

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 833

(Ano IX)

(23/12/2017)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2017

Conselho Editorial

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

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

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

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

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

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

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

País: **Brasil**. Cidade: **Brasília – DF**. Endereço: SHN. Q. 02. Bl. F, Ed. *Executive Office Tower*. Sala 1308. Tel. 61-991773598 ou 61-3326-1789
Contato: editorial@conteudojuridico.com.br
WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

SUMÁRIO

COLONISTA DA SEMANA



10/02/2017 Gisele Leite
» [Civil law versus common law](#)

ARTIGOS

- 22/12/2017 Lorena Rodrigues Lisboa
» [Legalidade da Desconsideração da Personalidade Jurídica para Adimplemento de Obrigações Tributárias](#)
- 22/12/2017 Ana Carolina Torres Campos
» [A usucapião como instrumento jurídico do direito do índio à terra](#)
- 22/12/2017 Andre Borges Coelho de Miranda Freire
» [Contornando dois óbices à usucapião rural: os bens pertencentes a estatais e a usucapião reconhecida apenas como matéria de defesa](#)
- 22/12/2017 Paulo Byron Oliveira Soares Neto
» [Somos todos iguais: a diversidade Étnico-Racial no ambiente escolar](#)
- 22/12/2017 Luciano Robinson Calegari
» [Incidente de desconsideração da personalidade jurídica no Processo do Trabalho](#)
- 21/12/2017 Illa Karla Ramos Araujo
» [Os impactos do novo Código de Processo Civil na jurisprudência defensiva](#)
- 21/12/2017 Silvânia Silva de Oliveira
» [Multiparentalidade: as consequências jurídicas do seu reconhecimento](#)
- 21/12/2017 Paulo Byron Oliveira Soares Neto
» [O Contrato administrativo: introdução conceitual](#)
- 20/12/2017 Jordana Pereira Lopes Goulart
» [A relativização da vulnerabilidade no crime de estupro do menor de catorze anos](#)

20/12/2017 Breno Eduardo Campos Alves

» [O critério objetivo na Lei de Drogas](#)

20/12/2017 Paulo Byron Oliveira Soares Neto

» [Controle de Constitucionalidade: O Brasil é capaz de alçar os patamares ideais de um Estado Democrático de Direito ideal.](#)

19/12/2017 Tauã Lima Verdian Rangel

» [A Invalidação do Ato Administrativo por inobservância do Princípio da Motivação: Pequenas Reflexões à Teoria dos Motivos Determinantes](#)

19/12/2017 Paulo Byron Oliveira Soares Neto

» [A teoria do caos e a crise política no Brasil :da reeleição de Dilma à posse interina de Temer](#)

19/12/2017 Wilson de Castro Souza Neto

» [Aborto uma afronta ao direito à vida](#)

18/12/2017 Thiago de Castro Saldanha Nunes

» [A capacidade postulatória do Delegado de Polícia](#)

18/12/2017 Maria Carolina de Araujo Lima

» [Responsabilidade civil dos provedores de internet nas situações em que ocorram violação dos direitos fundamentais de privacidade e liberdade de expressão, em virtude de conteúdos gerados por terceiros](#)

18/12/2017 Marco Aurélio Rosa de Deus

» [Incorporação de quintos/décimos no serviço público. Período compreendido entre a edição da lei 9.624/1998 e a Medida Provisória 2.225-45/2001](#)

18/12/2017 Rafael Tawaraya Gualberto de Carvalho

» [Estudos sobre o Poder Constituinte](#)

18/12/2017 Paulo Byron Oliveira Soares Neto

» [A Hermenêutica Constitucional de Peter Häberle e sua aplicação à Constituição Federal brasileira](#)

MONOGRAFIA

21/12/2017 Lucas Del Mora do Nascimento

» [O sistema de precedentes judiciais: aspectos controvertidos de sua aplicação no atual CPC, e o prenúncio de mudança na racionalidade das decisões judiciais](#)

DESPESA COM EDUCAÇÃO ESTÁ COM LIMITE MUITO DEFASADO NO IRPF

ROBERTO RODRIGUES DE MORAIS: Especialista em Direito Tributário. Ex-Consultor da COAD. Autor do Livro on-line REDUZA DÍVIDAS PREVIDENCIÁRIAS.

Findando o ano de 2017 já é momento propício para planejar o IRPF a ser declarado em 2018. Aí deparamos com os devaneios dos governos no que se refere a tributação do IR das pessoas físicas. Vamos, novamente, discorrer sobre a péssima situação do item **despesas com educação** e seus defasados limites ilegais e inconstitucionais. O limite de dedução com despesas com educação permaneceu em R\$ 3.561,50 por dependente.

Bom lembrar que o limite é para abater da RENDA BRUTA e não do IRPF a pagar. Assim, por exemplo, se o contribuinte está na alíquota de 27,5% o seu benefício é esse percentual sobre R\$3.561,50 pois as despesas com educação sempre será superior a esse limite. Aliás, se o contribuinte tiver um filho ainda dependente e cursando Medicina ou Odontologia o limite citado não cobre 1 (uma) mensalidade das 12 devidas no ano-base.

