunais superiores, para que não se agrave ainda mais o abuso decorrente da morosidade judiciária.

Dada a ordem jurídica vigente e considerando que cerca de 25% dos recursos criminais que chegam ao STF são acolhidos em favor dos réus, como afirmou o Ministro Celso de Mello, Decano do STF, durante o julgamento do HC 126.292, é inadmissível pensar que as pessoas possam ser presas automaticamente, simplesmente porque sobreveio decisão de 2ª instância. Isso é execução provisória ilegítima. Quem esteve livre durante todo o processo, sem um motivo legal que justifique a prisão

processual, livre deve permanecer até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

É também inadmissível deixar centenas de milhares de pessoas presas durante todo o processo e achar que o problema apareceu agora, com a prisão dos réus mais favorecidos e que em geral respondem soltos ao processo.

A Justiça criminal é tendencialmente seletiva. É o espelho mais incômodo da sociedade. Quanto mais conflitiva e menos igualitária a sociedade, mais seletivos são a Justiça Criminal e o sistema prisional a ela atrelado. As cadeias brasileiras, adequadamente descritas como medievais por um ex-ministro da Justiça, estão abarrotadas de pessoas pobres. Ainda que sejam culpadas, ou que assim venham a ser declaradas, elas sofrem constrangimento ilegal decorrente do prolongado encarceramento cautelar, preventivo, processual.

A pretensão de lotar ainda mais o sistema penitenciário brasileiro, que já têm um déficit de 260.000 vagas, é uma escolha no mínimo ingênua, em termos de política criminal. E é também inconstitucional.

## A LITISPENDÊNCIA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

**JOÃO PAULO SANTOS BORBA:** Advogado da União. Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco. Pós-Graduado em Direito Civil e em Direito Público. Pós-Graduando em Direito Público pela Universidade de Brasília.

**RESUMO:** O presente estudo versa sobre a litispendência administrativa quando ocorre a apuração simultânea do mesmo fato em processos administrativos disciplinares distintos. Inicialmente, é apresentada uma breve exposição sobre o quantitativo aproximado de servidores públicos civis ativos no Poder Executivo Federal, assim como o quantitativo de penalidades expulsivas aplicadas no período de 2003 a 2017, demonstrando a relevância da persecução disciplinar. Em seguida, apresenta-se o conceito de processo administrativo disciplinar e a possibilidade da configuração de litispendência. Posteriormente, é abordada a necessidade de observância do princípio do *non (ne) bis idem*. Por fim, é apresentada conclusão no sentido de que é necessária a criação de mecanismos pela Administração Pública Federal para obstar a apuração do mesmo fato de forma repetitiva em processos administrativos disciplinares distintos.

Palavras-chave: Processo Administrativo Disciplinar. Configuração da litispendência administrativa. Princípio do *non (ne) bis in idem*. Vedação pelo ordenamento jurídico pátrio.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. Litispendência administrativa; 3. Princípio do *non (ne) bis idem*; 4. Considerações finais.

---

### INTRODUÇÃO

De acordo com as informações existentes no sítio eletrônico do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, existem aproximadamente um milhão e duzentos mil servidores públicos civis ativos no âmbito do Poder Executivo Federal<sup>[1]</sup>.

Em razão do expressivo quantitativo de agentes públicos federais é uma constante a apuração de condutas relacionadas ao descumprimento do disposto na Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, que dispõe sobre

o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais.

Os dados extraídos no sítio eletrônico do Ministério da Transparência e da Controladoria-Geral da União revelam que no período de 2003 a 2017 foram aplicadas seis mil, quatrocentos e vinte e três punições expulsivas apenas no Poder Executivo Federal<sup>[2]</sup>.

A aplicação das penalidades disciplinares expulsivas (demissão, cassação de aposentadoria e destituição de cargo comissionado) e das punições de advertência e de suspensão pressupõe a prévia instauração de processo administrativo disciplinar, sendo certa a relevância do referido instrumento de apuração.

Deste modo, a observância do princípio do *non (ne) bis idem*, perspectiva processual, no curso do processo administrativo disciplinar possui relevância singular, visto que traduz a vedação da instauração de mais um processo para investigar o mesmo fato (litispêndência administrativa).

## **LITISPENDÊNCIA ADMINISTRATIVA**

Como é consabido, o processo administrativo disciplinar pode ser compreendido como o instrumento de que dispõe a autoridade administrativa para apurar a responsabilidade de servidor por infração praticada no exercício de suas atribuições, ou que tenha relação com as atribuições do cargo em que se encontre investido, consoante o disposto no art. 148 da Lei nº 8.112, de 1990, *in verbis*:

Art. 148. O processo disciplinar é o instrumento destinado a apurar responsabilidade de servidor por infração praticada no exercício de suas atribuições, ou que tenha relação com as atribuições do cargo em que se encontre investido.

Os ensinamentos doutrinários abaixo transcritos definem o processo administrativo disciplinar nos seguintes termos, *in verbis*:

Daí que, em razão de que aos acusados em processo administrativo são asseguradas as garantias do contraditório e da ampla defesa e de que os servidores não poderão sofrer punições senão por intermédio do devido processo legal (art. 5º, LIV, Carta Magna de 1988), surge a figura do processo administrativo disciplinar como o meio que o Estado deve observar para exercer seu direito de punir, obedecendo-se a um rito e a princípios jurídicos.

(CARVALHO, Antônio Carlos Alencar. Manual de processo administrativo disciplinar e sindicância: à luz da jurisprudência dos Tribunais e da casuística da Administração Pública. 5. ed. rev. atual. e aum. Belo Horizonte. Fórum, 2016.)

O meio hábil à apuração de faltas disciplinares, violação de deveres funcionais e imposição de sanções aos servidores. A obrigatoriedade do processo disciplinar é estabelecida no regime jurídico a que estiver sujeito o agente público, sendo-o usualmente para a apuração das infrações mais graves e que estão sujeitas à imposição de demissão, suspensão dentre outras.

(ROSA, Márcio Fernando Elias. Direito administrativo, v. 19. 8.ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.)

**SENTIDO E FUNDAMENTO** - Processo administrativo disciplinar é o instrumento formal através do qual a Administração apura a existência de infrações praticadas por seus servidores e, se for o caso, aplica as sanções adequadas.

(...)

**OBJETO** – O objeto do processo administrativo disciplinar é a averiguação da existência de alguma

infração funcional por parte dos servidores públicos, qualquer que seja o nível de gravidade.

Não nos parece correta a afirmação segundo a qual o processo administrativo “é o meio de apuração e punição de faltas graves dos servidores públicos”. O processo serve tanto para as faltas graves como para as leves, pois que é preciso considerar que a apuração é que vai levar à conclusão sobre a maior ou menor gravidade da falta.

(CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 23<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.)

## II-PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

### 1. Conceito

Dentre os processos administrativos de punição merece tratamento separado o que, na prática, é chamado de processo administrativo disciplinar. O destaque tem fundamento no fato de ser grandemente utilizado pela Administração Pública na apuração de falta e punição dos agentes públicos, na sua necessária utilização para a demissão de servidor estável e na peculiaridade que encerra. É também chamado de processo disciplinar e de inquérito administrativo, sendo esta denominação a mais imprópria, posto que nada tem de inquisitório. Assim, a semelhança que se quer estabelecer com o inquérito policial, cuja essência é inquisitorial, é improcedente. Não obstante esse entendimento, a Lei do Regime Jurídico Único dos Servidores Federais – Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990 – denomina uma das fases desse processo “inquérito administrativo” (at. 151), que compreende a instrução, defesa e relatório. Pode ser conceituado como o instrumento formal, instaurado pela Administração

Pública, para a apuração das infrações e aplicação das penas correspondentes aos servidores, seus autores. Citada lei, no seu art. 148, define o processo disciplinar como “o instrumento destinado a apurar responsabilidade de servidor por infração praticada no exercício de suas atribuições, ou que tenha relação com as atribuições do cargo em que se encontra investido.

(GASPARINI, Diógenes. Direito administrativo. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.)

Após a apresentação dos conceitos doutrinários acima transcritos, cumpre aduzir que, não raro, a Administração Pública Federal instaura processo administrativo disciplinar em duplicidade com o objetivo de apurar o mesmo fato.

A título de exemplo e com a finalidade de corroborar a assertiva acima produzida, vale lembrar a averiguação de infração funcional quando o servidor público está cedido a outro órgão.

Na situação acima narrada, existe julgado do Superior Tribunal de Justiça - STJ no sentido de que o processo administrativo disciplinar deve ser instaurado preferencialmente no órgão em que a irregularidade administrativa ocorreu, *in verbis*:

MANDADO DE SEGURANÇA PROCEDIMENTO  
ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR.

SERVIDOR EFETIVO CEDIDO FASES  
COMPETÊNCIA. CISAÇÃO. POSSIBILIDADE.

INSTAURAÇÃO E APURAÇÃO PELO ÓRGÃO  
CESSIONÁRIO. JULGAMENTO E EVENTUAL  
APLICAÇÃO DE SANÇÃO PELO ÓRGÃO  
CEDENTE.

1. A instauração de processo disciplinar contra  
servidor efetivo cedido deve dar-se,

preferencialmente, no órgão em que tenha sido praticada a suposta irregularidade. Contudo, o julgamento e a eventual aplicação de sanção só podem ocorrer no órgão ao qual o servidor efetivo estiver vinculado.

## 2. Ordem concedida.

(MS 21.991/DF, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, Rel. p/ Acórdão Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, CORTE ESPECIAL, julgado em 16/11/2016, DJe 03/03/2017)

Depreende-se da leitura da ementa do julgado do STJ que a persecução disciplinar pode ocorrer no órgão de origem ou no órgão em que o servidor esteja exercendo as funções, devendo ocorrer preferencialmente nesse último.

Assim, é factível afirmar, dentre outras hipóteses, quando o processo administrativo disciplinar foi instaurado tanto no órgão de origem quanto no órgão em que o servidor cedido encontra-se exercendo suas funções, resta configurada a litispendência administrativa.

O instituto da litispendência significa pendência de processo, sendo certo que o sistema jurídico pátrio, quer seja na seara judicial ou administrativa, não admite que haja uma ilegítima duplicação de atividades processuais em torno do mesmo objeto<sup>[3]</sup>.

Em razão da omissão da Lei nº 8.112, de 1990, e considerando que a Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, que institui o Código de Processo Civil – CPC, é aplicado supletiva e subsidiariamente ao processo administrativo (art. 15), cumpre reproduzir o seguinte disposto legal que permite a compreensão da litispendência, *in verbis*:

Art. 337.

3º Há litispendência quando se repete ação que está em curso.

Deste modo, é possível definir a litispendência administrativa na seara disciplinar quando a Administração Pública Federal instaura dois ou mais processos administrativos para apurar conduta de servidor público relacionada ao mesmo fato.

### **PRINCÍPIO DO *NON (NE) BIS IN IDEM***

À luz do princípio do *non (ne) bis in idem*, na perspectiva processual, pode-se também afirmar que o mesmo fato imputado a servidor público não pode ser objeto de mais de uma persecução disciplinar simultânea.

Os ensinamentos doutrinários abaixo transcritos esclarecem o seguinte sobre o princípio do *non (ne) bis in idem*, *in litteris*:

“A expressão *non bis in idem* encerra um princípio geral tradicional do Direito com um duplo significado: por um lado, a sua aplicação impede que uma pessoa seja sancionada ou punida duas vezes pela mesma infração (vertente material), **por outro, é um princípio processual em virtude do qual um mesmo facto não pode ser objecto de dois processos diferentes.**”

Insta advertir que a apuração de fatos distintos em feitos separados não configura *bis in idem*, segundo o Superior Tribunal de Justiça. O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, contudo, afasta a duplicidade de punição quando se trata de sanções decorrentes de fatos distintos. (CARVALHO, Antonio Carlos Alencar. Manual de processo administrativo disciplinar e sindicância: à luz da jurisprudência dos Tribunais e da casuística da Administração Pública. 5. ed. rev. atual. e aum. Belo Horizonte: Fórum, 2016.)

#### 4. Princípio do *non bis in idem*

O princípio do *non bis in idem* é princípio geral do Direito, que se aplica a todos os ramos jurídicos, tanto

no sentido processual como no material, **e veda, no exercício da mesma competência, a instauração de mais de um processo para apurar, processar e julgar o(s) mesmo(s) sujeito(s), pelo(s) mesmo(s) fato(s) e mesmo(s) fundamento(s) e a aplicação, mais de uma vez, da mesma sanção.**

Por força do princípio do non bis in idem, uma vez instaurado pelo Poder Público, no exercício da função administrativa, processo administrativo disciplinar contra determinado agente público para apurar fato em tese antijurídico, com fundamento determinado, notificado ou citado (conforme dispuser o estatuto do ente federado) o acusado, estando o processo em andamento, não pode ser iniciado novo processo pelo mesmo titular do poder disciplinar, nem mesmo sindicância, com identidade de sujeito, fato e fundamento. Duplicidade processual denominada litispendência, que impõe a extinção do segundo processo administrativo ou mesmo sindicância, ou qualquer outro procedimento de investigação que o valha. Concluído o processo administrativo disciplinar (PAD), pela absolvição ou pela condenação, opera-se a coisa julgada administrativa. Ficam impedidas a instauração de novo processo e a aplicação de qualquer outra nova sanção. Neste segundo caso, o STF emitiu a Súmula 19: "É inadmissível segunda punição de servidor público, baseada no mesmo processo em que se fundou a primeira", sistemática que incide inteiramente no processo de cassação de mandato eletivo (impeachment). (ENÂNCIO, Denilson Marcondes. *Non bis in idem* e as sanções administrativas, por improbidade e penal. *Revista Trimestral de Direito Público – RTDP*, Belo Horizonte, n. 61, 2015. Disponível em: )

É forçoso afirmar que a instauração de dois ou mais processos administrativos para apurar a conduta de servidor público pelo mesmo fato implica litispendência administrativa e configura inobservância do princípio do *non (ne) bis in idem*, na sua vertente processual, podendo ensejar insegurança jurídica em razão de eventuais decisões administrativas díspares sobre a mesma matéria.

### **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Ante os argumentos acima articulados, afigura-se a litispendência administrativa quando ocorre a instauração de processos administrativos disciplinares para apurar simultaneamente a mesma conduta imputada a servidor público.

É imperioso destacar, também, que a litispendência administrativa implica inobservância do princípio do *non (ne) bis in idem*, sendo certo que o referido postulado, na sua vertente processual, obsta a investigação simultânea e em duplicidade do mesmo fato.

Face ao exposto e considerando a relevância da matéria, compete ao órgão correccional da Administração Pública Federal criar mecanismos para identificar a configuração da litispendência administrativa, garantindo a observância ao princípio da segurança jurídica e eficiência na medida em que evita a prolação de decisões díspares na persecução disciplinar e impede o dispêndio financeiro advindo da constituição de outra comissão de apuração com o mesmo objetivo.

### **REFERÊNCIAS:**

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em:< [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>.

BRASIL. Lei n. 8.112, 11 de dezembro de 1990. Disponível em:< [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8112cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8112cons.htm)>.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>.

CARVALHO, Antônio Carlos Alencar. Manual de processo administrativo disciplinar e sindicância: à luz da jurisprudência dos Tribunais e da casuística da Administração Pública. 5. ed. rev. atual. Belo Horizonte. Fórum, 2016.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 23<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

ENÂNCIO, Denilson Marcondes. Non bis in idem e as sanções administrativas, por improbidade e penal. Revista Trimestral de Direito Público – RTDP, Belo Horizonte, n. 61, 2015

GASPARINI, Diógenes. Direito administrativo. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.)

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, São Paulo: Malheiros, 2009.

NOTAS:

[1] Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/assuntos/gestao-publica/arquivos-e-publicacoes/BEP>.

[2] Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/assuntos/atividade-disciplinar/relatorios-de-punicoes-expulsivas/arquivos/punicoes-junho-2017-estatutarios.pdf>

[3] CÂMARA, Alexandre Freitas. O novo processo civil brasileiro. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

## A FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

**LESIMÔNIA SOARES COSTA:** Bacharelanda na Faculdade de Ciências Humanas e Sociais de Paripiranga - AGES.

**RESUMO:** O presente artigo tem a função de redimensionar o significado de Direito Agrário e Urbanístico enfatizando os princípios especialmente o da função social da propriedade que visa o bem comum da sociedade rural com o intuito de aumentar os bens e produções por intermédio de leis e normas, as quais tem como objeto, ao atividade agrária. Tal realidade diz respeito ao fato de observar assentamentos no nordeste da Bahia e centro sul de Sergipe.

**PALAVRAS-CHAVE:** propriedade; função; rural; social; assentamentos.

---

### 1 INTRODUÇÃO

Este trabalho é uma pesquisa do Direito Processual e propõe elucidar os signos da exclusão, processo, solução e hermenêutica priorizando a dignidade humana sob a égide da legislação no encontro da “paz social”, pois, quando nossos direitos são violados encontramos a salvaguarda na estrutura do Estado, porém há um grande problema na legiferação, proporção das leis e acesso à justiça. Na antiguidade, o sincretismo suscitou na fusão de leis onde o processo apenas era meio de conduzir o Direito e após o absolutismo, o processo constitucional se arrastou com as leis ditadas pelo juiz-imperador e foi no século XVIII que o povo, cansado das manobras e abusos, reivindicou o “Estado de Direito”, fazendo brotar o Estado contemporâneo, poder público Justo e Direito objetivo, porém, Direito Justo não é aquele estabelecido por presidentes ou monarcas, a justiça é distinta do Direito.

Na visão contemporânea, as liberdades públicas são o núcleo dos direitos fundamentais se agregando nos direitos econômicos, sociais e da solidariedade e, com isso, o Direito Justo não pode está na mão do homem, o legislador humano apenas declara a lei, mas nunca a legifera porque tal empreitada pertence a sociedade aberta dos intérpretes. Tal sociedade é aquela que, se deixa invadir por ideias e debates, além de ter a interpretação dos juízes como relevante, mas não como a única, o povo

deve participar do processo legislativo como pontifica a obra *Hermenêutica Constitucional* de Peter Haberle.

Nesse diapasão, as liberdades públicas são poderes íntegros, reconhecidos e protegidos pela ordem jurídica e as garantias são direitos fundamentais em sentido restrito e visam prevenir violação de um direito a recorrer ao judiciário, de impor habeas corpus, mandato de segurança. É fundamental, “o direito de recorrer ao judiciário” e deve ser assegurado pelo Estado uma vez que o cidadão se propõe a solucionar um conflito por meio de mediação, arbitragem, autocomposição e conciliação endo ou extraprocessual. A proteção dos direitos fundamentais é confiada ao judiciário que retifica as falhas do administrador e a lei de freios e contrapesos fiscaliza a função típica e atípica de cada poder, pois o poder legislativo viola nos direitos fundamentais ao cometer excessos e o poder executivo, administrador público tem papel de vilão nos direitos fundamentais e abusos são comumente vistos, atualmente pelo “Mensalão”, Senado e daí, o sistema recorre ao judiciário para corrigir as violações.

## **2. GARANTIAS DA PROPRIEDADE NO ESTADO DEMOCRÁTICO**

Apesar do constitucionalismo assegurar direitos e garantias fundamentais, uma gama de processo chega aos tribunais porque a nossa Teoria de interpretação Constitucional é lenta, antiga, fechada, formal, dos juízes e questões materiais sequer chegam à Corte. Porém, para ser eficaz, o juiz Constitucional não pode interpretar sozinho, todas as forças pluralistas são potencialmente intérpretes ou partícipes da Democracia. O “processo constitucional” faz com que o controle de constitucionalidade, garanta o respeito à legitimidade dos órgãos que compõem a Constituição, verificando a conformidade das normas jurídicas com o texto constitucional. Por isso, Joaquim Barbosa, relator, presidente do Supremo Tribunal Federal desvendou réus do processo do mensalão, condenando-os na ação penal nº 470 pelo esquema na compra de votos dos parlamentares e corrupção do governo Luís Inácio Lula da Silva de onde ressurge, mais vez, infinidade de processos, ressaltando-se, os interesses privados sobre os públicos, indignidade à população eleitora e ainda vulnerável.

Nesse ínterim, o povo precisa de auxílio do judiciário, urlando pelo direito à justiça e igualdade contra todo tipo de discriminação. Assim sendo, desde a pré-história, essa luta pela sobrevivência foi vivida por deficientes, coisificados associando-os à heresia, castigos e obsessão por parte do Clero. Segundo Maciel (2011) na antiguidade existia a prática de eliminação de pessoas com deficiência num mercado especial onde comprava-se: homens sem braços e sem pernas, anões, gigantes, hermafroditas. Sob esse prisma, as cegas eram abandonadas em prostíbulos e anões em circos para entretenimento dos expectadores. Desse modo, exclusão existe e sempre existirá. Á propósito, isso vem desmistificar cotas dos pobres, indígenas, faixas etárias, homoafetivos, coxos, corcundas, cegos, deficientes mental e físico. Consoante Maciel (2011) enfermos eram abandonados e crianças deformadas eram mortas por ordem do juiz de Esparta, pois, todo deficiente era castigo de Deus por problemas espirituais ou de ascendência. As leis romanas e XII tábuas não eram favoráveis ao deficiente e pais podiam matar seus filhos por imersão ou assassiná-los. Mas, foi na fase autonomista que surgiu o Estado Democrático de Direito para reconhecer esses direitos considerados sociais do deficiente para daí, garantir seu lugar no mercado de trabalho.

De forma casuística, isso foi um legado para o processo, o reconhecimento dos direitos sociais e de segunda geração para o trabalhador, dando aí, início a fase conceitual. Hoje, a CLT enumera uma série de “processos trabalhistas” reivindicando assim, a vida laboral e digna ao trabalhador. A solenidade é que dá força as convenções, por isso o rito, sacramento era fielmente cumprido na antiguidade e os acordos tinham natureza e rigor tácitos. Na lei das XII tábuas palavras pronunciadas entoavam cerimônias e pactos. No direito romano, os atos jurídicos tinham o caráter sacramental. De acordo com Rousseau e Thomas Hobbes, o homem em seu estado de natureza é ilegal e imoral, pois para os contratualistas, a essência humana não é séria e precisa de ordem. Em 1762, o ato moderno e precursor de Jean Jackes Rousseau continua até nossos dias e o contrato oferece à sociedade, segurança ao patrimônio e defesa dos próprios interesses sem necessitar de processos.

“O contrato é, antes de tudo, um fenômeno econômico e não uma criação do Direito” (JUNIOR, 2004, p. 97). Com o desenrolar do tempo, o contrato, *contractus* tomou tipologias diferentes e hoje é instrumento de extrema importância da função social e para o Direito evitando o uso nas cláusulas abusivas e um crescente número de processos nos tribunais. O contrato deve refletir os fundamentos do Estado Democrático de Direito, limitando-se ao dirigismo que só assegura no cumprimento das obrigações (ROBOREDO, 2011). O código civil vem assegurar direitos sem mascarar inadimplentes e a hermenêutica é instaurada no “processo civil” e o juiz se dirige às exigências do bem comum, respeitando a lei, costumes e a constituição, observa a boa fé objetiva, as cláusulas preestabelecidas, pois o contrato cumprido realiza sua função social, daí o juiz dá a sentença. Poucos institutos resistiram ao tempo, mas o contrato nasceu da realidade econômica, desenvolveu-se, sobreviveu e proporcionou riquezas à sociedade.

### **3. GLOBALIZAÇÃO FRENTE AOS PROBLEMAS DA PROPRIEDADE**

“A verdade na globalização neoliberal, aumentou, onde o número de delitos são praticados contra a propriedade, ou seja, patrimônio das pessoas” (SANTANA, 2008, P. 24). Por isso, isso afeta os problemas econômicos gerando a pobreza, crimes, violência, desigualdade e, na sequência, a prisão por tortura. O primeiro estágio da tortura veio com os gregos e romanos que empregavam a crucificação, fogo e fome para a confissão dos delitos através de tortura. No segundo estágio, a Santa Inquisição com seus crimes inquisitoriais e pedofílias, institucionalizou a tortura para punir hereges depois que foi publicizada, a obra de Beccaria, “*dei delitti e dellePenne*”. Nesse sentido, nessa fase, a tortura perdeu seu poder mesmo hoje empregada nos presídios. Atualmente, nas redes sociais e da internet denuncia-se, a violência de grupos skinhands, homofóbicos, arianos que, ao matar consideram as pessoas como umas excluídas. Já, na fase contemporânea e instrumental, os criminosos pobres morrem nos cárceres depois de acometidos por torturas de autoridades pelo exercício irregular do Direito e uso arbitrário das funções visto em episódios “Candelária e Carandiru”.

Presidiários pobres não tem como pagar suas custas judiciais e suas chances de reivindicar diminuem. Faz-se mister, apoio e assistência jurídica gratuita, pois, o Direito de recorrer à justiça é fundamental de todos (CAPELLETTI, 1988). Com a desestruturação familiar não só adultos como crianças ingressam no mundo do crime e a desigualdade social é o grande vilão da criminalidade em últimas décadas. Por isso, na decorrência do processo de modernização do século XIX, o inchaço populacional povoou os grandes centros gerando, a marginalidade e os homicídios. De acordo com Edilson Santana (2008 apud Beccaria 2004), a desigualdade social cresce e presos pagam penas maiores e desproporcionais aos seus crimes. Consoante Santana (2008), Beccaria delatou o sistema penal italiano onde as torturas chefiadas pelo poder público, abusava das penas, da pena capital, com falsas acusações, impunidade, crime-lesa majestade, delito de súditos e penas comandada pela igreja por um Deus misericordioso que lavava as mãos de sangue, revelando as falhas do sistema carcerário. Desse modo, no Brasil aplica-se a lei da tortura n° 9.455/97 onde o silêncio e a impunidade imperam até hoje (SANTANA, 2008). Assim, as leis penais são comparadas no tempo revelando em épocas diferentes os mesmos conflitos nas leis que continuam, ineficazes com processos lentos.

#### 4. CONCLUSÃO

Na situação atual, o processo precisa de reforma e exige-se um estudo crítico em todo aparelho judicial porque uma Constituição bem elaborada leva a sério suas leis e princípios, disponíveis para todos e de forma igualitária, pois o mesmo que pratica hoje um crime foi antes, integrante da sociedade que agora, rejeita-o e exclui-o, pois Deus perdoa, mas a sociedade jamais esquece uma transgressão. Então, os direitos fundamentais devem ser potencializados e mudanças urgentes devem ser feitas no acesso à justiça tais como: desenvolver planos de convênio de assistência jurídica, modernizar procedimentos, métodos alternativos para as causas, procedimentos especiais para pequenas causas, mudanças nos métodos de prestação de serviços, tribunais especiais para consumidores, tribunais de vizinhança entre outros sendo que a operacionalização de reformas aponta perigos no *common law* e *civil Law*. O grande problema

do acesso à justiça está na diferença pecuniária entre os litigantes e a lei que se mantém alheia aos problemas civis que mais precisam de atenção.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CAPELLETTI, Mauro. *Acesso à justiça*. tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Fabris, 1988

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *direitos humanos fundamentais*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2008

MACIEL, Álvaro dos Santos. *A inclusão da pessoa com deficiência no mercado de trabalho: uma análise jurídica sob um enfoque histórico, filosófico e sociológico*. São Paulo: 2011

ROBOREDO, Alda Regina Revoredo. *A função social dos contratos e as cláusulas abusivas*: São Paulo, 2007

SANTANA, Edilson. *Crime e castigo*. ed. DPL.golden books. São Paulo: 2008

## DIREITO AO ESQUECIMENTO VERSUS DIREITO À INFORMAÇÃO

**ALESSANDRO MENEZES ORICO:** Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Cândido Mendes - UCAM. Especialista em Direito Ambiental. Graduado em Direito pela Universidade Tiradentes - UNIT. Advogado.

**RESUMO:** Esse estudo tem como objetivo abordar sobre o Direito do Esquecimento e o Direito à informação, considerando que um acaba indo em desencontro com o outro. Para compreender esse caso, essa pesquisa evidenciou os dois tipos de Direito discutindo-os individualmente e considerando a cada um conforme exposto pela lei brasileira e também considerando algumas informações importantes da legislação internacional. Para realização do estudo utilizou-se de pesquisa bibliográfica buscando em diferentes Bancos de Dados jurídicos artigos e publicações sobre o tema.

**Palavras-Chave:** Direito ao Esquecimento. Direito à Informação. Legislação Brasileira.

---

### INTRODUÇÃO

No que poderia ser um caso histórico para a privacidade da internet, um tribunal europeu decidiu que a Google deve alterar alguns dos resultados da pesquisa em um acórdão consultivo decorrente de um caso espanhol.

O caso de teste foi visto como um teste importante do "direito a ser esquecido". Foi trazido por um homem espanhol, Mario Costeja González, depois que ele não conseguiu garantir a supressão de um aviso de leilão de sua casa recuperada datada de 1998 no site de um jornal de circulação em massa na Catalunha.

De acordo com o acórdão consultivo do tribunal de justiça da União Europeia, os indivíduos têm o direito de controlar os seus dados privados, especialmente se não forem figuras públicas.

Mais e mais indivíduos afirmam ter um "direito a ser esquecido", particularmente quando a internet extrai informações pessoais que podem parecer unilaterais ou injustas.

No exemplo destacado é evidente que Direito ao esquecimento e direito à informação estão em confronto não somente no Brasil, mas em todo o mundo. Buscando tratar dessa questão, essa pesquisa, faz uma discussão em relação ao Direito ao esquecimento e ao Direito à informação. Considerando individualmente cada um desses direitos e demonstrando que um não está de acordo com o outro, especialmente no que se refere a dados expostos na internet.

Para realização do estudo, utilizou-se de pesquisa bibliográfica junto a diferentes Bancos de Dados Jurídicos, considerando a busca pelas informações em relação a cada um dos direitos discutidos nessa pesquisa.

## **1 O DIREITO DO ESQUECIMENTO**

O Direito ao esquecimento é um conceito discutido e colocado em prática desde 2006. A questão surgiu dos desejos dos indivíduos de determinar o desenvolvimento de vida de forma autônoma, sem ser perpetuamente ou periodicamente estigmatizada como consequência de uma ação específica realizada no passado. Houve controvérsia sobre a praticidade de estabelecer um direito a ser esquecido do status de um direito humano internacional em relação ao acesso à informação, em parte devido à imprecisão de sentenças atuais tentando implementar tal direito (CABRAL, 2017).

Há preocupações quanto ao seu impacto no direito à liberdade de expressão, à sua interação com o direito à privacidade e se a criação de um direito a ser esquecido diminui a qualidade da Internet através da censura e da reescrita da história, e preocupações opostas sobre problemas como sites pornográficos de vingança aparecendo nas listagens de mecanismos de pesquisa para o nome de uma pessoa, ou referências a pequenos crimes cometidos há muitos anos permanecendo indefinidamente uma parte indevidamente proeminente da pegada da Internet de uma pessoa (GODOY, 2001).

## 1.1 CONCEPÇÃO PROPOSTA

As leis de proteção de dados destinam-se a proteger informações privadas potencialmente prejudiciais sobre indivíduos. A noção de "direito a ser esquecido" é derivada de inúmeras ideias europeias preexistentes. Há uma crença de longa data no Reino Unido, especificamente no âmbito da Lei de Reabilitação de Delinquentes, que após um determinado período de tempo, muitas condenações criminais são "gastos", o que significa que a informação sobre essa pessoa não deve ser considerada na obtenção de seguro ou procura de emprego (CABRAL, 2017).

Da mesma forma, a França valoriza este direito - le droit d'oubli (o direito de ser esquecido). Foi oficialmente reconhecido na lei francesa em 2010. As opiniões sobre o direito a ser esquecido diferem muito entre os países da América. Na Brasil, a transparência, o direito à liberdade de expressão de acordo com a Primeira Emenda, e o direito de saber geralmente foi favorecido pela eliminação de informações verdadeiramente publicadas sobre pessoas físicas e jurídicas (GODOY, 2001).

O termo "direito a ser esquecido" é uma ideia relativamente nova, embora, em 13 de maio de 2014, o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias tenha consolidado legalmente que o "direito de ser esquecido" é um direito humano quando governaram o Google (MARTINEZ, 2014).

Em 1995, a União Europeia adotou a Diretiva Europeia de Proteção de Dados (Diretiva 95/46 / CE) para regulamentar o processamento de dados pessoais. Isso agora é considerado um componente da lei de direitos humanos . A nova Proposta Europeia para o Regulamento Geral de Proteção de Dados fornece proteção e isenção para as empresas listadas como empresas "de mídia", como jornais e outros trabalhos jornalísticos. No entanto, o Google optou intencionalmente por não ser classificado como uma empresa de "mídia" e, portanto, não está protegido. Os juízes na União Europeia decidiram que, como a corporação internacional, a Google, é um colecionador e processador de dados, ela deve ser classificada como "controlador de dados" ao abrigo da diretiva comunitária em matéria de proteção de dados (MARTINEZ, 2014).

Estes "controladores de dados" são exigidos pela legislação para remover dados que sejam "inadequados, irrelevantes ou não mais relevantes", tornando esta diretiva de importância global (MARTINEZ, 2014).

## 1.2 MARCOS LEGAIS

O direito de ser esquecido "reflete a reivindicação de um indivíduo para ter determinados dados excluídos para que terceiros possam deixar de segui-los" (GODOY, 2001 p. 45)

Foi definido como "o direito ao silêncio sobre eventos passados na vida que já não estão ocorrendo". O direito de ser esquecido leva a permitir que os indivíduos tenham informações, vídeos ou fotografias sobre si mesmos excluídos de certos registros da internet para que eles não possam ser encontrados pelos mecanismos de busca. A partir de 2014, existem poucas proteções contra o dano que os incidentes, como o compartilhamento de pornografia de vingança, ou as imagens carregadas devido ao mau julgamento, podem ser feitas (CABRAL, 2017).

O direito de ser esquecido é distinto do direito à privacidade, devido à distinção de que o direito à privacidade constitui uma informação que não é conhecida publicamente, enquanto o direito de ser esquecido envolve a remoção de informações conhecidas publicamente em um determinado momento e não permitindo Terceiros para acessar as informações. As limitações de aplicação em uma jurisdição incluem a incapacidade de exigir a remoção de informações detidas por empresas fora da jurisdição. Não há uma estrutura global para permitir que os indivíduos controlem sua imagem online (GODOY, 2011).

## 2 O DIREITO A INFORMAÇÃO

As leis de liberdade de informação permitem o acesso do público em geral aos dados detidos pelos governos nacionais. O surgimento da legislação sobre liberdade de informação foi uma resposta ao aumento da insatisfação com o sigilo em torno do desenvolvimento de políticas governamentais e da tomada de decisões. Eles estabelecem um processo

legal de "direito ao conhecimento", pelo qual os pedidos podem ser feitos para informações mantidas pelo governo, para ser recebido gratuitamente ou com um custo mínimo, exceto exceções padrão (CABRAL, 2017).

Mais de 100 países ao redor do mundo implementaram alguma forma de legislação sobre liberdade de informação.

A maioria das leis de liberdade de informação exclui o setor privado de sua jurisdição, portanto, as informações mantidas pelo setor privado não podem ser acessadas como um direito legal. Esta limitação tem sérias implicações porque o setor privado desempenha muitas funções que anteriormente eram domínio do setor público. Como resultado, a informação que anteriormente era pública é agora dentro do setor privado, e os contratados privados não podem ser obrigados a divulgar informações.

Outros países estão trabalhando para a introdução de tais leis, e muitas regiões de países com legislação nacional possuem leis locais. Por exemplo, todos os estados dos EUA têm leis que regem o acesso a documentos públicos pertencentes ao estado e entidades fiscais locais. Além disso, a Lei de Liberdade de Informação dos EUA regula o gerenciamento de registros de documentos na posse do governo federal.

Um conceito relacionado é a legislação de reuniões abertas, que permite o acesso a reuniões do governo, não apenas para os registros deles. Em muitos países, as leis de privacidade ou proteção de dados podem fazer parte da legislação sobre liberdade de informação; Os conceitos são muitas vezes intimamente ligados ao discurso político.

Um princípio básico por trás da maior parte da legislação sobre liberdade de informação é que o ônus da prova recai sobre o corpo pediu informações, e não a pessoa que pede isso. A pessoa que faz o pedido geralmente não tem que dar uma explicação para suas ações, mas se a informação não for divulgada, um motivo válido deve ser dado.

Em 2015, a Conferência Geral da UNESCO votou em designar 28 de setembro como "Dia Internacional para o Acesso Universal à

Informação" ou, como é mais conhecido, Dia do Acesso à Informação. A data já foi celebrada como "Dia do Direito" desde 2002. A resolução da UNESCO recomenda a aprovação da Assembléia Geral da ONU.