De fato, a teimosia do Governo em manter as verdadeiras “extorsões” tributárias aos cidadãos contribuinte do IRPF, decorrentes dos ilegais e inconstitucionais congelamentos dos limites das tabelas do IRRF, IRPF, limites de dedução por dependente, **despesas com educação** gerando aumento do IRPF dos cidadãos brasileiros, verdadeiros autores da democracia e que não recebem o retorno dos altos impostos que lhe são “extorquidos” pelos piores serviços públicos de educação, saúde e segurança de todo do mundo civilizado. Isto em pleno século XXI.

Vamos nos ater neste artigo apenas sobre AS DESPESAS COM EDUCAÇÃO onde destacamos que a **“Arguição de Inconstitucionalidade Cível” n. 0005067-86.2002.4.03.6100 SP**, foi julgada favorável aos contribuintes porque *“é sabido que a população, cansada de ser tratada como otária pelos órgãos gestores dos tributos federais (RFB e PFGN) começa a reagir, acionando o Poder Judiciário Federal para questionar a QUEBRA dos princípios constitucionais desrespeitados pelos órgãos tributantes.”*

O núcleo da histórica decisão foi à constatação de que a Legislação Tributária permite a DEDUÇÃO relativa *”a pagamentos de despesas com” instrução do contribuinte e de seus dependentes, efetuados a estabelecimentos de ensino, relativamente à educação infantil, compreendendo as creches e as pré-escolas; ao ensino fundamental; ao ensino médio; à educação superior, compreendendo os cursos de graduação e de pós-graduação (mestrado, doutorado e especialização); e à educação profissional, compreendendo o ensino técnico e o tecnológico, até o limite anual individual de R\$ 2.958,23, para o caso da DIRPF 2012.* Os valores projetados do limite legal até 2018 estão cristalinamente insuficientes para custear a educação em estabelecimento de ensino privado neste País.

Lembramos também que o preâmbulo da CF/1988, fruto do processo de redemocratização do País, para o qual tivemos que pagar o preço da anistia bilateral ampla e restrita, *verbis*:

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

Portanto, o Poder Executivo e o Legislativo, que são mantidos pelo povo através da alta carga tributária, são obrigados a SERVIR ao povo e não servir-se do poder, o que vem ocorrendo pós CF/1988.

Como já tratamos dos desrespeitos à CF/1988 pelos congelamentos citados no preâmbulo acima, vamos lembrar alguns:

a) PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA

O princípio da capacidade contributiva encontra-se expressamente previsto no art. 145, § 1º da Constituição Federal de 1988, nos seguintes termos:

"Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte [...]"

Um ordenamento jurídico de uma nação é sempre elaborado com o intuito de buscar a justiça social através da atenuação das desigualdades que porventura existam e na maioria das vezes, com raríssimas exceções, a desigualdade mais latente ocorre no que diz respeito à distribuição de riquezas.

b) PRINCÍPIOS DA IGUALDADE E DA ISONOMIA

O princípio da igualdade, insculpido no artigo 5º da Carta Magna, preconiza:

"Art. 5ª - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza..."

Deste modo, dentro da sistemática jurídica brasileira, uma lei ordinária não pode dar tratamento (inicial ou ao nível de alteração) a matéria destinada à Lei Complementar, sob pena de se infringir o limite material defendido pela Carta Magna.

c) PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

CF/1988 - Art. 150. *Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:*

I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça.

Trata-se de princípio fechado, que não comporta delegação de poderes, ou seja, somente o poder legislativo, no âmbito de sua atuação restrita – seja o Congresso Nacional, as Assembléias Legislativas Estaduais ou as Câmaras Municipais – é competente para legislar e SEM LEI não há tributos e/ou contribuições e, os já existentes, não podem ser aumentados SEM que a lei o estabeleça.

Ora, o Governo tem como saber os reais gastos de cada aluno, pois têm os dados atualizados dos custos do ensino nos níveis pré-escolar, fundamental e médio. No tocante aos custos do ensino superior basta ver os custos de cada curso incluídos no PROUNI. Portanto existem dados disponíveis dentro da administração tributária federal que comprova a tese da “extorsão”

Foi divulgado a “[Mensalidade de escola particular sobe mais de 50% desde 2009](#)” (2)

Na notícia completa na nota acima contém gráficos coloridos onde mostra evolução dos preços, deste o ensino infantil até aos de pós-graduação e seus respectivos percentuais. Em outro gráfico há comparação entre os percentuais de aumento das mensalidades escolares x aumento dos salários, de 2009 a 2013 e em **todos os anos** os percentuais das mensalidades superam aos dos salários, destacando-se o recente ano de 2012 onde o placar foi de 10.17% x 6,15%.