No Brasil, o artigo 5, XXXIII, da Constituição estabelece que "todos devem ter o direito de receber informações de seu próprio interesse ou de interesse público de entidades públicas, que devem ser dadas dentro do prazo prescrito por lei". Além disso, o artigo 22 da lei federal nº 8.159 / 1991 concede o direito ao "acesso total a documentos públicos". Um estatuto aprovado em 2011 e que entrará em vigor em 2012 (Lei Federal 12.527 / 2011, promulgada em 28 de novembro de 2011) regula a maneira e o cronograma para a informação a ser dada pelo Estado.

### **3 – DISCUSSÃO: DIREITO DO ESQUECIMENTO E DIREITO DA INFORMAÇÃO**

Houve uma considerável discussão e debate internacional sobre o chamado "direito a ser esquecido" - o direito de as pessoas terem informações removidas sobre elas, seja elas precisas ou não, que foi divulgada na Internet.

As questões técnicas, o Brasil ainda está arrastando seus pés passando até legislação básica sobre a proteção de dados pessoais, e a questão do direito a ser esquecido começa a crescer em importância no país. A questão foi recentemente abordada pela 6ª Jornada de Direito Civil da Justiça Federal / 2013, um comitê legal brasileiro, que concluiu que tal direito fortaleceria a proteção da dignidade humana. A questão foi analisada em profundidade e, simbolicamente, o STJ, o Supremo Tribunal Brasileiro para infrações de lei federal, considerou que isso parece ser uma tendência no país (CABRAL, 2017).

Em qualquer caso, uma análise desta questão está longe de ser simples. Desde o início, enfrenta-se um conflito entre aqueles que defendem o direito ao anonimato em relação à intimidade, vida privada e reabilitação social e aqueles a favor do direito irrestrito de acesso à informação. Por um lado, é desejável proteger a vida privada dos indivíduos e, por outro lado, é necessário garantir que informações de

interesse público inquestionável sejam sempre acessíveis gratuitamente (GODOY, 2001).

Assim, os fatos materiais e públicos, cujos efeitos impactam diretamente a sociedade, precisam permanecer acessíveis, pois fazem parte da história da nação. No entanto, cada pessoa deve ter garantido o direito de sua vida e informação pessoais serem protegidas.

Fotos de dias de faculdade, as opiniões controversas expressadas durante a adolescência e os eventos da vida cotidiana privada que normalmente desapareceriam com a passagem do tempo devem ser removidos se o assunto assim o desejar (MARTINEZ, 2014).

A situação torna-se mais complicada quando as informações que circulam na Net encontram-se nos meios de comunicação, em publicações, revistas ou nos comentários ou opiniões de outros. Isso ocorre porque, claramente, em qualquer democracia, liberdade de imprensa, liberdade de expressão e expressão são direitos que, exercidos de forma responsável, devem ser preservados. No caso de a informação ser falsa, difamatória ou difamatória sem dúvida, esta deve ser retirada imediatamente ou pelo menos corrigida, onde a informação não é falsa, mas exagerada (MARTINEZ, 2014).

No entanto, onde fatos desconfortáveis, mas verdadeiros, no interesse público são publicados, convicções criminais, por exemplo, é necessário refletir sobre se é apropriado ter impacto sobre as vidas das pessoas desse modo, até o infinito.

De fato, de um lado temos veracidade dos fatos, direito à informação, liberdade de imprensa e pensamento. Por outro lado, a consequência prejudicial de manter indefinidamente informações sobre indivíduos e suas famílias, apesar de talvez ter pago suas ações judiciais, conforme previsto na lei, ou seja, prisão, outras restrições de liberdade, pagamento de multas, etc.

Parece que a legislação brasileira já forneceu orientação para resolver esta questão. No domínio do direito penal, o código penal e o

processo penal deixam claro que o indivíduo tem o direito absoluto de reabilitação e reintegração social. (Art. 93 do Código Penal Brasileiro e art. 748 do Código de Processo Penal Brasileiro).

Aqueles reabilitados têm direito a confidencialidade em relação a registros individuais de acusação e condenação. O sistema de aplicação criminal também deve fornecer condições que permitam uma reintegração mais harmoniosa dos infratores na sociedade de acordo com o Art.1 LEP, o Código Brasileiro de Cumprimento da Sentença, com o objetivo de reduzir a reincidência criminal (MARTINEZ, 2014).

Dado que um princípio fundamental da sentença é, em última instância, devolver os condenados a uma vida mais produtiva na sociedade, então, para facilitar isso, o direito de esquecer erros legais anteriores deve, pelo menos, ser entendido (GODOY, 2001).

Além disso, a legislação civil brasileira também prevê que o exercício dos direitos pessoais não pode ser restrito (art. 11 e 12 - Código Civil), portanto, em qualquer situação, os fatos do passado, embora verdade, podem desaparecer completamente do futuro de um homem ou mulher (CABRAL, 2017).

O Direito a informação é um direito fundamental do cidadão (BRASIL, 1988), estabelecendo a natureza pública e a disponibilidade de todas as informações produzidas pelo Estado ou em seu poder (BATISTA, 2012). A Lei do Brasil sobre Acesso à Informação apenas permite restrições ao acesso a informações classificadas como secretas por razões de segurança ou saúde pública, ou a informações pessoais cuja confidencialidade garante o direito à privacidade.

A lei recentemente promulgada n. 12.527 / 2011 (BRASIL, 2011) regula o direito abrangente de acesso à informação pública, fornecendo deveres estaduais para gerenciar eficientemente documentos do governo ou aqueles sob custódia do governo, e disponibilizar o conhecimento e a consulta para todos (BRASIL, 2011).

A produção e circulação de informações envolvem direitos e interesses privados e públicos e podem interferir ou influenciar as relações e ações sociais e políticas (GRUMAN, 2012). Na vida política, a liberdade de acesso à informação pública é considerada indispensável para ampla participação e controle social e para a responsabilidade da administração pública (GRUMAN, 2012).

Demanda social está crescendo para obter informações sobre uma ampla gama de questões para fazer decisões públicas ou privadas que podem afetar a segurança individual ou definir os limites entre a proteção do público, as escolhas individuais para a prevenção ou defesa, e as convenções sociais (DALLARI, 2007).

A provisão constitucional é clara e aplicável a qualquer tipo de informação. Os detentores de informações devem o máximo respeito pela privacidade individual e a máxima transparência de atos que envolvam o interesse público. As informações pessoais, mesmo quando a sua recolha, armazenamento e uso são autorizadas pela legislação sanitária, não perdem a sua qualidade confidencial, e o acesso a ela requer o consentimento da pessoa, exceto em duas situações: quando "a pessoa é física ou legalmente incapaz, e Exclusivamente e exclusivamente para tratamento médico ou quando a informação é necessária " para produzir estatísticas e pesquisas científicas de interesse público ou geral evidente, conforme previsto na lei, Ao proibir a identificação da pessoa a quem a informação se refere (BRASIL, 2011)

A revisão ética deve especificar se o estudo procura responder a uma questão relevante de saúde pública, com benefícios claros; Se é inviável o consentimento dos sujeitos; Se a pesquisa oferece riscos mínimos; E se os direitos ou interesses das pessoas não serão violados e sua privacidade e anonimato serão preservados.

Enquanto isso, a apresentação para análise também deve descrever as medidas de segurança a serem adotadas para evitar possíveis danos às pessoas envolvidas e medidas especiais para proteger os grupos vulneráveis e evitar a discriminação e estigmatização social. Os

pesquisadores também devem ser responsáveis por qualquer uso indevido dos dados autorizados pelo consentimento.

Lei n. 12.527 / 2011 negocia especificamente com informações pessoais e estabelece uma cláusula aberta, conforme descrito, de acordo com o qual o acesso a esses dados só pode ser autorizado sem o consentimento da pessoa em casos de "público ou interesse geral evidente" ou "conforme previsto pela lei" (BRASIL, 2011).

O surgimento de novos fatos e valores pessoais e institucionais relacionados à informação na sociedade contemporânea exigiu que a lei se adapte e / ou reconstrua categorias legais. A discussão e a produção legislativa sobre a tutoria individual e coletiva de informações se intensificaram há pelo menos 30 anos. Toda a atenção inicial focada no conceito de privacidade e proteção individual, passando mais recentemente para a noção mais completa de "proteção de dados", que transcende a supervisão individual (RODOTA, 2008)

Houve uma reconfiguração da salvaguarda legal da inviolabilidade das pessoas (incluindo Seus corpos) para uma dimensão virtual de proteção do corpo eletrônico, como um direito negativo à liberdade, ou seja, não usar dados de arquivos eletrônicos, E, entretanto, de liberdade positiva, de controlar os dados de uma pessoa em tais registros.

Assim, a salvaguarda da privacidade e proteção de dados pessoais eletrônicos passou a ser permitida de maneira relativamente independente.

Ainda assim, a velocidade do progresso tecnológico tornou as formas diversas de tutoria legal rapidamente obsoletas e a estratégia mais recente se concentrou menos em dados puramente tecnológicos e mais em outros pontos de referência normativos, como a natureza do sujeito (público versus privado), a Propósitos da coleta de dados e maior atenção às novas tecnologias interativas que expandem a circulação e aumentam o poder da informação (RODOTA, 2008).

Lei n. 12.527 / 2011 e medidas administrativas recentes destacam a adoção de pontos de referência normativos, com exceção de questões

sobre as novas tecnologias interativas, que ainda receberam discussão e desenvolvimento limitados sob a legislação brasileira.

A recente Lei sobre Acesso à Informação fornece legitimidade para esta política de informação pública consolidada e a oportunidade de expandir as discussões e reflexões sobre a informação pública em saúde, além de melhorar mecanismos para garantir esse acesso neste novo contexto democrático com avanços tecnológicos.

A experiência internacional sugere que esta discussão deve considerar as raízes do poder com base na disponibilidade de informações e suas reais detentores (BRASIL, 2011) e não moldar a regulamentação sobre as formas políticas e jurídicas tradicionais e insuficientes de "contra poder e controle, mas a buscar alternativas que permitem que todo o potencial das tecnologias da informação e novas informações na proteção dos sujeitos reais, a partir de uma perspectiva de ampliar as possibilidades de redistribuição de poderes sociais e legais, legitimando, assim, e juridicamente justificando o direito de acesso à informação pública.

## **CONCLUSÃO**

A internet possui uma longa memória. Mas e se as imagens, dados e informações pessoais que pode fazer com você parecerem injustas, unilaterais ou simplesmente erradas? Mais e mais pessoas afirmam ter um "direito a ser esquecido" e estão mesmo tentando se excluir da web. A questão parece estar pronta para gerar conflitos legais, tecnológicos e morais nos próximos anos.

Quando se decide que os indivíduos tem um "direito de ser esquecido", eles têm o direito de solicitar que informações desatualizadas ou "irrelevantes" sobre eles sejam removidas dos resultados da pesquisa.

O direito de ser esquecido deve ser "razoavelmente" equilibrado em relação ao interesse público em ter acesso à informação.

Para tratar da questão devem-se deixar de lado as objeções de que o direito de ser esquecido é muito difícil de implementar e se concentrar no

debate ideológico que divide a maioria das pessoas na questão. O debate pode ser caracterizado como um confronto: privacidade e compaixão versus informação e liberdade. Mas a solução não precisa ser tão simplista.

Pode-se ainda concordar que a privacidade importa, mas rejeitar o direito de ser esquecido. Deve-se reconhecer que o direito tem um impacto negativo no jornalismo legítimo. O acesso à informação é um aspecto importante da liberdade de expressão e também deve-se reconhecer o dano que resulta quando determinado conteúdo está acessível on-line. A promulgação de um delito estatutário para invasões graves de privacidade seria um compromisso valioso. Deve ser acompanhado de passos para melhorar o acesso aos tribunais.

As medidas destinadas a dissuadir violações extremas da privacidade em linha, como as leis de pornografia de vingança, devem ser bem-vindas por todos.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal; 1988.

BATISTA CL. **Informação pública**: controle, segredo e direito de acesso. Intexto 2012; (26): 204-22.

BRASIL. **Lei ordinária no 12.527**, de 18 de novembro de 2011. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, não inciso II do § 3º do art. 37 e não § 2º do art. 216 da Constituição Federal. Diário Oficial da União 2011

BRASIL. **Lei ordinária no 8.080**, de 19 de setembro de 1990. Lei Orgânica da Saúde. Diário Oficial da União 1990

CABRAL, Bruno Fontenele. Disponível em <  
[https://jus.com.br/artigos/28362/the-right-to-be-let-alone-consideracoes-sobre-o-direito-ao-esquecimento#\\_edn6](https://jus.com.br/artigos/28362/the-right-to-be-let-alone-consideracoes-sobre-o-direito-ao-esquecimento#_edn6) >

DALLARI S. A justiça, o direito e os bancos de dados epidemiológicos. *Ciênc Saúde Coletiva* 2007; 12: 633-41.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *A liberdade de imprensa e os direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2001

GRUMAN M. **Lei de acesso à informação**: notas e um exemplo de breve. *Revista Debates* 2012; 6: 97-108

MARTINEZ, Pablo Dominguez. **Direito ao esquecimento**: a proteção da memória individual na sociedade da informação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014

RODOTÁ S. **A vida na sociedade da vigilância** - uma privacidade hoje. Rio de Janeiro: Renovar; 2008.

## COMENTÁRIOS AO NOVO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO: TUTELA PROVISÓRIA

**WELLINGTON CACEMIRO:** Jornalista, Graduando do Curso de Direito e Pesquisador Jurídico.

**RESUMO:** O vigente CPC foi concebido com a premissa de “dotar o sistema processual civil brasileiro de maior coesão e celeridade, bem como compatibilizá-lo com a Constituição Federal de 1988” (MARTINS; MOREIRA, 2015, p.444). Para tanto, estabeleceu mudanças com o objetivo de simplificar procedimentos e racionalizá-los. Dentre outras, destaca-se a criação do gênero “tutela provisória” – que, como se sabe, promoveu a sistematização do regime de tutelas de urgência; integração do procedimento das tutelas cautelar e antecipada; bem como a estabilização desta última. O presente, embasado em pesquisas bibliográfica e jurisprudencial, busca descortinar tais inovações, explicitando detalhes que permitam sua melhor compreensão.

**Palavras-chave:** Código de processo civil; tutela provisória; inovações processuais.

**ABSTRACT:** The current CPC was conceived with the premise of "providing the Brazilian civil procedural system with greater cohesion and celerity, as well as making it compatible with the Federal Constitution of 1988" (MARTINS; MOREIRA, 2015, p.444). To this end, it has established changes with the aim of simplifying procedures and rationalizing them. Among others, the creation of the genre "provisional guardianship" - which, as is well-known, promoted the systematization of the regime of emergency guardianships; Integration of the precautionary and anticipated tutela procedure; As well as the stabilization of the latter. The present, based on bibliographical and jurisprudential research, seeks to unveil such innovations, explaining details that allow their better understanding.

**Keywords:** Code of civil procedure; Provisional protection; Procedural innovations.

---

### 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Para além de outras evidentes reformas, o Código de Processo Civil (instituído pela Lei nº 13.105/2015) inovou ao dar nova formulação, por assim dizer, ao sistema de tutela judicial. Tem-se desde o início de sua vigência, em 18 de março de 2016, as tutelas antecipada e cautelar reunidas sob o título “tutela provisória”. Esta, como bem ensina a melhor doutrina, “é proferida mediante cognição sumária, ou seja, o juiz, ao concedê-la, ainda não tem acesso a todos os elementos de convicção a respeito da controvérsia jurídica” (NEVES, 2017, p.483). Cabe, no entanto, advertir que, em situações excepcionais, pode o magistrado outorgá-la também em face da cognição exauriente (quando transcorrido aprofundado exame das alegações e provas, o que institui juízo de certeza).

Fato é que o vigente diploma processual, a título de simplificar procedimentos e racionalizar o próprio sistema, buscou dar fim a um problema de ordem prática característico do CPC de 1973: a dificuldade de postulação de ambas as tutelas supracitadas; provocada, não raro, pela dual regulação em livros e expedientes diversos.

Para tanto, além das soluções assinaladas, também instituiu a figura da estabilização da tutela antecipada, incidente em função do deferimento da medida pleiteada por meio de recurso. Observa-se que, de modo análogo à sentença judicial contra a qual não cabem mais recursos (coisa julgada), a decisão estabilizada emanada do dispositivo “permanece inalterada e eficaz até que seja objeto de ação própria de impugnação, a ser ajuizada no prazo decadencial de dois anos” (MENDES, ÁVILA; 2015).

Por fim, somada a estas, tem-se, ao abrigo da tutela provisória (prevista a partir do art. 292, no Livro V, da Parte Geral do CPC/2015), a tutela de evidência, novidade igualmente estabelecida pelo diploma, que, como se sabe, prescinde de urgência. Consiste basicamente na autorização dada ao juiz de conceder ao autor, independentemente da presença de perigo, a tutela jurisdicional quando haja indícios mais fortes da existência do direito (GONÇALVES, 2017).

Oportuno enfatizar ainda que tais peculiaridades introdutórias fazem-se necessárias, considerado o fato de que tanto a tutela cautelar,

quanto a tutela antecipada encontravam-se, no diploma anterior, submetidas a disciplinas distintas.

Passemos agora, portanto, ao breve exame das mudanças.

## 2. TUTELA DE URGÊNCIA E TUTELA DE EVIDÊNCIA

Ensina com notória maestria o professor Humberto Theodoro Júnior (2017, p.778) caracterizarem-se as tutelas diferenciadas (a exemplo da tutela provisória) como meios de regulação transitória da crise de direito em que se acham envolvidos os litigantes. Trata-se, lógico, de evidente contraposição às tutelas comuns que, como o próprio jurista preleciona, distinguem-se sempre “pela definitividade da solução dada ao conflito jurídico”. Esta interpretação singular é perfeita para explicitar os incidentes processuais em estudo.

Previstas inicialmente no caput do art. 294, do vigente CPC, as tutelas de urgência (arts. 300 a 310) e de evidência (art. 311) são espécies do gênero tutela provisória. A primeira divide-se em tutelas de urgência antecipada e cautelar (ambas com previsão emanada dos arts. 300 a 303). Essa conceituação comporta ainda outra, de manifesta pertinência. “A tutela provisória de urgência, cautelar ou antecipada, pode ser concedida em caráter antecedente ou incidental” (NEVES, 2016, p. 462). Para melhor compreensão analisaremos, de forma sucinta, cada uma destas figuras.