A DEDUÇÃO DAS DESPESAS com educação na DIPF não é um FAVOR FISCAL. Os valores pagos pelos contribuintes para custearem a educação, sua e/ou de seus dependentes legais para fins de IRPF, NÃO SÃO DEDUZIDOS do IRPF a pagar, mas apenas ABATIDOS DA RENDA BRUTA. Na aritmética simples, se ao final da apuração do IRPF devido houve, por exemplo, uma alíquota real de 22% sobre a renda bruta, significa que, de CADA 100 reais pagos na educação o contribuinte arcou com 78% e o governo com os míseros 22%. Esse foi o custo de optar por escolas particulares, por dois motivos básicos:

- 1) Ensino público da pior qualidade e a alta violência que vem ocorrendo dentro das escolas, onde até professores são mortos por alunos menores.
- 2) O governo NÃO OFERECE número de vagas, no frágil ensino público, suficiente para abriga a todos os alunos existentes no País, levando os

contribuintes/cidadãos – que TÊM DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO – a optarem pelo CARO (e também de qualidade duvidosa, em comparação com a qualidade do ensino do CHILE, por exemplo) das escolas particulares.

Veja reportagem (4) Juiz questiona limite para deduzir educação do IR; isso vale para você?...

Concluindo, é de se lamentar a omissão do Congresso Nacional na atualização dos valores relativos à Legislação do Imposto de Renda, cujo congelamento dos 9 anos das Tabelas inerentes ao IRPF fere os princípios fundamentais constitucionais da legalidade e da capacidade contributiva e, ainda, e o silêncio do Poder Judiciário, especialmente o STF, como guardião da Constituição Federal, que, segundo Rui Barbosa, a Carta Magna não é um aviso, mas o texto máximo que rege um País que se diz vivenciar o Estado Democrático do Direito.

O que temos, na prática, é um Executivo que prima pela "corrupção" (criando dificuldades para vender facilidades), um Legislativo transformado num "balcão de negócios" e um Judiciário se contentando em ser um "puxadinho" do Palácio do Planalto, tal o grau de sua omissão em relação às grandes causas que tramitam envolvendo questões tributárias de interesse dos cidadãos contribuintes.

Em contrapartida, a letargia do cidadão (70% dos brasileiros são analfabetos funcionais) que se acomoda com o atual estado de coisas, aliado a sua falta de informação e organização social contribui para a manutenção do caótico funcionamento dos três Poderes Constituídos.

É preciso acionar o Poder Judiciário, via Justiça Federal, visando garantir aos contribuintes insatisfeitos com a extorsão praticada reiteradamente pela RFB, visando garantir seus direitos contidos na Constituição Cidadã de 1988.

NOTAS:

- (1) <http://oglobo.globo.com/economia/oab-vai-ao-supremo-contra-limites-de-despesas-com-educacao-no-ir-7804956#ixzz2NID04HOa>

(2) <http://achadoseconomicos.blogosfera.uol.com.br/2013/03/12/mensalida-de-de-escola-particular-sobe-mais-de-50-desde-2009/>

(3) <http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/stf-se-transformou-em-f%C3%A1brica-de-esqueletos-tribut%C3%A1rios>

<https://economia.uol.com.br/imposto-de-renda/noticias/redacao/2017/01/19/justica-questiona-limite-para-deduzir-educacao-do-ir-isso-vale-para-voce.htm?cmpid=copiaecola>

LEGALIDADE DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA PARA ADIMPLEMENTO DE OBRIGAÇÕES TRIBUTÁRIAS

LORENA RODRIGUES LISBOA:
Bacharelada em Direito pela
Universidade de Brasília.

Resumo: O instituto da desconsideração da personalidade jurídica surgiu para coibir práticas abusivas e fraudes contra credores, permitindo, então, a mitigação da autonomia patrimonial característica das pessoas jurídicas. Muito se discute acerca da aplicabilidade dessa teoria às relações tributárias, para que sejam, também, coibida a sonegação de imposto e evitada a fraude contra o fisco credor. Este trabalho trará breve análise legal quanto à extensão da desconsideração da personalidade jurídica para adimplemento de obrigações tributárias.

Palavras-chave: Desconsideração da Personalidade Jurídica. Direito Tributário. Legalidade.

Abstract: The institute of disregard of legal entity has arisen to curb abusive practices and fraud against creditors, allowing, then, the mitigation of the characteristic autonomy of corporate entities. There is much debate about the applicability of this theory to tax relations, so that tax evasion and tax evasion against the creditor tax authorities are also curtailed. This paper will provide a brief legal analysis regarding the extent of disregard of legal personality for compliance with tax obligations.

Key words: Disregard of Legal Entity. Tax Law. Legality.

Introdução

A Pessoa Jurídica nasce a partir do seu registro, contando com a vontade comum dos sócios de a constituírem para a consecução de um objetivo também comum. É, assim, sujeito jurídico autônomo e individualizado, não estando seus direitos e obrigações vinculados diretamente aos das pessoas físicas que a criaram.

A personalidade jurídica garante a autonomia patrimonial, o que assegura a responsabilidade da Pessoa Jurídica em relação a terceiros. Tal concepção, por muito tempo, se mostrou rígida e inflexível, adotando o entendimento de que o patrimônio dos sócios e o da sociedade seriam inconfundíveis, havendo unicamente a possibilidade de responsabilização subsidiária dos sócios.

Após diversas críticas coerentes, surgiu a doutrina do Disregard of Legal Entity. Esta visava criar a possibilidade de se desconsiderar a personalidade jurídica, de modo que pudesse ser atingido também o patrimônio dos sócios em situações específicas. Dessa forma, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica surge para impedir o uso da personificação jurídica apenas como instrumento para assegurar a impunidade de fraudes contra terceiros, completamente desassociado de seu intuito original.

Essa teoria vem para fixar a limitação dos direitos da personalidade jurídica quando se trata de fraudes contra credores e abuso de direito. Não há que se falar em direito absoluto e inquestionável à autonomia patrimonial da Pessoa Jurídica. Ressalta-se que tal teoria não possuiu a pretensão de anular a personalidade jurídica como um todo ou para todas as relações que mantém a Pessoa Jurídica em questão, esta tem, apenas, o intuito de impedir a perpetuação de atos fraudulentos, se aplicando, apenas, aos casos concretos, específicos e ilegítimos.

Atualmente, tal teoria já se encontra consolidada no ordenamento jurídico brasileiro e conta, ainda, com vasta jurisprudência consolidando a sua aplicabilidade quando em face de “abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social ou quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica, provocados por má administração” (Código de Defesa do Consumidor, artigo 28), ou frente a “abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial” (Código Civil, artigo 50).

O que muito se questiona, no entanto, é a possibilidade de aplicação dessa teoria no âmbito do Direito Tributário, para coibir a sonegação de

impostos. Para tal, se faz necessária uma análise doutrinária e jurisprudencial sobre o tema, atentando-se para a necessidade de conformidade com o ordenamento jurídico brasileiro.

Dos Posicionamentos Doutrinários

É pacífico a existência de personalidades jurídicas que abusam da autonomia patrimonial para se desonerarem da alta carga fiscal. A doutrina, entretanto, tem divergido quanto à legalidade da desconsideração da personalidade jurídica na esfera tributária, para que, então, sejam evitadas fraudes e sonegação de impostos.

Por mais que seja clara a necessidade de um instrumento que coíba as fraudes que abrangem o sistema tributário, discute-se a necessidade da existência de um dispositivo específico que autorize a desconsideração da personalidade jurídica em caso de sonegação de impostos.

A primeira corrente doutrinária, extremamente legalista, entende que deve haver uma previsão expressa na lei para a efetivação da desconsideração da personalidade jurídica na esfera tributária. Por se tratar a obrigação tributária de uma relação jurídica entre um ente político ou pessoa de direito público (credor) e uma pessoa física ou jurídica (devedor), aplica-se o princípio básico da administração pública: o princípio da legalidade. Com base neste, tem-se que os entes da administração pública apenas estão autorizados a realizar aquilo que está previsto em lei.

Esta fundamentação se mostra ainda mais coerente em face do grande alcance do princípio da legalidade. Especificamente, quando se trata do direito tributário, não se pode simplesmente instituir e cobrar um tributo sem que sejam estritamente observadas as disposições legais. Dessa forma, compete apenas a lei a determinação do sujeito passivo da relação jurídica tributária, não havendo espaço para o juiz, ou quem quer que seja o aplicador da lei, simplesmente desconsiderar o sujeito passivo instituído por lei e atribuir a obrigação tributária a um terceiro.

Dentro dessa corrente há aqueles que entendem que não existe necessidade de uma lei específica que regulamente a aplicação de tal

instituto no âmbito tributário. Respaldados pela mitigação do princípio da legalidade, que dispensa a necessidade de uma lei completa, que esgote em todo o seu conteúdo, que abarque todo e cada detalhe de sua aplicação, defendem a necessidade apenas de uma regra de cunho geral. A nova feição do princípio da legalidade, denominada legalidade principiológica, permite que haja uma certa liberdade para a criatividade do intérprete normativo, sendo suficiente tal regra geral.

Por outro lado, outros defendem que não há nenhuma forma de aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica sem que haja uma disciplina específica, por meio de lei complementar, porque tem-se que o princípio da legalidade é irremovível. Na concepção de Luciano Amaro, *“Nas diversas situações em que o legislador quer levar a responsabilidade tributária além dos limites da pessoa jurídica, ele descreve as demais pessoas vinculadas ao cumprimento da obrigação tributária”*, de forma que não seria aplicável a desconsideração da personalidade jurídica no âmbito do direito tributário sem expressa disposição de lei.

Em oposição às duas visões legalistas, a segunda corrente entende não haver a necessidade de uma prévia ou específica positivação no ordenamento jurídico, para permitir a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica em questões tributárias. Tal posicionamento defende que não se pode excluir um meio lícito para a consecução da satisfação do crédito tributário, dada a inexistência de um dispositivo específico que o institua.

O Regime Jurídico Administrativo tem como fundamento dois princípios imprescindíveis para a atuação justa e eficiente da Administração Pública: a supremacia do interesse públicos sobre o privado e a indisponibilidade do interesse público. Estes dois princípios encontram-se diretamente associados à titularidade dos direitos públicos. Por não ser a administração pública efetivamente a titular dos direitos sob sua guarda, não pode deles dispor de forma indiscriminada.

Dessa forma, visando a máxima eficiência para o alcance do interesse público, quanto ao adimplemento dos créditos fiscais, bem como

para evitar fraudes, tem-se a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica como um dever do Estado para com os cidadãos.