A tutela de urgência, por exemplo, admite-se sendo demonstrados pela parte elementos que assinalem a expectativa do direito, bem como a ameaça na demora da prestação da tutela jurisdicional. Já a tutela da evidência não necessita desta explícita demonstração de perigo em consequência da demora, consideradas algumas hipóteses discriminadas nos incisos do art. 311, do CPC/2015, a saber:

Art. 311. [...]:

I - ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte;

II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e

houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;

III - se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa;

IV - a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.

Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente.

Neste sentido, observe posicionamento jurisprudencial sobre o tema:

**MANDADO DE SEGURANÇA. TUTELA DE EVIDÊNCIA ANTECIPADA.** A suspensão dos efeitos de portaria ministerial (1.565/2014) que classifica quais categorias fariam jus a direito previsto na Consolidação das Leis do Trabalho (art. 193, § 4º), não impede a concessão de tutela de urgência ou evidência. Apenas liberação dos valores é inconveniente devido ao risco de irreversibilidade.

(TRT-4 - MS: 00213002620165040000, Data de Julgamento: 07/10/2016, 1ª Seção de Dissídios Individuais)

Fácil compreender, portanto, assegurar a tutela de evidência o acesso do autor ao bem almejado quando seu direito é comprovável de plano.

### **3. TUTELA DE URGÊNCIA CAUTELAR E ANTECIPADA**

Como aludido em momento anterior, nos termos do art. 294, a tutela provisória pode fundamentar-se em urgência ou evidência, sendo que a tutela provisória de urgência, cautelar ou antecipada, pode ser concedida

em caráter antecedente ou incidental. Partindo, portanto, da interpretação literal do texto torna-se claro que, conquanto sustente-se distinção conceitual entre ambas, a estas está reservado igual tratamento jurídico. Por conseguinte o mesmo regime torna-se aplicável em se tratando de pressupostos e da via processual de pleito e concessão tanto à cautelar, quanto à antecipada. Explica Gonçalves:

Tanto a tutela antecipada quanto a cautelar podem ser úteis para afastar uma situação de perigo de prejuízo irreparável ou de difícil reparação. Mas diferem quanto à maneira pela qual alcançam esse resultado: enquanto a primeira afasta o perigo atendendo ao que foi postulado, a segunda o afasta tomando alguma providência de proteção (GONÇALVES, 2017)

Sob tal aspecto, portanto, deve-se reconhecer que a convergência de regime, evidenciada pela união, foi produtiva, sobretudo se consideradas as vantagens de ordem prática.

#### **4. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Como visto ao longo desta breve dissertação o estabelecimento da tutela provisória pela lei nº 13.105/2015 promoveu a sistematização do regime de tutelas de urgência; integração do procedimento das tutelas cautelar e antecipada; bem como a estabilização desta última. Explicitar detalhes das inovações disciplinadas pelo vigente diploma processual revelou-se tarefa oportuna – sobretudo, considerada a possibilidade de contribuir para dirimir eventuais dúvidas suscitadas pela matéria no leitor recém-introduzido no tema.

#### **REFERÊNCIAS**

BRASIL, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em 07 jun. 2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. Mandado de segurança nº 00213002620165040000. Data de Julgamento: 07/10/2016, 1ª Seção de Dissídios Individuais. Disponível em < <https://trt-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/430803746/mandado-de-seguranca-ms-213002620165040000#!>>. Acesso em 05 jun. 2017.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Direito processual civil esquematizado. 8. ed. – São Paulo : Saraiva, 2017.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; ÁVILA, Henrique. *Algumas das principais alterações do novo Código de Processo Civil*. In: Revista Consultor Jurídico, 31 de janeiro de 2015. Disponível em: < <http://www.conjur.com.br/2015-jan-31/algumas-principais-alteracoes-codigo-processo-civil>>. Acesso em: 05 jun. 2017.

MARTINS, Flademir Jeronimo Belinati; MOREIRA, Glauco Roberto Marques. *Comentários críticos à exposição de motivos do novo Código de Processo Civil (CPC): notas sobre o novo CPC e sua ideologia a partir da análise de sua exposição de motivos*. XXIV Congresso Nacional do CONPEDI-UFMG/FUMEC/DOM HELDER CÂMARA. 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil: Volume único*. 9 ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I*. 58. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

## **CRIMES PASSIONAIS: QUANDO O AMOR VIRA ÓDIO, ELE MATA.**

**MARIA EDUARDA VIANA  
SANTOS:** Bacharelanda do curso de Direito.  
Faculdade Maurício de Nassau - Unidade de  
Campina Grande - PB.

Jaligson Carlos Ferreira Leite<sup>[1]</sup>

**RESUMO:** Esse trabalho visa uma análise geral sobre o homicídio, abordando principalmente os crimes passionais e a violência de gênero. Desde os primórdios da humanidade há a existência dos homicídios passionais, sem restrição de determinada sociedade ou classe social e econômica, estando presente em todas as épocas e lugares, porém, com maior ênfase nas classes mais baixas e em relações onde os maridos passam por dificuldades financeiras. Este trabalho fará uma análise geral aos casos em que os sentimentos inerentes ao ser humano levam algumas pessoas, na maioria delas, sem antecedentes criminais e precedência pura, a tirar a vida de outrem, seja por amor, ciúme, sentimento de posse, entre vários outros, enfatizando, portanto, que o maior número de vítimas desses crimes é do sexo feminino e que a sociedade brasileira, apesar dos avanços significativos, ainda promove condições que subjugam esposas, profissionais e cidadãos.

**Palavras-chave:** Homicídio. Crime passional. Amor. Ciúme. Persistência da violência contra a mulher.

### **ABSTRACT**

This work aims at a general analysis about the murder addressing mainly the crimes of passion and violence. Since the dawn of mankind for the existence of the murders of passion without particular restriction society or social and economic class, being presente in all times and places, but with greater emphasis on lower classes and relationships where the husbands go through financial difficulties. This work will make a general analysis to cases where the feelings of human beings take some people most of them without criminal records and precedence, to take the life of another person, whether by love, jealousy, possession, among several others, emphasizing, therefore, that the largest number of victims of these crimes is female and

that brazilian society, despite significant progress, still promotes conditions that subjugate wives, professionals and citizens.

**Keywords:** Murder. Crime of passion. Love. Jealousy. Persistence of violence against women.

**SUMÁRIO:** 1 Considerações Iniciais; 2 Desenvolvimento; 2.1 Generalidades acerca do homicídio; 2.2 Classificação dos crimes de homicídio; 2.3 Homicídios passionais; 3 Considerações Finais; 4 Referências bibliográficas.

---

## 1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Na atualidade aprendemos a conviver dia a dia com a violência como se fosse algo natural. Podemos encontrar a violência em todos os lugares, nas ruas, nas escolas, nos bares e em tantos outros. Existe, porém, um tipo de violência que passa despercebido, aquela quando a família fecha as portas da sua casa e fica sozinha. Mesmo que 91% dos homens desaprovem a violência de gênero, uma a cada três mulheres já sofreu ou está propensa a sofrer algum tipo de violência durante a vida segundo estatísticas contemporâneas. Ciúmes, dificuldades financeiras e drogas são as principais causas das desavenças e a principal causa é o álcool, pois, em 50% dos casos o agressor encontra-se em estado de embriaguez.

A cada 24 segundos uma mulher é agredida e 10 são assassinadas a cada 24 horas no Brasil, a maioria desses casos são cometidos por término de relacionamento ou ciúmes.

O ditado que diz “em briga de marido e mulher, ninguém mete a colher” parece retratar bem a indiferença das pessoas com a violência de gênero. Um percentual de 60% dos brasileiros conhecem pessoas que já sofreram algum tipo de violência, mas apenas 28% desses brasileiros orientam as vítimas a buscarem ajudas especializadas. De outro lado, 90% desses casos são cometidos por homens e as principais ações são a violência psíquica, física e sexual.

Todos nós estamos imersos nessa cultura que diz que a mulher é propriedade do homem, criando a concepção de que a honra de um homem está depositada no comportamento da sua companheira, lhes dando o direito de puni-la por não agir de acordo com a sua vontade.

As mulheres ainda se sentem culpadas por sofrerem violência e convivem com o medo, porque sabem que a qualquer gesto que elas venham a reagir, terá como resultado uma violência ainda maior, porque estão permanentemente sob uma ameaça psicológica muito forte.

Muitas mulheres não têm condições materiais de romper uma relação. Os motivos que as mantêm de forma geral em uma relação violenta são: a inexistência de condições econômicas, a preocupação com a criação dos filhos, o medo de serem assassinadas após o término da relação e a falta de autoestima.

Com base na Organização das Nações Unidas a violência doméstica é o principal motivo de morte e deficiência entre mulheres de 16 a 44 anos de idade e mata mais do que o câncer e acidentes de trânsito.

Desse modo, infere-se que os crimes passionais se dão início a partir de um relacionamento composto por violência, que na maioria das vezes resultam em morte.

## **2 DESENVOLVIMENTO**

### **2.1 Generalidades acerca do homicídio**

#### **2.1.1 Definição**

A essência da palavra homicídio deriva do latim “*homicidium, compondo-se de dois elementos: homo e caedere*” que significa homem e matar, sucessivamente. Tal fato típico, está previsto no art. 121 do Código Penal Brasileiro (C.P.B), tendo em vista a proteção da vida extrauterina, também está previsto na Constituição Federal, no caput do artigo 5.º, o qual menciona que “*todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviabilidade do direito à vida [...]*”.

Para o jurista Francesco Carrara o homicídio era definido como sendo “*es la destrucción del hombre injustamente cometida por otro hombre*” (a destruição da vida de um homem injustamente cometida por outro homem).

### 2.1.2 Histórico

Os crimes de homicídio estão presentes na sociedade desde os primórdios e sempre foi visto como um ato de reprovação por estar atingindo o bem jurídico de maior valor que é a vida, nasce em meio ao sentimento de vingança e não de justiça.

Houve três fases da vingança: período da vingança privada, vingança divina e vingança pública.

#### 2.1.2.1 Período da vingança privada

Foi um período em que, quando ocorria o crime, o responsável pela punição era a vítima, e a punição era cometida sem nenhuma proporção a ofensa.

Período marcado por lutas entre famílias e tribos, causando o enfraquecimento e até o extermínio das mesmas. Com isso, deu-se o início da Lei de Talião, que surgiu como regras para evitar o aniquilamento.

Após um certo tempo, surge a composição, onde o agressor reparava o dano causado pela ação delituosa, utilizando dinheiro e bens materiais em troca da sua liberdade.

#### 2.1.2.2 Período da vingança divina

A titularidade do direito de punir pertencia a igreja, aos sacerdotes que, como mandatários dos deuses, aplicavam a pena. É uma fase mitológica, onde o “juízo de Deus” era um sistema processual de punição.

#### 2.1.2.3 Período da vingança pública

Período onde a pena perde sua índole sacra para transformar-se em uma sanção imposta pelo soberano (rei, príncipe, regente) que exercia sua autoridade em nome de Deus, as penas continuavam sendo cruéis, período também denominado “ciclo do terror”.

### 2.1.3 Sujeito ativo e passivo do crime

O sujeito ativo é aquele que realiza a conduta tipificada na lei (fato típico), também são considerados sujeito ativo aqueles que colaboram de forma determinada para que a conduta aconteça (coautor) e também aqueles participem de forma secundária causando alguma influência no evento delituoso (partícipe).

Existem dois tipos de sujeito ativo, o comum e o próprio. Sujeito ativo comum é quando qualquer pessoa poderá cometer o delito, como nos crimes de homicídio, roubo, etc., quando o sujeito ativo é próprio, é exigido uma qualidade especial do sujeito ativo (circunstâncias fáticas ou jurídicas), como por exemplo no crime de peculato que só pode ser praticado por funcionários públicos.

O sujeito passivo, é aquele que sofre a ação ou omissão do sujeito ativo. Em regra, todo crime possui sujeito passivo determinado. Excepcionalmente em alguns crimes o sujeito passivo é indeterminado, como nos crimes vagos, onde a vítima é a sociedade.

No caso do homicídio o sujeito ativo é comum, sendo assim, não é necessário um atributo especial, pois pode ser cometido por qualquer pessoa e o sujeito passivo terá que ser determinado.

### 2.1.4 Tentativa e consumação

O artigo 14 do Código Penal Brasileiro aborda sobre o crime tentado e consumado, “I- consumado, quando nele se reúnem todos os elementos de sua definição legal; II- tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente. ”

No crime de homicídio é admissível a tentativa, pois mesmo não se consumando já é considerado crime. A consumação se dar no momento do

resultado da morte, comprovada por exames periciais, “Não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá supri-lhe a falta.” Artigo 167 do Código Processual Penal (C.P.P).

## **2.2 Classificação dos crimes de homicídio**

Considerando-se que o referido trabalho aborda o caso dos homicídios passionais, é importante fazer uma breve análise sobre as classificações previstas no ordenamento jurídico brasileiro. No homicídio passional o agente age dolosamente, querendo o resultado ou assumindo o risco de produzi-lo, não é comum a forma culposa, quando é resultado de imprudência, negligência ou imperícia.

### **2.2.1 Classificação dos homicídios dolosos**

“Doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo ” Artigo 18, inciso I do Código Penal. O Código Penal tipifica os homicídios em homicídio simples, privilegiado e qualificado, artigo 121, caput; artigo 121, §1.º e artigo 121, §2.º respectivamente.

#### **2.2.1.1 Homicídio simples**

O homicídio simples está previsto no artigo 121, caput, do Código Penal, “Matar alguém: Pena – reclusão, de 6 (seis) a 20 (vinte) anos”.

É considerado simples quando é cometido buscando o resultado morte, sem qualquer agravante no crime. Sendo assim, homicídio “simples” por exclusão, quando não se adequar às hipóteses de homicídio privilegiado ou qualificado.

#### **2.2.1.2 Caso especial de diminuição de pena (homicídio privilegiado)**

“Se o agente comete o crime impellido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço.” Artigo 121, §1.º.

O valor social é de interesse coletivo, enquanto que o valor moral visa benefícios pessoais, um exemplo que se pode analisar é o da eutanásia, onde o autor abrevia a vida de um paciente em situação irreversível por compaixão; sob o domínio de violenta emoção, o autor deve estar totalmente dominado no momento do homicídio; outra exigência é de que a agressão tenha ocorrido logo após a injusta provocação da vítima, caso contrário não será considerado uma causa de diminuição especial de pena.

Devido aos crimes de homicídios dolosos serem julgados pelo Tribunal do Júri, o caso de diminuição de pena também é votado por eles, sendo aprovado, a atenuação da pena é imposta, como previsto no artigo 5.º, XXXVIII, “c” da Constituição Federal. O que o parágrafo primeiro do artigo 121 do Código Penal quis dizer com relação ao poder que o juiz tem para reduzir a pena de um sexto a um terço é que ele pode decidir a quantidade de tempo em que a pena será reduzida, mas somente acontecerá se o júri aprovar o caso de diminuição, caso contrário a pena não será atenuada.

#### 2.2.1.3 Homicídio qualificado

É aquele cometido em circunstâncias que agravam ainda mais a conduta delituosa prevista em lei, é considerado o crime com o tratamento penal mais severo, com pena de 12 a 30 anos. Aquele onde se é utilizado meios cruéis, fazendo com que o sofrimento da vítima seja ainda maior e na maioria das vezes não sendo possível a utilização de defesa. Está previsto no Código Penal em seu artigo 121, § 2.º:

“Se o homicídio é cometido:

- I - Mediante paga ou promessa de recompensa, ou por motivo torpe;
- II - Por motivo fútil;
- III - Com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum;
- IV - À traição, de emboscada, ou que mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido;

V - Para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime;

VI - Femicídio - Contra a mulher por razões da condição de sexo feminino;

VII - Contra autoridade ou agente descrito nos artigos 142 e 144 da Constituição Federal, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, no exercício da função ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, em razão dessa condição. ”

Importante se faz esclarecer que o segundo parágrafo do artigo 121 prevê a modalidade de tipo derivado qualificado, sendo assim, as qualificadoras são tidas como circunstâncias e não como elementares do crime. As circunstâncias aferem aumento e diminuição da pena e são acessórios, não elementos, pois não tocam no tipo penal, mas na gravidade e podem ser objetivas ou subjetivas

#### 2.2.1.3.1 Qualificadoras objetivas e subjetivas

As qualificadoras de natureza objetiva são as que estão ligadas aos meios e modos de execução do crime, (artigo 121, § 2.º, incisos III e IV do CP):

III - Com emprego de veneno, fogo, explosivo, asfixia, tortura ou outro meio insidioso ou cruel, ou de que possa resultar perigo comum;

IV - À traição, de emboscada, ou que mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido.

Já as de natureza subjetiva têm caráter pessoal, são as qualificadoras que estão relacionadas com os motivos que levam o agente a cometer a conduta, (artigo 121, § 2.º, incisos I, II, V, VI e VII do CP):

I - Mediante paga ou promessa de recompensa, ou por motivo torpe;

II - Por motivo fútil;

V - Para assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime;

VI - Feminicídio - Contra a mulher por razões da condição de sexo feminino;

VII - Contra autoridade ou agente descrito nos artigos 142 e 144 da Constituição Federal, integrantes do sistema prisional e da Força Nacional de Segurança Pública, no exercício da função ou em decorrência dela, ou contra seu cônjuge, companheiro ou parente consanguíneo até terceiro grau, em razão dessa condição.

#### 2.2.1.3.2 Lei Nº 8.072, DE 25 DE JULHO DE 1990

Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do artigo 5.º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências.

Art. 1.º São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, consumados ou tentados:

“I – Homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometidos por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2.º, incisos I, II, III, IV, V, VI e VII). ”

#### 2.2.2 Competência para julgamento

Art. 5.º, XXXVIII, alínea “d”, da Constituição Federal: “é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida. ”

Quando o crime é praticado contra funcionário público federal com relação ao exercício da função, a competência para julgamento é da Justiça Federal por força da súmula vinculante 147 do Supremo Tribunal de Justiça.

### 2.3 Homicídios Passionais

O crime passionai, é um homicídio (término da vida de uma pessoa causada por outra), mas nesse caso com uma peculiaridade, pois há relação afetiva entre as partes, que pode ser sexual ou não, e a violenta emoção (paixão) que está prevista no artigo 121 da Parte Geral do Código Penal.

O crime passionai costuma ser uma reação daquele que se sente dono da vítima e é motivado por intensa emoção, nos criminosos passionais a rejeição leva ao ódio, gerando a violência, que por vezes, termina com a morte trágica de seu/sua companheiro (a).