Rolf Serick, considerado por muitos um dos principais pesquisadores da doutrina da desconsideração da personalidade jurídica, ao delinear os pressupostos necessários para a aplicação desta, já apontava que ela teria *“acentuada aplicação no terreno do direito tributário, para coatar a sonegação de impostos, quando se usa a personalidade da sociedade comercial como anteparo”*.

Ainda nessa linha, alguns expositores entendem já haver dispositivo que permite aplicação da doutrina em questão. Uns defendem que esta aplicação se lastreia no Código Tributário Nacional e outros que estaria fundamentada no próprio artigo de desconsideração do Código Civil.

Com base no artigo 135 do Código Tributário Nacional, vê-se que há uma atribuição da responsabilidade tributária aos diretores, gerentes e representantes da pessoa jurídica. O cerne da questão reside na interpretação deste artigo. Nesse sentido, muitos entendem que já existe, portanto, uma norma específica regulando a aplicabilidade da desconsideração no âmbito tributário.

Em contraposição a essa ideia, entretanto, Luciano Amaro explica que tal entendimento não pode prosperar, visto que o artigo 135 se refere a uma responsabilização direta e exclusiva dos diretores gerentes e representantes, não decorrendo efetivamente de uma desconsideração da personalidade jurídica, de uma suspensão dos atos constitutivos da pessoa jurídica em questão para que se possa imputar as obrigações da empresa a outrem. Sem contar, ainda, que a aplicação do referido artigo se dá, apenas, na ocorrência de obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poder ou infração à lei, contrato social ou estatutos, não abrangendo todas as relações jurídicas fraudulentas e de abuso da personalidade jurídica, como ocorre com o instituto da desconsideração.

Por outro lado, ainda com base no Código Tributário Nacional, outros autores defendem que aplicação da desconsideração da

personalidade jurídica encontra base no artigo 116, parágrafo único. Assim como no artigo 135, a interpretação deve ser de que tal dispositivo está possibilitando a aplicação da desconsideração, mesmo que não tenha se referido a ela explicitamente.

Nota-se, entretanto, que tal dispositivo não ultrapassa o princípio da separação patrimonial, como faz originariamente o instituto da desconsideração da personalidade jurídica. Este se refere unicamente aos “atos ou negócios jurídicos praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária” (Código Tributário Nacional, artigo 116). Dessa forma, apenas os atos praticados conforme descritos no artigo justificam a desconsideração da personalidade jurídica.

Fundamentando-se no Código Civil, artigo 50, dispositivo geral da desconsideração da personalidade jurídica, parte da doutrina argumenta que a desconsideração pode ser aplicada de forma geral e abstrata, inclusive no que tange ao âmbito tributário.

Tal forma, entretanto, não é amplamente aceita devido a insegurança jurídica que a circunda. Sem uma lei específica para o direito tributário que estabeleça os detalhes e limites da aplicação da doutrina da desconsideração da personalidade jurídica quando se trata de obrigações tributárias, não se pode contar com decisões e aplicações do referido instituto que não se baseiem meramente na discricionariedade do aplicador do direito e de suas concepções pessoais.

Da Efetiva Aplicabilidade

Analisando a jurisprudência construída pelos Tribunais pátrios, nota-se que o uso da desconsideração da personalidade jurídica para a satisfação das obrigações tributárias não é amplamente aceito. Entretanto, assim como na doutrina, a jurisprudência também traz divergências sobre a aplicação da doutrina em referência ao direito tributário.

O Superior Tribunal de Justiça tem se manifestado no sentido de não haver a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica

unicamente frente ao inadimplemento da pessoa jurídica. Conforme se verifica nas jurisprudências colacionadas abaixo:

TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. RESPONSABILIDADE DE SÓCIO-GERENTE. LIMITES. ART. 135, III, DO CTN. UNIFORMIZAÇÃO DA MATÉRIA PELA 1ª SEÇÃO DESTA CORTE. PRECEDENTES. 1. **Os bens do sócio de uma pessoa jurídica comercial não respondem, em caráter solidário, por dívidas fiscais assumidas pela sociedade.** A responsabilidade tributária imposta por sócio-gerente, administrador, diretor ou equivalente só se caracteriza quando há dissolução irregular da sociedade ou se comprova infração à lei praticada pelo dirigente, e não apenas quando ele simplesmente exercia a gerência da empresa à época dos fatos geradores. 2. Em qualquer espécie de sociedade comercial, **é o patrimônio social que responde sempre e integralmente pelas dívidas sociais.** Os diretores não respondem pessoalmente pelas obrigações contraídas em nome da sociedade, mas respondem para com esta e para com terceiros solidária e ilimitadamente pelo excesso de mandato e pelos atos praticados com violação do estatuto ou lei (art. 158, I e II, da Lei nº 6.404/76). 3. De acordo com o nosso ordenamento jurídico-tributário, os sócios (diretores, gerentes ou representantes da pessoa jurídica) são responsáveis, por substituição, pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes da prática de ato ou fato eivado de excesso de poderes ou com infração de lei, contrato social ou estatutos (art. 135, III, do CTN). 4. **O simples inadimplemento não caracteriza infração legal.** Inexistindo prova de que se tenha agido com excesso de poderes, ou infração de contrato social ou estatutos, não há falar-se em responsabilidade tributária do ex-sócio a esse título ou a título de infração legal. Inexistência de responsabilidade tributária do ex-sócio. Precedentes desta Corte Superior. 5.