O suposto amor que se transforma em morte causa comoção na sociedade e muita repercussão na mídia. Crimes como estes, nos levam a refletir sobre a real motivação destes atos. Relembrando que a cada dez casos de crimes passionais, sete são protagonizados por homens e que na maioria desses crimes há um componente econômico, pois, a mulher que é independente tende a ser menos vulnerável por uma questão de autoestima.

O crime passionai é composto de agressões físicas e psíquicas que são cometidas em nome do sentimento denominado paixão, contra as pessoas que se relacionam, podendo ser considerado também violência doméstica. O homicídio é uma modalidade do crime.

O homicida passionai não é isento da culpabilidade, que é apenas considerado, com base no Código Penal, em caso de erro de proibição (artigo 21, caput), coação moral irresistível (artigo 22, 1.ª parte), obediência hierárquica (artigo 22, 2.ª parte), doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado (artigo 26, caput), menoridade penal (artigo 27) e embriaguez completa, proveniente de caso fortuito ou força maior (artigo 28, § 1.º). Mas há, sob determinadas condições, uma atenuante da pena.

Desta maneira, o homicídio passionai se apresenta no art. 121, § 1.º, é necessário, apesar disso, algumas condições para o reconhecimento da atenuação da pena: o agente cometer o crime impelido por motivo de

relevante valor social ou moral, ou sob domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima.

### 2.3.1 Elementos do crime passional

Os estados passionais não excluem a imputabilidade do agente, visto que não são classificadas como enfermidades mentais. Há vários elementos do crime passional, tais como o ódio, ciúme, paixão, amor, entre vários outros.

#### 2.3.1.1 A emoção e a paixão

“Não excluem a inimputabilidade penal: I – a emoção ou a paixão.”  
Artigo 28 do referido código.

Ainda que a pessoa estiver sob o domínio total da emoção e da paixão, essa condição não altera a culpabilidade.

Como visto anteriormente, nos crimes de homicídios há os casos especiais de diminuição de pena, um deles é quando o indivíduo comete o crime sob o domínio de violenta emoção obedecendo o outro critério que é logo em seguida a injusta provocação da vítima, mas em nenhuma hipótese a emoção e a paixão excluirá a inimputabilidade, caso isso acontecesse o homicídio passional não seria considerado crime e o número desses crimes iriam aumentar bastante, visto que é um crime cometido em razão da emoção/paixão.

#### 2.3.1.2 Ciúme

O ciúme pode ser visto como um sentimento, assim como qualquer outro, pode ser uma reação a uma ameaça, ao medo de perder alguém e até mesmo se tornar uma paranoia. Todo mundo sente ciúme, mas a forma como o mesmo será manifestado pode variar bastante devido a personalidade de cada indivíduo. É o sentimento da perda da posse que emprega a violência como forma de vingança, podendo ter como resultado o homicídio.

### 2.3.2 Criminosos passionais: a cultura como estímulo ao crime

O crime passional tem uma natureza muito própria, não é ligado ao quadro patológico, como muitos imaginam, não se pode ligar diretamente esse tipo de crime a uma relação dita patológica. A natureza criminosa é uma natureza histórica do indivíduo, uma natureza da nossa espécie. Indivíduos que cometem crimes de natureza passional, os chamados crimes de amor, são indivíduos normalmente muito impulsivos, que abusam do álcool e/ou substâncias análogas (fatores que podem provocar uma crise de violências, mas não são as causas de tal problema), são extremamente controladores, e no momento que percebem que perde esse controle, que a mulher começa a se libertar e se tornar independente tomam medidas inesperadas. Então constata-se que há uma progressão de um comportamento que esses indivíduos cometem até chegar ao ato de homicídio, há uma transgressão de uma agressão básica antes de tudo isso.

Esses atos de desrespeito eles estão embutidos dentro dos valores dos cidadãos como coisas normais, como coisas da cultura. Nós habitamos um país em que a cultura machista ainda é muito forte, ainda vivemos em um sistema patriarcal, sexista, onde condutas como estas são muitas vezes justificadas ou legitimadas por conta desse sentimento de posse, poder e dominação do homem sobre a mulher. Então é uma realidade, um fenômeno que acontece em todos os lugares do mundo, mas o Brasil, no ano de 2016, figurou no 7º lugar no ranking mundial internacional dos feminicídios (tentados e consumados).

Alguns dados fornecidos pela Central de Atendimento à Mulher afirmam que 23,51% das mulheres sofrem a violência desde o início da relação e que 23,28% sofre de um ano até 5 anos de relacionamento. Sob outro enfoque, 80% das vítimas tem filhos e 64,35% desses presenciam a violência.

Tanto o homem quanto a mulher estão propensos a cometer um homicídio passional, mas o número de vítimas do sexo feminino é alarmante, por esse motivo o presente trabalho foca não somente nos crimes passionais, mas também nos crimes de violência doméstica familiar.

### 2.3.3 A Lei de Violência Doméstica Familiar Contra a Mulher (Lei Maria da Penha)

A Lei Maria da Penha (Lei de nº 11.340, DE 7 DE AGOSTO DE 2006), criada como ferramenta de proteção jurídica para coibir a violência doméstica. Esse tipo de violência é qualquer ação ou omissão que provoque a morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico, a lei assegura também a proteção as vítimas.

É importante lembrar que a lei não prevê crimes, os crimes que são cometidos já estão previstos no Código Penal, a lei apenas estabelece regras a serem aplicadas.

#### 2.3.3.1 Quem foi Maria da Penha

Em 1993, uma mulher brasileira, Maria da Penha Maia Fernandes, farmacêutica, sofreu duas tentativas de assassinato por parte do marido, economista e professor universitário Marco Antônio Heredia Viveros.

Depois de quase 20 anos, com o apoio de organizações internacionais, o país foi responsabilizado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (OEA) pela negligência com que tratava os casos de violência doméstica.

A partir de então, a justiça brasileira se movimentou e o agressor foi finalmente preso pelo crime contra a própria mulher.

Em 2006, por uma recomendação da OEA, o Brasil, reconheceu a necessidade de criar uma lei que punisse a violência doméstica contra as mulheres.

Para esta mulher, que se tornou símbolo desta luta, a Lei 11.340/06 veio a resgatar a dignidade da mulher brasileira, proporcionando a elas outra possibilidade de vida.

### 2.4 A persistência da violência contra a mulher

Apesar da Lei Maria da Penha e a Lei do Feminicídio, o número de crimes continua crescendo no país. Uma prova de que não é um problema de legislação, a lei não precisa ser alterada, precisa ser cumprida, efetivada, fortalecida na sua implementação pelos gestores e operadores do direito. É um problema cultural e mundial, onde impera a cultura machista e patriarcal, também reina a violência contra a mulher. A violência contra a mulher é um dos casos mais antigos de agressão, porque ultrapassa a história e existe até hoje.

A legislação que trata da proteção da integridade feminina, como a Lei Maria da Penha, apesar de importantes conquistas recentes, ainda não protege a mulher vítima dos riscos a que é submetida principalmente após o momento em que oferece denúncia contra seu agressor. A Lei Maria da Penha diminuiu apenas em 10% os homicídios contra mulheres praticados dentro das residências das vítimas, não se pode permitir que esse tipo de evento se torne o que Durkheim prevê como fato social, que toda uma coletividade ataca como, por exemplo, padrão comum de comportamento doméstico.

Para que esta realidade de fato seja alterada, é necessária uma mudança desde a educação base, pois até em um dos espaços originais da construção identitária, a escolarização tradicional, acaba por favorecer essa opressão, abstendo-se da discussão sobre a violência de gênero contra a mulher em âmbitos profissionais e familiares. Torna-se difícil qualquer progresso social nesse sentido quando se comprometem princípios e valores logo em seu início de formação. Essa discussão é importante para que as crianças se desenvolvam tendo a consciência de que devem respeitar o sexo oposto, evitando a ideia de submissão e superioridade.

A continuidade dessa e tantas outras violências também é por falta de mais políticas públicas, pois, mesmo a maioria das mulheres tendo o conhecimento sobre a existência de uma lei que as protege, muitas desacreditam de sua eficácia e acabam deixando de denunciar por medo e insegurança, sendo assim, as leis serão ineficazes devido as não denúncias. O Estado também deve implementar novos órgão especializados nesse tipo de agressão, principalmente em lugares em que

o número de crimes desse tipo é de situação alarmante, reforçando, assim, o atendimento às vítimas.

Outras violências a qual as mulheres são submetidas caminham por meios que agridem disfarçadamente sob a face de entretenimento. A mídia perpetua a imagem feminina como objeto de obtenção de prazer e apêndice da figura patriarcal, estimulando não somente essa ideia de objetificação da mulher, mas também o assédio que sofrem em suas rotinas.

Como já analisado, deve haver uma reforma geral na visão da sociedade e não na lei, a mídia deve utilizar a imagem da mulher como instrumento de justiça, promovendo mais campanhas governamentais para o e

Estímulo da denúncia desses agressores, pois aplicando a lei de forma correta, haverá um decréscimo no número de crimes contra a mulher, nos de feminicídio e também nos crimes passionais em todo o país.

### **3 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

O crime passional é um efeito de uma relação na qual o agressor acredita que tem um “poder ilimitado” sobre sua vítima. De forma alguma se mata por amor, quem ama não mata, quando uma pessoa mata outra, mata por amor a si própria.

Infelizmente o número de vítimas de crimes passionais é muito alarmante e muitos consideram a violência, o início de tudo, normal, algo que já estão acostumados a ver e passam a não se importar. O número de vítimas está crescendo incessantemente, vítimas que têm sua vida tirada de forma cruel, muitas vezes até sem o direito de se defender.

Com base nos dados tratados durante este trabalho, o número de mulheres que são assassinadas por motivo de crimes passionais é superior ao número de vítimas do sexo masculino. Para que se possa definitivamente reverter esse cenário tão opressor à mulher, existem,

portanto, caminhos a serem seguidos, não chegando à idealização com que nossa literatura se consolidou, mas garantir o direito de não ser interrompida por um crime passional na composição da sua obra-prima chamada vida.

Em primeiro lugar é necessário que a lei seja aplicada, pois nos dias atuais as mulheres têm uma lei que as garante o direito de sair de uma relação agressiva, de ser protegida e ter garantia de uma vida tranquila para ela e seus filhos, pois antigamente não havia nenhum tipo de amparo, pois era atribuída aos homens o poder sobre as mulheres.

Desde a uma estrutura policial mais consistente visando à proteção da vítima denunciadora até incentivos político-partidários a candidaturas femininas ao Poder Legislativo, passando por Ensinos Fundamental e Médio que discutam indiscriminadamente a igualdade entre gêneros, somente assim, poderemos cumprir o que está disposto no caput do artigo 5.º da Constituição Federal que rege o nosso país: “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”.

#### **4 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1998.

BRASIL. **Código Penal Brasileiro**. Brasília, DF: Senado, 1941.

BRASIL. **Código Processual Penal**. Brasília, DF: Senado, 1941.

BRASIL. **Lei Complementar n. 8.072, de 25 de julho de 1990 – Crimes Hediondos**. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8072.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm)>. Acesso em 17 fev. 2017.

BRASIL. **Lei Complementar n. 11.340, de 7 de agosto de 2006 – Violência Doméstica**. Disponível em:

< [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm)>.  
Acesso em 17 fev. 2017.

CAPEZ. Fernando. **Curso de Direito Penal: Parte Especial**. 12. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ELUF. Luiza Nagib. **A Paixão no Banco dos Réus**. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FILHO. Guaracy Moreira. **Código Penal Comentado**. 2. Ed. São Paulo: Rideel, 2012.

GILABERTE. Bruno. **Crimes Contra a Pessoa**. 1. Ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2013.

MASSON. Cleber. **Direito Penal Esquemático: Parte Especial**. 7. Ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2015.

PENAL EM RESUMO. **Dos Crimes Contra a Vida – Art. 121 – Homicídio**. Disponível em: < <http://penalemresumo.blogspot.com.br/2010/06/homicidio.html> >. Acesso em 17 fev. 2017.

SILVA. Ana Beatriz Barbosa. **Mentes Perigosas: O Psicopata Mora Ao Lado**. 2. Ed. São Paulo: Globo, 2014.

Nota:

[1] Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Federal de Campina Grande. Professor da Faculdade Maurício de Nassau desde 2012. Analista Judiciário do TRE-PB desde 2005. E-mail: [jaligsoncarlos@oi.com.br](mailto:jaligsoncarlos@oi.com.br).

## REFORMA TRABALHISTA FOI NECESSÁRIA E TARDIA

**ROBERTO MONTEIRO PINHO:** Foi diretor de Relações Internacionais da Confederação Geral dos Trabalhadores (CGT), editor do Jornal da Cidade, subeditor do Jornal Tribuna da Imprensa, correspondente internacional, juiz do trabalho no regime paritário, tendo composto a Sétima e Nona Turmas e a Seção de Dissídios Coletivos - SEDIC, é membro da Associação Brasileira de Imprensa - ABI, escritor, jornalista, radialista, palestrante na área de RH, cursou sociologia, direito, é consultor sindical, no setor privado é diretor de RH, especialista em Arbitragem (Lei 9.307/96). Membro da Associação Sulamericana de Arbitragem - ASASUL, titular da Coluna Justiça do Trabalho do jornal "Tribuna da Imprensa" do RJ, (Tribuna online), colunista da Tribuna da Imprensa online), no judiciário brasileiro.

Em 1999 no curso da minha titularidade de juiz da representação paritária no Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região (TRT/RJ), após concluir uma exaustiva e minuciosa avaliação sobre a morosidade e os problemas latentes daquele judiciário, encaminhei uma proposta de projeto de lei, ou medida administrativa com efeito aplicativo, para que a União Federal quitasse 80% das demandas trabalhistas em curso, (a aquela altura cerca de 14 milhões de ações), com valores abaixo de R\$ 10 mil.

O governo poderia propor o pagamento da dívida trabalhista das empresas em 24 parcelas iguais podendo se estender até 36 parcelas. Dessa forma, sobrariam somente 20% das demandas, a maioria envolvendo órgãos públicos, estado, fundações, municípios, bancos, grandes empresas e financeiras. Esse grupo envolvendo 65% do total do débito trabalhista existente. O documento estacionou na Comissão de Orçamento Público e até hoje sequer obtive uma resposta. A economia que isso traria aos cofres públicos era real.

Na verdade para subsidiar o projeto utilizei a base nos dados divulgados pelo Conselho nacional de Justiça (CNJ) através do programa "Justiça em Números", indicando que a Justiça do Trabalho gastou no ano de 2007, R\$ 3,5 mil por cada trabalhador que recorreu a este judiciário,

somando ao todo 2,4 milhões de trabalhadores e empregadores, um total de 8,4 bilhões, o equivalente a 0,31 do Produto Interno bruto (PIB).

Em comparação com 2006, a Justiça do Trabalho gastou R\$ 1 bilhão a mais para atender mais de 65 mil pessoas. Isso significa dizer que cada brasileiro (considerando toda a população do país, e não só a economicamente ativa) pagou R\$ 43,55 no ano para manter a Justiça do Trabalho, um aumento de R\$ 4 em comparação ao anterior. Inoperante, descoordenada e divorciada dos seus principais pilares: sindicalismo e a ausência de um código próprio, essa justiça acabou no abismo da incerteza.

Agora em 2017 a JT recebeu o seu maior revés, a reforma trabalhista suprimiu direitos e também esvaziou os poderes dos juízes e sindicatos.

**O relatório de 2008, mostra que ingressaram 3.855.374 processos na Justiça trabalhista, e foram julgados 3.824.100. Embora perto do equilíbrio entre processos que entram e saem das varas e tribunais, no final de 2008 sobraram 31 mil processos sem serem julgados, que se somaram aos 3 milhões de casos pendentes dos anos anteriores. Os tribunais regionais atenderam 2,5 milhões de pessoas. A pesquisa mostra que a Justiça do Trabalho contava com 3.145 juízes, sendo que 2.691 encontram-se na primeira instância e 454 na segunda. Conta ainda com 43 mil servidores. Em média, há 1,7 para cada 100 mil habitantes.**

Ainda em 2008, segundo dados do Relatório do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), “programa Justiça em Números”, de cada grupo de 10 processos, quatro deixaram de ser julgados na Justiça do Trabalho, em comparação com a Justiça Estadual e a Federal, a JT tem a menor taxa de congestionamento de processos, uma relação entre processos trabalhistas julgados e não julgados de 44,6, (taxa considerada elevada por se tratar de verba alimentar) enquanto que a da Justiça Estadual era de 73,1 e da Federal foi de 58,9.

Os dados também indicavam que a carga de trabalho dos juízes do Trabalho está num nível mais civilizado que o de seus colegas da Justiça Federal e dos estados. Em média um juiz trabalhista tinha 2.196 processos para julgar em 2008, enquanto os magistrados da Justiça Estadual tinham 5.144 e da Federal 4.112.

Mesmo com uma carga de trabalho de mais de 2 mil processos, cada juiz conseguiu resolver pouco mais de 1.200 processos, em média, durante o ano de 2008. Na segunda instância, a média de processos julgados por juiz foi de 1.453. Já na primeira instância, foi de 1.175 processos por juiz

## A REMISSÃO COMO FORMA DE EXCLUSÃO DO PROCESSO E A FUNÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO ÓRGÃO CONCESSOR DO BENEFÍCIO AO ADOLESCENTE INFRATOR

**JOÃO GABRIEL CARDOSO:** Advogado. Especialista em Direito Administrativo pela Faculdade de Ciências de Wenceslau Braz. Aprovado no concurso de provas e títulos para o cargo de Delegado de Polícia Civil de 1ª Classe do Estado do Ceará.

**RESUMO:** A remissão pré-processual é instituto de grande importância e que possibilita ao adolescente a oportunidade de ser perdoado sem que se passe pela estimatização de um processo judicial, possibilitando o desafogamento do Poder Judiciário e o intuito pedagógico do Estatuto da Criança e do Adolescente, que é a ressocialização do menor infrator.

**Palavras-chave:** Remissão. Ministério Público. Medida Socioeducativa. Defesa Técnica.

### SUMMARY:

The pre-procedural referral is an institute of great importance and allows the adolescent the opportunity to be forgiven without the estimation of a judicial process, allowing the uncontrolled Judiciary and the pedagogical purpose of the Statute of the Child and Adolescent, which is the resocialization of the juvenile offender.