Matéria que teve sua uniformização efetuada pela egrégia 1ª Seção desta Corte nos EREsp nº 260107/RS, unânime, DJ de 19/04/2004. 6. Agravo conhecido para dar provimento ao recurso especial (art. 544, § 3º, do CPC). (Superior Tribunal de Justiça. Agravo De Instrumento nº 930334 - AL (2007/0170112-0) Relator: Min. José Delgado. Agravado: Fazenda Nacional DJ 09.10.2007)

TRIBUTÁRIO. SOCIEDADE ANÔNIMA E/OU SOCIEDADE POR QUOTAS DE RESPONSABILIDADE LIMITADA. LIMITES DA RESPONSABILIDADE DO DIRETOR E/OU SÓCIO-GERENTE. 1. **Quem está obrigada a recolher os tributos devidos pela empresa é a pessoa jurídica, e, não obstante ela atue por intermédio de seu órgão, o diretor ou o sócio-gerente, a obrigação tributária é daquela, e não deste. Sempre, portanto, que a empresa deixa de recolher o tributo na data do respectivo vencimento, a impontualidade ou a inadimplência é da pessoa jurídica, não do diretor ou do sócio-gerente,** que só respondem, e excepcionalmente, pelo débito, se resultar de atos praticados com excesso de mandato ou infração à lei, contrato social ou estatutos, exatamente nos termos que dispõe o artigo 135, inciso III, do Código Tributário Nacional. Recurso especial conhecido, mas improvido. (Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 100739/SP, Rel. Min. Ari Pargendler, DJ 01/02/99)

Nota-se que o artigo 135 do Código Tributário Nacional acaba por ser visto como um dispositivo de concretização efetiva da desconsideração da personalidade jurídica, mas o inadimplemento da pessoa jurídica não é considerado como um motivo elencado pelo artigo para a desconsideração. Conforme explícito ainda pela jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO CÍVEL. TRIBUTÁRIO. AÇÃO CAUTELAR FISCAL. RESPONSABILIZAÇÃO PESSOAL DO ADMINISTRADOR E DOS SÓCIOS PELO PAGAMENTO DOS TRIBUTOS. DESCABIMENTO. INOCORRÊNCIA DE DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA EMPRESA E DE CONFUSÃO PATRIMONIAL. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS LEGAIS. Os princípios da separação patrimonial e da limitação da responsabilidade dos sócios não são absolutos. O pressuposto da aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica é a utilização fraudulenta ou abusiva da autonomia patrimonial; **o mero inadimplemento não é suporte fático do artigo 135, III do CTN.** Não há falar em confusão patrimonial quando inexistente prova de que o administrador ou os sócios tenham desfalcado o patrimônio da pessoa jurídica em benefício próprio ou da família. In casu, se confusão patrimonial houve foi às avessas e em prol da empresa. O simples ingresso formal em determinada sociedade, **sem o exercício de função gerencial nem participação na regência das atividades empresariais, não é bastante para imputar responsabilidade tributária.** Segundo Apelo provido, por maioria, prejudicado o apelo do Estado. (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível Nº 70018994319, Vigésima Primeira Câmara Cível, Relator: Genaro José Baroni Borges, Julgado em 23/05/2007).

Nesse contexto, vê-se que falta no ordenamento jurídico um dispositivo que possibilite a desconsideração da personalidade jurídica, para evitar o abuso dos direitos atribuídos às pessoas jurídicas, que recorrem ao inadimplemento unicamente para fim sonegação de impostos e, conseqüente, enriquecimento ilícito.

Conclusão

O surgimento do instituto da personalidade jurídica e seus benefícios possibilitou grande avanço econômico e social, se caracterizando como uma das maiores formas de incentivo para o investimento na iniciativa privada. Entretanto, seu uso de forma desvirtuada acabou por gerar prejuízos não imaginados, pois o abuso de direito e as fraudes passaram a se esconder atrás da separação patrimonial intrínseca à personalidade jurídica.

Diante de uma situação calamitosa, nasce a doutrina da desconsideração da personalidade jurídica, que afastaria, em situações específicas, a distinção entre o patrimônio dos sócios e da empresa. Com a crescente disseminação deste instituto, diversas questões relevantes passaram a ser questionadas, entre elas, a sua aplicabilidade do ramo do direito tributário.

Por ser notório o uso da personalidade jurídica para consecução de fins ilícitos, incluindo a sonegação de impostos, se faz necessária a criação de um dispositivo que delimite o uso da desconsideração da personalidade jurídica em relações tributárias, protegendo-se, assim, o direito público indisponível intrínseco à obrigação de se pagar de tributos.