**Keywords:** Remission. Public ministry. Socio-educational Measure. Technical Defense.

**SUMÁRIO:** Introdução; 1-Origem Histórica; 2-Conceito de remissão; 3-Momento da concessão; 4-O Ministério Público e a remissão; 4.1-A remissão como forma de exclusão e a sua cumulação com medida socioeducativa; 4.2-A remissão e a remessa dos autos ao Procurador-Geral de Justiça; 4.3-Quanto à obrigatoriedade de advogado ou defensor ao adolescente no momento da concessão da remissão ministerial; 4.4-O adolescente e a sua liberdade de aceitação da remissão; Conclusão

## INTRODUÇÃO

O instituto da remissão tem por finalidade possibilitar ao menor infrator o seu arrependimento pela prática do ato infracional, considerando a sua condição de pessoa em desenvolvimento sem que ele ao final seja responsabilizado a cumprir medidas socioeducativas de inserção em regime de semi-liberdade ou de internação. O perdão deve ser interpretado como uma regra, analisando o caso concreto, e o órgão concessor verificará as condições pessoais do menor que praticou o ato infracional. É de grande valia o estudo do instituto e o presente artigo visa abordar pontos específicos que são objeto de discussão tanto na jurisprudência pátria quanto na doutrina quanto à remissão ministerial.

### 1-ORIGEM HISTÓRICA

A remissão é instituto que está previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente e traduz a ideia de perdão ao adolescente infrator. O instituto foi adotado com esta tradução no ordenamento jurídico brasileiro, contudo a sua origem histórica surge em período anterior com as Regras Mínimas das Nações Unidas para administração da Justiça da Infância e da Juventude (Regras de Beijing), que, inclusive trata o instituto em análise com outra nomenclatura.

Segundo Márcio André Lopes Cavalcante, citando Luciano Alves Rossato, “na versão original das Regras de Beijing, escrita em inglês, a expressão utilizada para o instituto foi “diversion” que acabou sendo traduzido como “remissão”. A doutrina especializada, no entanto, critica esta tradução e afirma que remissão é chamada no inglês de remission” (perdão). Logo, a tradução mais correta de “diversion” seria algo como “encaminhamento diferente do original.” [\[1\]](#)

Destaca-se que o instituto da remissão está localizado no item 11 das Regras de Beijing. E para fins de conhecimento diz o item 11.3 que:

*“Toda remissão que signifique encaminhar o jovem a instituições da comunidade ou de outro tipo dependerá do consentimento dele, de seus pais ou tutores; entretanto, a decisão relativa à remissão do caso será submetida ao*

*exame de uma autoridade competente, se assim for solicitado”.*

Diante do exposto, observa-se que a origem histórica se baseia nas Regras de Beijing, tendo o Estatuto da Criança e do Adolescente adotado instituto semelhante, haja vista no Código de Menores sequer ter previsto a existência de um instituto tão importante como é o da remissão.

## **2-CONCEITO DE REMISSÃO**

O instituto da remissão é aquele que possibilita a concessão de perdão ao adolescente quando se está diante de uma prática de ato infracional, ocasião em que o Ministério Público ou o Poder Judiciário, a depender do momento processual, poderá concedê-lo. Segundo o autor Noberto de Almeida Carride, *“exprime, pois o sentido de perdão, renúncia, desistência ou absolvição. Juridicamente, a remissão exprime sempre a renúncia voluntária ou a liberação graciosa a respeito de uma dívida, de um direito”.*

Segundo o autor Antonio Cezar Lima da Fonseca:

*“a remissão implica o “esquecimento” do ato cometido. A “folha” de antecedentes judiciais do infrator é “zerada”, o que não significa que esteja isento de outras reparações, como eventual indenização pelo dano causado.”*

Neste mesmo sentido o autor Guilherme Freire de Melo Barros destaca que:

*“a remissão não vale como antecedente. Essa característica é importante especialmente em relação à aplicação da medida de internação com base no inciso II do art. 122. Se o adolescente recebe uma remissão e posteriormente comete um ato infracional sem grave ameaça ou violência, não lhe pode ser imposta a medida socioeducativa de internação”.*

Superada a fase conceitual faz-se importante destacar o momento em que o benefício é concedido ao menor infrator.

### **3-MOMENTO DA CONCESSÃO**

A remissão se divide em três espécies, sendo elas: exclusão, suspensão ou extinção do processo.

A primeira delas é a remissão como forma de exclusão do processo, também conhecida como pré-processual, que compete exclusivamente ao Ministério Público, antes de iniciado o procedimento judicial para apuração de ato infracional, conforme prevê o art. 126, *caput*, do Estatuto, baseando-se no princípio da voluntariedade, hipótese em que poderá o órgão ministerial avaliar a possibilidade de concessão, atendendo às circunstâncias e conseqüências do fato, ao contexto social, bem como à personalidade do adolescente e a sua maior ou menor participação no ato infracional. Esta avaliação se dá na oitiva informal, quando o órgão ministerial avalia o comportamento do infrator ainda primário. Ao final da concessão da remissão haverá a homologação judicial, sendo que segundo Antonio Cezar Lima da Fonseca essa homologação ocorre como forma de fiscalização para *“que o órgão não cometa abusos, proteção indevida ou benemerências ao arrepio da norma legal”*.

Já as outras duas espécies de remissão, tanto a como forma de suspensão quanto de extinção do processo se dão na fase judicial. Aquela visa a suspensão do processo enquanto o adolescente permanecer vinculado à medida- ou medidas ajustadas, e esta visa a extinção do processo, isto é, quando o Poder Judiciário após toda a análise probatória e de condições pessoais do adolescente decide extinguir o processo que teve prosseguimento mediante representação do órgão ministerial em que reconheceu a responsabilidade do adolescente pela prática de ato infracional. Veja que neste caso o Judiciário poderá cumular a remissão com medida socioeducativa, haja vista ser a medida de reserva jurisdicional, conforme teor da súmula nº 108 do Superior Tribunal de Justiça, que diz ser de competência exclusiva do Judiciário.

### **4-O MINISTÉRIO PÚBLICO E A REMISSÃO**

O Ministério Público, dentro de toda a sua vasta área de atuação que o ordenamento jurídico lhe confere, possui a atribuição de conceder a remissão como forma de exclusão do processo (art. 201, I, ECA).

Inicialmente vale destacar que o referido órgão no momento em que toma ciência da prática de ato infracional e que o adolescente lhe é apresentado, deverá proceder imediata e informalmente à sua oitiva e, em sendo possível, de seus pais ou responsáveis legais, vítima e testemunhas, tendo três opções de decisão, podendo promover o arquivamento dos autos, conceder a remissão ou representar à autoridade judiciária para aplicação de medida socioeducativa, conforme se depreende do texto do art. 180 do Estatuto.

A remissão antes da fase judicial é forma de exclusão do processo e constitui-se ato bilateral complexo<sup>[2]</sup>, conforme afirma o autor Tarcísio José Martins Costa, citado por Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (2014, p. 995), porquanto, veja que somente completa o seu ciclo de formação mediante a homologação da autoridade judiciária.

É de notar que o referido instituto tem peculiaridades quando a sua análise é feita de maneira aprofundada em determinados pontos, possuindo divergências de entendimentos, como veremos a seguir.

#### **4.1-A REMISSÃO COMO FORMA DE EXCLUSÃO E A SUA CUMULAÇÃO COM MEDIDA SOCIOEDUCATIVA**

A remissão, como já dito, é instituto que se desdobra em três conseqüências jurídicas, a depender de cada caso concreto. Se a remissão for concedida no âmbito da fase judicial, não há dúvidas de que é possível ser cumulada com medida socioeducativa, pois ela será concedida pelo próprio Poder Judiciário e como já se posicionou em sede de entendimento sumulado o Superior Tribunal de Justiça pacificou a sua jurisprudência no sentido da medida socioeducativa ser ato exclusivo do Juiz.<sup>[3]</sup>

No que tange à remissão como forma de exclusão do processo, há divergência quanto à sua possibilidade, havendo duas correntes, uma

entendendo ser possível ao órgão ministerial a cumulação, desde que a medida socioeducativa não seja privativa de liberdade ou de semiliberdade, já a outra entendendo não ser possível, pelo mesmo fundamento da remissão na fase judicial, qual seja o da súmula 108 do STJ. Ocorre que há julgado recente do próprio STJ que contraria o seu próprio entendimento sumulado. Veja-se:

*RECURSO ESPECIAL. LEIN. 8.069/1990. REMISSÃO PRÉ-PROCESSUAL. INICIATIVA DOMINISTÉRIO PÚBLICO. DIVERGÊNCIA TOTAL OU PARCIAL. APLICAÇÃO DO ART. 181, § 2º, DO ECA. RECURSO PROVIDO. 1. É prerrogativa do Ministério Público, como titular da representação por ato infracional, a iniciativa de propor a remissão pré-processual como forma de exclusão do processo, a qual, por expressa previsão do art. 127 do ECA, já declarado constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, pode ser cumulada com medidas socioeducativas em meio aberto, as quais não pressupõem a apuração de responsabilidade e não prevalecem para fins de antecedentes, possuindo apenas caráter pedagógico. 2. O Juiz, no ato da homologação exigida pelo art. 181, § 1º, do ECA, se discordar da remissão concedida pelo Ministério Público, fará remessa dos autos ao Procurador-Geral de Justiça e este oferecerá representação, designará outro promotor para apresentá-la ou ratificará o arquivamento ou a remissão, que só então estará a autoridade judiciária obrigada a homologar. 3. Em caso de discordância parcial quanto aos termos da remissão, não pode o juiz modificar os termos da proposta do Ministério Público no ato da homologação, para fins de excluir medida em meio aberto cumulada com o perdão. 4. Recurso especial provido para anular a homologação da remissão e determinar que o Juízo de primeiro grau adote o rito do art. 181, §2º, do ECA. (REsp 1392888 / MS RECURSO*

*ESPECIAL 2013/0250573-1, Ministro ROGERIO SCHIETTI  
CRUZ, 6ª Turma, 30/06/2016.)*

Vale destacar que este julgado não representa a posição do Plenário, pois se trata de decisão de Turma, logo, ainda tem prevalecido no Superior Tribunal de Justiça o seu entendimento sumulado.

No que se refere à remissão poder ser cumulada com medida socioeducativa o principal fator da sua admissibilidade é o de que a medida não tem caráter de pena, mas sim pedagógico, para fins de reeducação, frisando ainda o fato de que mesmo com a cumulação a remissão não perde a sua essência de perdão, e segundo o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente o instituto não prevalece para efeitos de antecedentes. Esta, inclusive, é a posição pacífica da Suprema Corte, senão vejamos:

*RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ARTIGO 127 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. REMISSÃO CONCEDIDA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. CUMULAÇÃO DE MEDIDA SÓCIO-EDUCATIVA IMPOSTA PELA AUTORIDADE JUDICIÁRIA. POSSIBILIDADE. CONSTITUCIONALIDADE DA NORMA. PRECEDENTE. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. 1. O acórdão recorrido declarou a inconstitucionalidade do artigo 127, in fine, da Lei nº 8.089/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente), por entender que não é possível cumular a remissão concedida pelo Ministério Público, antes de iniciado o procedimento judicial para apuração de ato infracional, com a aplicação de medida sócio-educativa. 2. A medida sócio-educativa foi imposta pela autoridade judicial, logo, não fere o devido processo legal. A medida de advertência tem caráter pedagógico, de orientação ao menor e em tudo se harmoniza com o escopo que inspirou o sistema instituído pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. 3. A remissão pré-processual concedida pelo Ministério Público, antes mesmo de se iniciar o procedimento no qual seria apurada a responsabilidade, não é incompatível com a imposição de medida sócio-educativa de advertência, porquanto não possui esta caráter*

*de penalidade. Ademais, a imposição de tal medida não prevalece para fins de antecedentes e não pressupõe a apuração de responsabilidade. Precedente. 4. Recurso Extraordinário conhecido e provido. (RE 248018, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 06/05/2008, DJe-112 DIVULG 19-06-2008 PUBLIC 20-06-2008 EMENT VOL-02324-04 PP-00728 RTJ VOL-00205-01 PP-00422 RT v. 97, n. 876, 2008, p. 537-541 LEXSTF v. 30, n. 359, 2008, p. 235-244 RMP n. 36, 2010, p. 247-254).*

No mesmo sentido do Supremo Tribunal Federal caminha a doutrina, conforme se observa do artigo publicado pela autora Luana Souza Delitti sobre o tema. Diz a autora:

*“A doutrina majoritária, no entanto, é favorável à cumulação de remissão processual com medida socioeducativa, exceto se privativas de liberdade. É dada interpretação distinta à súmula em análise, entendendo que serviu para encerrar discussão anteriormente existente sobre a possibilidade de órgão diverso do Poder Judiciário praticar ato decisório; discussão esta que teve como base a redação do art. 126 no qual se utiliza o verbo conceder.*

*A cumulação não ofende os princípios constitucionais acima citados, uma vez que a própria lei faz previsão da exceção à regra da cumulação. Vale lembrar, ainda, que a remissão deve ser aceita pelo adolescente e a proposta deve ser aceita pelo juiz, nos termos do artigo 128 do ECA.”*

Este também é o entendimento extraído da obra dos autores Murillo José Digiácomo e Ildeara de Amorim Digiácomo (p. 246, 2009):

*“A referida súmula deve ser interpretada com cautela, de modo a evitar a conclusão apressada (e obviamente equivocada) de que o Ministério Público estaria impedido de exercer uma atribuição que lhe foi expressamente confiada pela Lei nº 8.069/1990. Para tanto, devemos partir da*

*constatação de que a Lei nº 8.069/1990, foi bastante clara ao conferir ao Ministério Público a atribuição/prerrogativa de conceder ao adolescente acusado da prática de atos infracionais a remissão cumulada (ou não) com medidas socioeducativas não privativas de liberdade, o que se extrai da inteligência dos arts. 126 a 128, do ECA e, em especial, do disposto no art. 181, §1º, do mesmo Diploma Legal, que de maneira expressa estabelece que a autoridade judiciária, após homologar a remissão concedida pelo Ministério Público como forma de exclusão do processo, “determinará, conforme o caso, o cumprimento da medida” (verbis), o que seria ocioso (e mesmo teratológico) mencionar caso o termo de remissão homologado não pudesse conter qualquer medida a ser cumprida pelo adolescente”.*

Do exposto, analisa-se que a jurisprudência é divergente entre os Tribunais Superiores. Já a doutrina, no entanto, possui posição majoritária quanto à admissibilidade do órgão ministerial conceder remissão cumulada com medida socioeducativa.

#### **4.2-A REMISSÃO E A REMESSA DOS AUTOS AO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA**

O Estatuto da Criança e do Adolescente traz em seu art. 181, §2º dispositivo que diz em caso de haver discordância quanto à concessão da remissão, “a autoridade judiciária fará remessa dos autos ao Procurador-Geral de Justiça, mediante despacho fundamentado, e este oferecerá representação, designará outro membro do Ministério Público para representá-la, ou ratificará o arquivamento ou a remissão, que só então estará a autoridade judiciária obrigada a homologar.”

Veja que o referido texto possui semelhança ao que prevê o art. 28 do Código de Processo Penal, no que tange à discordância de opinião entre o Ministério Público e o Poder Judiciário quanto ao arquivamento do Inquérito Policial.

Quanto a esse ponto não há divergência alguma da doutrina ou jurisprudência brasileira. Para enriquecimento destaca-se julgado do Tribunal do Paraná fazendo menção a ambos os dispositivos legais:

*“O Ministério Público é o titular da ação, podendo, após verificar a possível ocorrência de ato infracional, submeter à autoridade judiciária a promoção para o arquivamento dos autos, a remissão ou a representação para aplicação de medida sócio-educativa, abrindo-se, contudo, para o juiz, tão-somente, caso discorde do arquivamento ou remissão, a possibilidade da remessa dos autos ao Procurador-Geral de Justiça, valendo-se de mecanismo previsto no art [181](#), [§ 2º](#), do [ECA](#), semelhante ao do art. [28](#) do [CPP](#). Writ deferido. APL 3842291 PR 0384229-1, 2ª Câmara Criminal, Rel. Lillian Romero, TJ/PR, 14/06/2007.” (Grifo meu).*

Assim, havendo opinião do órgão ministerial em conceder a remissão e o Judiciário divergindo no sentido de entender pela representação do ato infracional, ou vice-versa, os autos serão encaminhados ao Procurador-Geral de Justiça, tendo o Estatuto dispositivo próprio (art. 181, §2º), não necessitando de se recorrer à analogia do art. 28 do Código de Processo Penal.[\[4\]](#)

#### **4.3-QUANTO À OBRIGATORIEDADE DE ADVOGADO OU DEFENSOR AO ADOLESCENTE NO MOMENTO DA CONCESSÃO DA REMISSÃO MINISTERIAL**

Sabe-se que o Estatuto da Criança e do Adolescente assegura ao adolescente a garantia de defesa técnica por advogado, a igualdade na relação processual, e a assistência judiciária gratuita a quem dela necessitar, através de defensor público ou advogado nomeado, sendo este raciocínio aplicável da interpretação literal que se faz do art. 111, incisos II e III[\[5\]](#) e do art. 141, §1º[\[6\]](#).

No entanto, há grande polêmica em relação à necessidade de o adolescente ser representado tecnicamente por advogado ainda na fase inicial (pré-processual), quando o Ministério Público procede à imediata e informal oitiva do adolescente infrator e, em sendo possível, de seus pais

ou responsável, vítima e testemunhas (art. 179, ECA), isto porque a remissão como forma de exclusão do processo não implica necessariamente o reconhecimento ou comprovação da responsabilidade do adolescente, nem prevalece para efeito de antecedentes.