Diante de todo o exposto, resta claro que não há efetivamente um dispositivo específico que regule a aplicação desta doutrina na esfera tributária, dando espaço para uma interpretação abrangente por parte dos aplicadores do direito. A jurisprudência tem se posicionado no sentido não aplicar o referido instituto devido a falta de enquadramento da conduta de inadimplemento nos comandos legais existentes no ordenamento jurídico brasileiro.

Assim sendo, tem-se que, diante de princípios basilares, como a indisponibilidade do interesse público, não pode a desconsideração da personalidade jurídica deixar de ser aplicada em situações concretas em que o erário está sendo prejudicado. É um poder dever do Estado aplicar todas as formas cabíveis para o adimplemento da dívida tributária.

Se mostra no mínimo incoerente a não aplicação do referido instituto quando se trata da proteção de dinheiro público, indispensável para execução das funções típicas do Estado, como saúde e educação, sendo

que este é incontável e incontestavelmente aplicado na esfera privada. A Administração Pública, em defesa da supremacia do interesse público, deveria, antes de mais ninguém, ter a prerrogativa de gozar dos benefícios da desconsideração da personalidade jurídica, para que, então, não seja alvo de fraudes irrestritas.

Não se pode, no entanto, desconsiderar os interesses das personalidades jurídicas de direito privado. Deve-se levar em conta a importância do instituto para o desenvolvimento do país e a segurança jurídica, coibindo qualquer aplicação indiscriminada e abusiva da desconsideração, que acarrete a banalização do instituto e a restrição indevida dos direitos inerentes à personalidade jurídica. Para tal, se mostra indispensável a criação de normas específicas que protejam os interesses da sociedade como um todo, seja ele público ou privado, enquanto esferas que se complementam.

Diante da criação de uma norma específica que regulamente a desconsideração da personalidade jurídica no âmbito tributário, restariam pacificadas todas as controvérsias instauradas sobre o tema. Além disso, restariam observados todos os princípios básicos de um Estado Democrático de Direito, como a legalidade, a tipicidade e a segurança jurídica.

Referências

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. Vol. 1, 23ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de Direito Empresarial - Teoria Geral e Direito Societário**. Vol. 1, 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2013.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

TÔRRES, Heleno Taveira; QUEIROZ, Mary Elbe. **Desconsideração da personalidade em Matéria Tributária**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

LAZZARETTI, Alexandra; DE SOUZA, Michael Dionísio; SILVA, Liz Leyne Santos. **Desconsideração da personalidade jurídica**. JICEX, v. 5, n. 5, 2017.

Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5015> Acessado em 31 de outubro de 2017.

BRASIL. Código Civil, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm, consultado em 03 de novembro de 2017.

BRASIL. Código Tributário Nacional, Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172Compilado.htm, consultado em 07 de novembro de 2017.

A USUCAPIÃO COMO INSTRUMENTO JURÍDICO DO DIREITO DO ÍNDIO À TERRA

ANA CAROLINA TORRES CAMPOS:
Advogada. Bacharela em Direito pela
Universidade Federal de Pernambuco -
UFPE.

RESUMO: O presente artigo desenvolve um breve estudo sobre a prescrição aquisitiva ou usucapião indígena, partindo de pesquisas teóricas, calcadas na lei, na doutrina e na jurisprudência brasileira. Inicialmente, faz breves apontamentos sobre o instituto da usucapião, traçando as principais características do instituto, para, então, abordar a questão do direito do índio à terra, seus desafios históricos e conquistas no Brasil, com ênfase para a tutela protetiva consolidada a partir da Constituição Federal de 1988. Após consolidar diretrizes teóricas, trata do tema da usucapião indígena, ressaltando a sua importância e papel na preservação da cultura e tradições do povo autóctone brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Direito de propriedade. Direito à terra. Usucapião indígena.

SUMÁRIO: Introdução; 1. A usucapião como forma de aquisição da propriedade imóvel; 2. O ordenamento jurídico brasileiro e a questão das terras indígenas: da Carta Régia de 1611 à Constituição Federal de 1988; 3. Da usucapião indígena; 3.1. Linhas gerais acerca do instituto; 3.2. Posse *ad usucapionem*; 3.3. Usucapião indígena e demarcação de terras indígenas: a natureza da posse como principal distinção entre os institutos; 3.4. Relevância do instituto; 4. Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

Os índios brasileiros constituem grupo profundamente ligado às terras que tradicionalmente ocuparam. Assim, apesar de todas as agressões historicamente sofridas por eles no que tange à ocupação territorial, notabilizaram-se instrumentos protetivos do direito dos grupos indígenas à terra.

Todo este processo ganhou realce com o Estatuto do Índio e com a Constituição Federal de 1988, recebendo destaque o instituto da usucapião indígena, que, em seus contornos e benefícios, será analisado no presente trabalho.

1. A usucapião como forma de aquisição da propriedade imóvel

Elencada pelo Direito Civil dentre os direitos reais, a propriedade ostenta as características peculiares a este grupo: é direito permanente, determinada *numerus clausus*, possui eficácia *erga omnes* e envolve necessariamente coisa determinada. Muitas definições há para ela, consistindo, em suma, no direito de usar, gozar e dispor da coisa, além reivindicá-la de quem injustamente a detenha[1].