O fator preponderante para quem se posiciona pela necessidade de defesa na oitiva informal é que quando o Ministério Público concede a remissão cumulada com medida socioeducativa (imprópria) o menor se encontra em situação de fragilidade processual, pois em tese recebe um perdão, porém com uma sanção, isto é, uma responsabilidade de cumprir medida socioeducativa de reparar o prejuízo advindo da prática do ato infracional que possivelmente sequer pode ter sido cometido pelo suposto adolescente, daí a necessidade dele querer produzir provas para provar a sua inocência e eventual arquivamento. Neste sentido o Superior Tribunal de Justiça se posiciona pela imprescindibilidade de advogado. Veja-se:

*CRIANÇA E ADOLESCENTE. HABEAS CORPUS .  
AUDIÊNCIA DE APRESENTAÇÃO. DEFESA TÉCNICA.  
PRESCINDIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO.  
RECONHECIMENTO. 1. A remissão, nos moldes dos arts.  
126 e ss. do ECA, implica a submissão a medida sócio  
educativa sem processo. Tal providência, com significativos  
efeitos na esfera pessoal do adolescente, deve ser imantada  
pelo devido processo legal. Dada a carga sancionatória da  
medida possivelmente assumida, é imperioso que o  
adolescente se faça acompanhar por advogado, visto que a  
defesa técnica, apanágio da ampla defesa, é irrenunciável. 2.  
Ordem concedida para anular o processo e, via de  
consequência, reconhecer a prescrição do ato infracional  
imputado à paciente. HABEAS CORPUS Nº 67.826 - SP  
(2006/0220358-1), Min. Rel. Maria Thereza de Assis Moura.*

No entanto, não se pode olvidar que o Ministério Público como órgão de função essencial à justiça, tem o dever legal de ser fiscal do ordenamento jurídico. Logo, não se pode partir do pressuposto de que o referido órgão agirá aos alvedrios da lei. Somado a isso, tem-se o fato de que a remissão é um perdão, e ainda que venha a ser cumulada com

medida socioeducativa, caso se adote a corrente que sustenta que este órgão poderá cumular essa medida, não haveria prejuízo ao menor infrator de estar sem representação de um defensor, pois não há que se falar em contraditório em ampla defesa em uma fase pré-processual e ao final o adolescente estaria cumprindo uma medida pedagógica, e não de sanção.

No que tange à remissão própria essa discussão perde o sentido, pois neste caso o perdão sequer pode ser rejeitado pelo adolescente, logo não haveria necessidade de um defensor diante de um benefício que ao final será homologado pelo órgão jurisdicional.

#### **4.4-O ADOLESCENTE E A SUA LIBERDADE DE ACEITAÇÃO DA REMISSÃO**

O instituto da remissão como forma de exclusão do processo quando aplicado de forma pura, sem a cumulação de medida socioeducativa (remissão própria), segundo a melhor doutrina, não dá a liberdade de escolha ao adolescente de aceitar ou não o benefício. Neste caso, o adolescente se encontra em situação apenas de sua aceitação, pois se trata de perdão, e que não lhe prejudicará para fins de antecedentes e de eventuais reiterações de atos infracionais.

Diferentemente é a situação em que o perdão é concedido ao adolescente quando cumulada com medida socioeducativa (remissão imprópria), pois mesmo esta tendo caráter pedagógico, o menor estará sujeito ao cumprimento de uma obrigação de reparar o dano, prestação de serviços à comunidade ou liberdade assistida. E veja, o adolescente pode comprovar que não praticou o ato infracional, seja por não ter sido o autor do ato infracional ou por este inexistir. Assim, o adolescente poderá provar a sua inocência e recusar a remissão cumulada com quaisquer dessas medidas socioeducativas citadas. As duas interpretações são confirmadas pelos autores Murillo José Digiácomo e Ildeara de Amorim Digiácomo (p. 213, 2009):

*“Em sede de remissão, seja como forma de exclusão do processo (arts. 126, caput c/c 201, inciso I, ambos do ECA), seja como forma de suspensão ou extinção do*

*processo (arts. 126, par. único c/c 148, inciso II, ambos do ECA), não poderá haver a imposição de medidas socioeducativas, que somente poderão ser incluídas no termo se houver a concordância expressa do adolescente, devidamente assistido por seus pais ou responsável. A imposição de medidas socioeducativas em sede de remissão importaria em afronta ao princípio constitucional do devido processo legal, ex vi do disposto no art. 5º, inciso LIV, da CF”.*

Em outro trecho da obra dizem que:

*“Embora em condições normais a oitiva informal do adolescente não possa ser dispensada, nada impede que, em situações excepcionais (quando da não localização deste para o ato, por exemplo), o representante do MP promova o arquivamento dos autos, conceda remissão (em sua forma de “perdão puro e simples, desacompanhada de qualquer medida socioeducativa) ou mesmo ofereça a representação socioeducativa, sem a prévia realização da oitiva.”*

Assim, devido à importância do Ministério Público no ordenamento jurídico, os autores afirmam que é possível que o órgão conceda a remissão própria até mesmo sem a oitiva informal, o que significa dizer que prescinde da anuência do adolescente para que seja homologada pelo Poder Judiciário.

## **CONCLUSÃO**

Conforme se observa do estudo da remissão pré-processual, trata-se de instituto de grande valia que possui aplicação prática relevante devido a suas grandes divergências que se dão em determinados pontos específicos, como a possibilidade de o órgão ministerial conceder essa cumulação, a de necessidade de defesa, a de anuência do menor infrator, entre outras exploradas neste artigo. O intuito do presente artigo foi concretizado ao delimitar cada ponto abordado de acordo com a posição da doutrina e da jurisprudência pátria, que como dito, não têm sido unânime até o presente momento.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1- BARROS, Guilherme Freire de Melo. Direito da Criança e do Adolescente. Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)/ coordenador Leonardo de Medeiros Garcia- 10. ed. rev. atual e ampl.- Salvador: Juspodivm, 2016. Pag. 192.

2-CARRIDE, Norberto de Almeida. Estatuto da Criança e do Adolescente Anotado/ Noberto de Almeida Carride. Campinas, SP: Servanda Editora, 2006.

3- DIGIÁCOMO, Murillo José. ECA: Estatuto da Criança e do Adolescente anotado e interpretado/Murillo José Digiácomo, Ideara de Amorim Digiácomo. -2. ed.-São Paulo: FTD, 2011.

4-FONSECA, Antonio Cezar Lima da. Direito da criança e do adolescente/ Antonio Cezar Lima da Fonseca. -2. ed. – São Paulo: Atlas, 2012.

5-MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. Crianças e Adolescentes- Direitos 2. Crianças e adolescentes- Direitos- Brasil 1. Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos. 7. ed. rev. E atual. – São Paulo: 2014.

6- CAVALCANTE, Márcio André Lopes. Site: Dizer o Direito. Disponível em: <<http://www.dizerodireito.com.br/2016/10/remissao-prevista-no-eca-saiba-mais.html>> Acesso em: 22 de agosto, 2017.

7- DELITTI, Luana Souza. JusBrasil. Disponível em: <<https://fg.jusbrasil.com.br/noticias/2118637/e-possivel-que-o-ministerio-publico-conceda-remissao-pre-processual-cumulada-com-medida-socioeducativa-luana-souza-delitti>> Acesso em: 22 de agosto, 2017.

8- Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm)> Acesso em: 22 de agosto, 2017.

9-Julgado do Tribunal de Justiça do Paraná. JusBrasil. Disponível em: <<https://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6255419/recurso-de-apelacao-eca-apl-3842291-pr-0384229-1>> Acesso em: 22 de agosto de 2017, às 16h 20min.

10-Julgado do Superior Tribunal de Justiça. Voto da Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Disponível em: <<http://www.mpam.mp.br/attachments/article/2370/ATC%20II.pdf>> Acesso em: 22 de agosto, 2017.

11- Regras de Beijing. Disponível em: <[http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/c\\_a/lex47.htm](http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/c_a/lex47.htm)>. Acesso em: 22 de agosto, 2017.

#### NOTAS:

[1]<http://www.dizerodireito.com.br/2016/10/remissao-prevista-no-eca-saiba-mais.html>. Acesso em 22 de agosto de 2017, às 11h.

[2] COSTA, Tarcísio José Martins. *Estatuto da Criança e do Adolescente*. Belo Horizonte. Del Rey, 2004. p. 264.

[3] Súmula 108, STJ: *A aplicação de medidas socioeducativas ao adolescente, pela prática de ato infracional, é da competência exclusiva do juiz.*

[4] Art. 28, § 2º *Discordando, a autoridade judiciária fará remessa dos autos ao Procurador-Geral de Justiça, mediante despacho fundamentado, e este oferecerá representação, designará outro membro do Ministério Público para apresentá-la, ou ratificará o arquivamento ou a remissão, que só então estará a autoridade judiciária obrigada a homologar.*

[5] Art. 111. *São asseguradas ao adolescente, entre outras, as seguintes garantias:*

*II - igualdade na relação processual, podendo confrontar-se com vítimas e testemunhas e produzir todas as provas necessárias à sua defesa;*

*III - defesa técnica por advogado. (Grifo meu)*

**[6]**Art. 141. *É garantido o acesso de toda criança ou adolescente à Defensoria Pública, ao Ministério Público e ao Poder Judiciário, por qualquer de seus órgãos.*

§ 1º. *A assistência judiciária gratuita será prestada aos que dela necessitarem, através de defensor público ou advogado nomeado.*

## DO INÍCIO DA PERSONALIDADE CIVIL E DA SITUAÇÃO JURÍDICA DO NASCITURO

**CAMILA GONÇALVES DA SILVA ASSUNÇÃO:** Acadêmica do curso de Direito da Universidade Federal do Maranhão.

**Resumo:** O presente artigo visa percorrer as principais polêmicas acerca do início da personalidade civil, bem como busca fazer uma breve apresentação acerca das teorias que tratam do assunto. Por fim, apresenta a teoria adotada pelo Código Civil de 2002 e os conflitos que envolvem a situação do nascituro.

**Palavras Chave:** direito civil; personalidade civil; nascituro; teoria natalista; teoria da personalidade condicional; teoria concepcionista.

**Abstract:** The present article aims to cover the main controversies about the beginning of the civil personality, as well as to make a brief presentation about the theories that deal with the subject. It seeks, also, to present the theory adopted by the Civil Code of 2002 and to report the controversies of the situation of the unborn child before the question.

**Key-words:** This article is intended to cover civil law; civil personality; unborn child; natal theory; conditional personality theory; Cconceptionist theory.

**Sumário:** 1. Introdução. 2. Início da Personalidade Civil. 3. Teorias. 6. Conclusão.

---

### 1. INTRODUÇÃO

O artigo 2º do Código Civil de 2002 afirma que a personalidade civil tem seu início com a vida, assim como era o artigo 4º do Código Civil de 1916. Contudo, a lei disporá sobre os direitos do nascituro desde a sua concepção.

Assim, vejamos o Código Civil de 1916 e o de 2002, respectivamente:

***“Art. 4. A personalidade civil do homem começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro.”***

***“Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.”***

Com a referida disposição acima, a discussão acerca da personalidade civil do nascituro, continua a ser latente, pois com o novo texto, perdeu-se a oportunidade de acabar com a disputa entre as teorias natalista e da concepção.

Diante do texto do art. 2º do Código Civil/2002, é notória a adoção pelo Código Civil de 2002 da teoria natalista, assim como era adotada pelo Código Civil de 1916. Entretanto, parece que tal entendimento vem sendo superado pela doutrina e pela jurisprudência, em que pese a teoria acima possuir renomados e respeitáveis defensores.

Claramente, o artigo 2º do Código Civil realiza uma divisão entre o nascimento e a concepção, sendo esse o ponto principal que origina a discussão relacionada ao tema deste artigo.

Assim, as principais teorias que tratam do tema sobre o início da personalidade jurídica são: teoria natalistas; teoria da personalidade condicional; teoria concepcionista. Tais teorias serão estudadas a seguir.

## **2. Do Início da Personalidade Civil**

Como já dito, na introdução deste artigo, o Código Civil de 2002 estabelece que a personalidade civil se inicia a partir do nascimento com vida.

Esse é o entendimento que prevalecia entre os autores clássicos e determina que, para a personalidade civil surgir, exige-se o nascimento com vida.

Nesse sentido, de acordo com os autores clássicos, o nascituro não pode ser considerado pessoa e por essa razão não era capaz de adquirir direitos, mas apenas expectativa de direitos, o que traduz imensa diferença.

Desta forma, com base no que foi dito no parágrafo anterior, surge o problema de definir o que é considerado o nascituro, uma vez que se não é “pessoa”, também não pode ser considerado “coisa”.

Portanto, para melhor compreensão, será necessária a análise de cada teoria e as questões controversas que cada uma dela causa no ordenamento jurídico e, conseqüentemente, na sociedade.

### **3. Das Teorias**

Como já dito no tópico anterior, a teoria natalista foi a teoria adotada pelo Código Civil de 2002, de acordo com o artigo 2º. A referida teoria condiciona o surgimento da personalidade civil com o nascimento com vida e não considera o nascituro como “pessoa”.

A título de registro, podemos citar o doutrinador clássico que é adepto a tal teoria Caio Mário da Silva Pereira e na doutrina contemporânea Sílvio de Salvo Venosa, ou seja.

Para os doutrinadores citados, o fundamento para a adoção de tal teoria é a interpretação literal da lei, porém tal entendimento, de um ponto de vista pragmático, renega ao nascituro diversos direitos relevantes, até mesmo direitos fundamentais, como por exemplo, os direitos à dignidade humana, à vida e à personalidade.

No que tange à teoria da personalidade condicional, também estabelece que a personalidade civil surge com o nascimento com vida e relaciona os direitos do nascituro a uma condição suspensiva, ou seja, sua eficácia fica adstrita a um evento futuro e incerto, sendo um elemento accidental do negócio jurídico.

Como doutrinadores que adotam tal teoria, podemos citar Washington de Barros Monteiro, Clóvis Beviláqua e Arnaldo Rizzardo.

Com efeito, as questões controversas que são levantadas com a teoria natalista também são levantadas com a teoria da personalidade condicional, pois também não considera o nascituro como “pessoa” e, ainda, impõe uma condição suspensiva a direitos da personalidade, o que é incorreto por ter um viés patrimonial, ou seja, os direitos da personalidade não podem ser condicionados.

A teoria concepcionista, que ganha força com o desenvolver do direito e da sociedade, sustenta o nascituro como pessoa, ou seja, que a personalidade civil nasce desde a concepção.

Tal teoria é defendida por Pontes de Miranda, Pablo Stolze Gagliano, Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald dentre outros, e é a teoria com maior aceitação dentre os doutrinadores contemporâneos.

Importante ressaltar o Enunciado nº 1 do Conselho de Justiça Federal (CJF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ), aprovado na I Jornada de Direito Civil, que adotam a teoria concepcionista, conferindo direito, inclusive, ao natimorto, como por exemplo, direito ao nome e imagem.

A teoria da concepção está mais de acordo com a atualidade, pois ao estabelecer que a personalidade civil surge desde a concepção e ao conferir direitos ao nascituro, está garantindo o respeito aos direitos fundamentais a esse, indo no mesmo sentido da Lei nº 11.804/2008, por exemplo, pois confere ao nascituro o direito a alimentos (alimentos gravídicos), bem como confere ao nascituro direito à vida.

Desta forma, o Superior Tribunal de Justiça tem caminhado para a direção da teoria concepcionista, tendo diversos julgados nesse sentido. Assim, vejamos os julgados a seguir:

*STJ - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL AgRg no AgRg no AREsp 150297 DF 2012/0041902-2 (STJ)*

**Data de publicação: 07/05/2013**

**Ementa: AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DANOS MATERIAIS E MORAIS. NASCITURO. PERDA DO PAI. 1.- Não há falar em omissão, contradição ou obscuridade no acórdão recorrido, que apreciou todas as questões que lhe foram submetidas de forma fundamentada, ainda que de modo contrário aos interesses da Recorrente. 2.- "O nascituro também tem direito aos danos morais pela morte do pai, mas a circunstância de não tê-lo conhecido em vida tem influência na fixação do quantum" (REsp 399.028/SP, Rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, DJ 15.4.2002). 3.- "A jurisprudência desta Corte é disposta no sentido de que o benefício previdenciário é diverso e independente da indenização por danos materiais ou morais, porquanto, ambos têm origens distintas. Este, pelo direito comum; aquele, assegurado pela Previdência; A indenização por ato ilícito é autônoma em relação a qualquer benefício previdenciário que a vítima receba"(AgRg no AgRg no REsp 1.292.983/AL , Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJe 7.3.2012). 4.- "Em ação de indenização, procedente o pedido, é necessária a constituição de capital ou caução fidejussória para a garantia de pagamento da pensão, independentemente da situação financeira do demandado" (Súmula 313/STJ). 5.- "A apreciação do quantitativo em que autor e réu saíram vencidos na demanda, bem como a verificação da existência de sucumbência mínima ou recíproca, encontram inequívoco óbice na Súmula 7/STJ, por revolver matéria eminentemente fática" (AgRg nos EDcl no REsp 757.825/RS , Rel. Min. DENISE ARRUDA, DJe 2.4.2009). 6.- O recurso não trouxe nenhum argumento capaz de modificar a conclusão do julgado, a qual se mantém por seus próprios fundamentos. 7.- Agravo Regimental improvido."**

**"RECURSO ESPECIAL Nº 931.556 - RS (2007/0048300-6)**

**RELATORA: MINISTRA NANCY ANDRIGHI**

**RECORRENTE: LUCIANA MARIA BUENO RODRIGUES E OUTROS**

**ADVOGADO: LUCIANO HILLEBRAND FELDMANN E OUTRO(S)**

**RECORRENTE: RODOGAR SUL IMPLEMENTOS RODOVIÁRIOS  
LTDA**

**ADVOGADO: CÉSAR SOUZA E OUTRO(S)**

**RECORRIDO : OS MESMOS**

**EMENTA**

**RESPONSABILIDADE CIVIL. ACIDENTE DO TRABALHO. MORTE. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. DIES A QUO. CORREÇÃO MONETÁRIA. DATA DA FIXAÇÃO PELO JUIZ. JUROS DE MORA. DATA DO EVENTO DANOSO. PROCESSO CIVIL. JUNTADA DE DOCUMENTO NA FASE RECURSAL. POSSIBILIDADE, DESDE QUE NÃO CONFIGURDA A MÁ-FÉ DA PARTE E OPORTUNIZADO O CONTRADITÓRIO. ANULAÇÃO DO PROCESSO. INEXISTÊNCIA DE DANO. DESNECESSIDADE. CIVIL. COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. FILHO NASCITURO. IRRELEVÂNCIA NA FIXAÇÃO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO.**

**- É devida correção monetária sobre o valor da indenização por dano moral fixado a partir da data do arbitramento. Precedentes.**

**- Os juros moratórios, em se tratando de acidente de trabalho, estão sujeitos ao regime da responsabilidade extracontratual, aplicando-se, portanto, a Súmula nº 54 da Corte, contabilizando-os a partir da data do evento danoso. Precedentes**

**- É possível a apresentação de provas documentais na apelação, desde que não fique configurada a má-fé da parte e seja observado o contraditório. Precedentes.**

**- A sistemática do processo civil é regida pelo princípio da instrumentalidade das formas, devendo ser reputados válidos os atos que cumpram a sua finalidade essencial, sem que acarretem prejuízos aos litigantes.**

***- Impossível admitir-se a redução do valor fixado a título de compensação por danos morais em relação ao nascituro, em comparação com outros filhos do de cujus, já nascidos na ocasião do evento morte, porquanto o fundamento da compensação é a existência de um sofrimento impossível de ser quantificado com precisão.***

***- Embora sejam muitos os fatores a considerar para a fixação da satisfação compensatória por danos morais, é principalmente com base na gravidade da lesão que o juiz fixa o valor da reparação.***

***Recurso especial dos autores parcialmente conhecido e, nesta parte, provido. Recurso especial da ré não conhecido.”***

O tema é de grande relevância, mesmo sendo discutido há décadas, pois interfere em questões que sempre estiveram em pauta, por exemplo, como ocorreu com a utilização de embrião na pesquisa de células tronco por meio da lei de biossegurança (Lei 11.105/2005).

Desta forma, para que a utilização de células-tronco embrionárias fosse autorizada seria necessário o preenchimento de diversos requisitos e, ainda, os embriões devem ser considerados “inviáveis”.

Nesse sentido, o que se observa na lei é que a utilização de células-tronco embrionárias é tida como uma exceção e não como uma regra, ou seja, não há como negar a influência da teoria concepcionista, no caso.

Outro tema que pode ser levantado que é muito discutido atualmente é o aborto, que muitos defendem a sua legalização e outros defendem a permanência da vedação, o que obrigatoriamente ultrapassa pelo estudo do presente artigo.

Com efeito, não se trata apenas de uma discussão jurídica, há a necessidade de se passar por discussões políticas, sociológicas e até mesmo religiosas.

Assim, se observa no recente julgado do Ministro do Supremo Tribunal Federal Luiz Roberto Barroso.

***Ementa: DIREITO PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PARA SUA DECRETAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DA INCIDÊNCIA DO TIPO PENAL DO ABORTO NO CASO DE INTERRUPTÃO VOLUNTÁRIA DA GESTAÇÃO NO PRIMEIRO TRIMESTRE. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. O habeas corpus não é cabível na hipótese. Todavia, é o caso de concessão da ordem de ofício, para o fim de desconstituir a prisão preventiva, com base em duas ordens de fundamentos. 2. Em primeiro lugar, não estão presentes os requisitos que legitimam a prisão cautelar, a saber: risco para a ordem pública, a ordem econômica, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal (CPP, art. 312). Os acusados são primários e com bons antecedentes, têm trabalho e residência fixa, têm comparecido aos atos de instrução e cumprirão pena em regime aberto, na hipótese de condenação. 3. Em segundo lugar, é preciso conferir interpretação conforme a Constituição aos próprios arts. 124 a 126 do Código Penal – que tipificam o crime de aborto – para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre. A criminalização, nessa hipótese, viola diversos direitos fundamentais da mulher, bem como o princípio da proporcionalidade. 4. A criminalização é incompatível com os seguintes direitos fundamentais: os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que não pode ser obrigada pelo Estado a manter uma gestação indesejada; a autonomia da mulher, que deve conservar o direito de fazer suas escolhas existenciais; a integridade física e psíquica da gestante, que é quem sofre, no seu corpo e no seu psiquismo, os efeitos da gravidez; e a 2 igualdade da mulher, já que homens não engravidam e, portanto, a equiparação plena de gênero depende de se respeitar a vontade da mulher nessa matéria. 5. A tudo isto se acrescenta o impacto da criminalização sobre as mulheres pobres. É que o tratamento como crime, dado pela lei penal brasileira, impede que estas mulheres, que não têm acesso a médicos e clínicas privadas, recorram ao sistema público de saúde para se submeterem aos procedimentos cabíveis. Como consequência, multiplicam-se os casos de automutilação, lesões graves e óbitos. 6. A tipificação penal viola, também, o princípio da proporcionalidade por motivos que se***

*cumulam: (i) ela constitui medida de duvidosa adequação para proteger o bem jurídico que pretende tutelar (vida do nascituro), por não produzir impacto relevante sobre o número de abortos praticados no país, apenas impedindo que sejam feitos de modo seguro; (ii) é possível que o Estado evite a ocorrência de abortos por meios mais eficazes e menos lesivos do que a criminalização, tais como educação sexual, distribuição de contraceptivos e amparo à mulher que deseja ter o filho, mas se encontra em condições adversas; (iii) a medida é desproporcional em sentido estrito, por gerar custos sociais (problemas de saúde pública e mortes) superiores aos seus benefícios. 7. Anote-se, por derradeiro, que praticamente nenhum país democrático e desenvolvido do mundo trata a interrupção da gestação durante o primeiro trimestre como crime, aí incluídos Estados Unidos, Alemanha, Reino Unido, Canadá, França, Itália, Espanha, Portugal, Holanda e Austrália. 8. Deferimento da ordem de ofício, para afastar a prisão preventiva dos pacientes, estendendo-se a decisão aos corréus.”*

No referido julgado foi destacado que não há crime se o aborto ocorrer no primeiro trimestre de gravidez, sendo um julgado inédito e até mesmo histórico.

#### **4. Conclusão**

É inegável que o a teoria concepcionista tornou-se a mais aceita, superando a teoria natalista. O desenvolvimento do direito foi necessário para acompanhar a sociedade como um todo.

Assim, é certo afirmar também que o presente tema está longe de ter o consenso alcançado, uma vez que diversos são os casos que o confronto entre as teorias são trazidos à tona.

Trata-se de um tema muito delicado, pois com a adoção da teoria natalista retiram-se direitos do nascituro e com a adoção da teoria concepcionista confere direitos ao nascituro.

Contudo, ao lhe conferir direito à honra, à imagem, à alimentos, não faria muito sentido lhe retirar o direito à vida, o que confrontaria a questão

da legalização do aborto, tema que se encontra latente na sociedade, principalmente pelas questões políticas de saúde e pela forte e justa corrente feminista.

Portanto, essa breve análise das teorias possuiu o objetivo de esclarecer dúvidas acerca do tema, bem como de causar a reflexão no estudo que é de extrema relevância e importância.

### **Referências bibliográficas**

TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil: volume único*. 6ª ed. São Paulo: Método, 2016.

GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Manual de direito civil – Volume Único*. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

Diniz, Maria Helena. Parte Geral. *In: Novo Código Civil Comentado*. Coordenação Ricardo Fiúza. São Paulo: Saraiva, 2002.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

## **INTEPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL E CONCRETIZAÇÃO: PRINCÍPIOS, MÉTODOS E DISTINÇÃO ENTRE TEXTO E NORMA**

**DANTE SILVA TOMAZ:** Advogado. Pós-graduado em Direito do Estado e da Regulação na FGV-RJ (2016). Graduado em Direito pela UFRJ (2015).

**RESUMO:** O presente trabalho analisará os principais princípios da interpretação constitucional, fundamentais para a fixação da premissa de que o texto da Constituição da República não se confunde com as normas constitucionais dele extraídas. Com vistas a esta conclusão, o artigo se inicia com a explanação dos métodos clássicos de interpretação de normas jurídicas, posteriormente aborda os princípios específicos da interpretação constitucional e, por fim, conclui diferenciando texto de norma, bem como a importância desta distinção para a mutação constitucional. O tema é de fundamental relevância para dar maior eficácia às normas constitucionais e compreender como o direito se concretiza.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito Constitucional. Hermenêutica constitucional. Princípios. Métodos de interpretação. Mutação constitucional.

**ÍNDICE:** INTRODUÇÃO. DESENVOLVIMENTO. CONCLUSÃO. BIBLIOGRAFIA.

---

### **INTRODUÇÃO**

O presente artigo irá abordar um tema que ainda provoca bastante debate no seio da comunidade jurídica: a diferença entre o texto da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CRFB/88 e as normas que dele podem ser extraídas.

Como é notório, a sociedade e os valores que a informam estão em constante mudança, muito além do que o direito consegue acompanhar. Diante disso, parcela expressiva da doutrina e das Cortes Constitucionais, tanto no Brasil quanto em outros países, consideram ser possível que, mesmo sem mudança formal do texto constitucional, os comandos jurídicos exteriorizados sejam alterados.

Em um primeiro momento serão tratados dos métodos e princípios que informam a interpretação do direito e, em especial, da CRFB/88, como forma de perceber os instrumentos que possibilitam o processo de concretização constitucional.

Em um segundo momento, objetiva-se discorrer a respeito da atividade conduzida pelos intérpretes da Constituição, em especial sua expressão através da mutação constitucional, que possibilita uma maior flexibilidade à CRFB/88.

Por fim, o artigo é concluído com a exposição, de forma sintética, de como ocorre o surgimento da norma constitucional.

### **DESENVOLVIMENTO**

O conceito de norma jurídica é polêmico em sede doutrinária. O grande civilista Francisco Amaral, citando Miguel Reale, defende que a norma jurídica deveria ser considerada como uma regra de comportamento socialmente garantida[1].

Objetivando que estas regras de comportamento tenham eficácia social é preciso que sejam adequadamente interpretadas pelos operadores do direito. Novamente recorrendo ao Professor Francisco Amaral, pode-se definir a atividade de interpretação como “descobrir o sentido e o alcance da norma jurídica”[2].

Os métodos clássicos de interpretação das normas infraconstitucionais são o gramatical, o histórico, o sistemático, o lógico e o teleológico[3].

O método gramatical é originário da Escola da Exegese, tendo por base a utilização das normas linguísticas, compreendendo que o texto legal é o início e o fim da atividade de interpretação.

O método histórico valoriza os antecedentes da criação da norma, assim como a chamada *mens legislatoris*, ou seja, as razões que conduziram os representantes do povo, em um dado momento histórico, a editar o texto submetido para análise.

O método sistemático, por sua vez, busca interpretar conjuntamente o objeto da atividade do exegeta e as demais prescrições do ordenamento jurídico, buscando conferir uma maior coerência ao ordenamento jurídico.

O método lógico se vale da, nas palavras de Stolze[4], “utilização de raciocínios lógicos (dedutivos ou indutivos) para a análise metódica da norma em toda a sua extensão, desvendando o seu sentido e alcance”.

Por fim, o método teleológico interpreta objetivando sempre a realização dos fins pretendidos pelo texto legal, de forma que considerada

adequada será a interpretação que der maior efetividade aos objetivos da norma.

Os anteriormente citados mecanismos de interpretação são considerados pela doutrina como insuficientes para a interpretação da Constituição. Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco explicam o porquê:

*Nenhum deles propicia um critério seguro para a fixação de algum exato sentido da norma constitucional. Nenhum deles isenta o intérprete de perplexidade. Na realidade, são frequentes os casos em que a “utilização sucessiva de todos os métodos não redundam em um sentido unívoco”.*<sup>[5]</sup>

Como forma de facilitar a atividade de interpretação da Constituição, necessariamente distinta da realização em relação as normas infraconstitucionais, Alexandre de Moraes lista os seguintes princípios<sup>[6]</sup>:

1. Unidade;
2. Efeito integrador;
3. Máxima efetividade;
4. Conformidade funcional;
5. Concordância prática ou harmonização;
6. Força normativa da Constituição.

O princípio da unidade “*postula que não se considere uma norma da Constituição fora do sistema que se integra, dessa forma, evitam-se contradições entre as normas constitucionais*”<sup>[7]</sup>.

O princípio do efeito integrador preconiza que “*seja dada a maior primazia aos critérios favorecedores da integração política e social, bem como reforço da unidade política*”<sup>[8]</sup>.

O princípio da máxima efetividade defende que “*a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê*”<sup>[9]</sup>, ou seja, o intérprete deve sempre objetivar valorizar os objetivos da Constituição na sua atividade interpretativa.

O princípio da conformidade funcional veda que se chegue a uma conclusão que “*subverta, altere ou perturbe o esquema organizatório-funcional constitucionalmente estabelecido pelo legislador constituinte originário*”<sup>[10]</sup>.

O princípio da concordância prática “recomenda que o alcance das normas seja comprimido até que se encontre o ponto de ajuste de cada qual segundo a importância que eles possuem em cada caso concreto”<sup>[11]</sup>.

Por fim, o princípio da força normativa da Constituição preconiza que:

*seja conferida prevalência aos pontos de vista que se tornem a norma constitucional mais afeita aos condicionamentos históricos do momento, garantindo-lhe interesse atual e, com isso, obtendo-se ‘máxima eficácia, sob as circunstâncias de cada caso. [12]*

O Ministro Gilmar Mendes, contudo, alerta que estes princípios não são uma panaceia, ao contrário, também envolvem riscos, como se depreende do excerto abaixo transcrito:

Repara-se que a invocação desses princípios pode levar a resultados não unívocos. O postulado da máxima eficácia de norma de direito fundamental pode resultar em uma solução desaconselhada pelo princípio da conformidade funcional, por exemplo. Esses princípios não devem ser vistos como elementos de uma fórmula capaz de produzir soluções necessárias e absolutamente persuasivas. Tampouco há de se falar em hierarquia entre eles. Esses princípios da interpretação constitucional apenas auxiliam a que argumentos jurídicos se desenvolvam em um contexto de maior racionalidade, favorecendo algum controle sobre o processo de concretização das normas constitucionais, com proveito, igualmente, para o valor segurança jurídica. <sup>[13]</sup>

A utilização dos princípios acima explanados serve como exemplo da força do chamado constitucionalismo, devendo este ser entendido, para fins didáticos, como a ideia de que a Constituição possui força normativa apta a influenciar todos os ramos do direito.

Nem sempre foi assim. Durante muito tempo adotou-se o método clássico de interpretação das normas constitucionais, pelo qual a interpretação destas normas deveria ser conduzida pelos mesmos mecanismos interpretativos das demais.

Em contraposição a este método, surgiram, inicialmente, os métodos científico-espiritual – que preconizava que a interpretação da Constituição deveria se guiar pelos valores da sociedade no qual ela está inserida – e o método da tópica – de cunho utilitarista, pelo qual a interpretação deveria ser conduzida sempre a obter a melhor solução no caso concreto, ou seja, há uma verdadeira prevalência do problema concreto sobre as disposições constitucionais.

Muito similar ao método da tópica é o método hermenêutico-concretizador, porém neste, “diferentemente do método da tópica, o primado não é do problema, mas do texto constitucional”<sup>[14]</sup>. Neste método o interprete não pode desdobrar dos parâmetros constitucionais, o que fortalece a posição da Constituição como principal norma do ordenamento jurídico pátrio.

### **CONCLUSÃO**

Em consonância com os pontos abordados, é possível afirmar que, pela aplicação dos princípios de interpretação constitucional e conforme o método hermenêutico-concretizador, o texto da Constituição nem sempre será igual a norma constitucional, ao contrário: por vezes eles serão destoantes.

Conforme leciona Ingo Sarlet, interpretação e concretização não se confundem:

*A interpretação constitucional não se confunde, a despeito da relação que se estabelece entre os fenômenos, com a assim chamada concretização constitucional (concretização da constituição), que consiste na construção de uma norma jurídica mediante um processo de densificação de princípios e regras constitucionais, a partir do texto (enunciado) para uma norma jurídica concreta, processo que se complementa apenas quando da “descoberta” da norma e decisão que dá solução aos casos (problemas) jurídico-constitucionais.*<sup>[15]</sup>

Logo, da lição do professor Ingo Sarlet acima destacada é possível concluir que a norma é fruto da interpretação da norma concretizada, sendo por isso que se afirma não existir norma jurídica senão norma jurídica interpretada<sup>[16]</sup>

Esta noção é fundamental para compreender a chamada mutação constitucional, posto que, pela mudança do contexto em que a Constituição está inserida as normas constitucionais podem se alterar ainda que o texto permaneça o mesmo.

A mutação constitucional é definida como a alteração da constitucional pela via informal<sup>[17]</sup>, sem que ocorra sua alteração pelos rígidos mecanismos previstos na CRFB/88.

Novamente recorre-se ao Professor Ingo Sarlet que, em brilhante passagem de sua obra, correlaciona a mutação constitucional a distinção entre texto e norma constitucional:

*Tendo em conta que a mutação constitucional diz respeito essencialmente ao hiato entre texto normativo e realidade (mas também guarda conexão com a distinção entre texto e norma) e a mudança de sentido de uma norma jurídica, é possível perceber que a mudança de sentido de uma norma jurídica não é um problema exclusivamente constitucional, pois o déficit de sinergia de um texto normativo com a realidade fática que busca captar e regular não se revela apenas ao nível do direito constitucional, tratando-se, pelo contrário, de um problema científico do direito como um todo, embora, no caso da mutação constitucional, tenha alcançado uma dimensão particularmente relevante e dotada de aspectos peculiares em função da especial posição hierárquica e função da constituição na ordem jurídica.”<sup>[18]</sup>*

Conclui-se o presente artigo, em que se buscou listar os principais instrumentos da interpretação constitucional, sejam os seus princípios específicos ou seus métodos interpretativos, para afirmar-se, com certeza, que a distinção entre texto e norma constitucional existe e produz importantes impactos no meio jurídico, em especial através da

chamada mutação constitucional, que confere uma maior flexibilidade e dinamicidade a ordem constitucional vigente.

### **BIBLIOGRAFIA**

AMARAL, Francisco. **Direito civil: introdução**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil, volume 3**. 13ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015.

MENDES, Gilmar. GONET BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de direito constitucional**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. MITIDIERO, Daniel. MARINONI, Guilherme. **Curso de Direito Constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira. SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional: teoria, história, métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

### NOTAS:

[1] AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 99.

[2] AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 120.

[3] GAGLIANO, Pablo Stolze. PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil, volume 1, parte geral*. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 109

[4] Idem.

[5] MENDES, Gilmar. GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de direito constitucional*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014 p. 84/85.

[6] MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, p.16.

[7] MENDES, Gilmar. GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de direito constitucional*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014 p. 94.

[8] MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 16.

[9] MENDES, Gilmar. GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de direito constitucional*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014 p. 96.

[10] MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 16.

[11] MENDES, Gilmar. GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de direito constitucional*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 96.

[12] Idem.

[13] Idem, p. 97.

[14] Idem, p. 92.

[15] SARLET, Ingo Wolfgang. MITIDIERO, Daniel. MARINONI, Guilherme. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, P. 214/215.

[16] Idem, p. 215.

[17] SOUZA NETO, Cláudio Pereira. SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história, métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, P. 339.

[18] Idem, p. 161.