Por ser o corolário de todo o arcabouço jurídico e social moderno, centrado no sistema capitalista, conta com amplo tratamento normativo e pode ser adquirida por diversas formas, valendo ressaltar, ainda, que, de maneira crescente, tem sido encarada em conformidade aos seus préstimos à sociedade.

Destacam-se várias modalidades aquisitivas, tais quais, no caso da propriedade imóvel, o registro, a acessão, a ocupação e a usucapião, instituto o qual, pautado nos direitos indígenas, será detalhado adiante.

A usucapião ou prescrição aquisitiva reporta-se ao direito romano. No ensinamento de Carlos Roberto Gonçalves, designa modo originário de aquisição da propriedade e de alguns outros direitos reais[2] suscetíveis de exercício continuado em virtude da posse prolongada no tempo e de certos requisitos exigidos pela lei.

Trata-se de modo originário de aquisição do domínio, pois, a despeito de ser extinto o direito de propriedade do antigo titular, o usucapiente constitui direito à parte, independentemente de qualquer relação jurídica anterior[3].

Pode-se, ainda, perceber na prescrição aquisitiva um incentivo ao real uso da propriedade, conforme já há muito elucidava o notável Lafayette Rodrigues Pereira. Segundo ele, a negligência do antigo proprietário não

seria razão determinante da usucapião, instituto, na verdade, direcionado pelo objetivo de efetivar o exercício do direito de propriedade[4].

Referido propósito repousa no princípio da utilidade social, na conveniência e na estabilidade da propriedade, bem como no interesse de se consolidarem as aquisições de domínio e de ser facilitada a sua prova[5]. Afinal, a função social gera deveres ao proprietário e também atribui direitos aos não-proprietários[6]. É nesta perspectiva que devem ser analisados os direitos reais e, no particular, a usucapião, enquanto modo originário de aquisição da propriedade, lecionando Cunha Gonçalves que,

“[...]a propriedade, embora seja perpétua, não pode conservar este caráter senão enquanto o proprietário manifestar a sua intenção de manter o seu domínio, exercendo uma permanente atividade sobre a coisa possuída; a sua inação perante a usurpação feita por outrem, durante 10, 20 ou 30 anos, constitui uma aparente e tácita renúncia ao seu direito. De outro lado, à sociedade interessa muito que as terras sejam cultivadas, que as casas sejam habitadas, que os móveis sejam utilizados; mas um indivíduo que, durante largos anos, exerceu esses direitos numa coisa alheia, pelo seu dono deixada ao abandono, é também digno de proteção. Finalmente, a lei faculta ao proprietário esbulhado o exercício da respectiva ação para reaver a sua posse; mas esta ação não pode ser de duração ilimitada, porque a paz social e a tranquilidade das famílias exigem que os litígios cessem, desde que não foram postos em juízo num determinado prazo”[7]

Observa-se, pois, ser a usucapião modo aquisitivo da propriedade a envolver quatro principais requisitos, o tempo, a posse prolongada e pacífica, o objeto hábil[8] e o *animus domini*. Há diversas espécies no ordenamento jurídico brasileiro, despontando muitas do próprio Código Civil; de outro lado, a usucapião indígena, objeto do presente estudo, encontra previsão no art.33 da Lei nº 6.001/1973 (Estatuto do Índio).

2. O ordenamento jurídico brasileiro e a questão das terras indígenas: da Carta Régia de 1611 à Constituição Federal de 1988.

São de amplo conhecimento, embora de restrita lembrança e divulgação, os abusos sofridos pelos indígenas brasileiros durante todo o processo de colonização até os dias atuais.

Conflitos decorrentes da ocupação da terra tornaram-se, naturalmente, uma realidade frequente. Desta maneira, expediram-se diversos instrumentos normativos para disciplinar a questão das terras indígenas, dos quais foi precursora a Carta Régia de 10 de setembro de 1611. Seguiram-se, daí, outras leis; somente em 1850, contudo, com o Brasil já independente do reino de Portugal, a promulgação da Lei 601 – a famosa “Lei das Terras do Império” - fez surgir a primeira legislação específica a respeito da distinção entre terras públicas e privadas, reservando para os índios uma parcela de terras ocupadas sem contestação e tidas como devolutas.

A partir da Constituição de 1891, tornou-se impossível considerar devolutas as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios e, com a Carta Constituinte de 1934, foi consagrado o pleno domínio da União sobre as tais áreas. Restou, desde o referido momento, impossibilitada a invocação, por particulares ou pelos governos locais, do princípio do direito adquirido, do ato jurídico perfeito, do direito de propriedade ou de qualquer outro consagrado no Direito Civil para a desconstituição dos direitos originários dos índios sobre as terras objeto de sua ocupação.

Posteriormente à Constituição de 1937, o Estatuto do Índio, Lei nº 6001/1973, veio como uma das principais legislações a abordar o tema da ocupação de terras por parte das comunidades indígenas, dispondo em seu art.17 quais seriam elas.

A Convenção nº 107 da OIT, em vigor no Brasil desde 20 de julho de 1966, já estabelecia em seu art.11 o direito das populações interessadas de terem a propriedade reconhecida sobre as terras por elas tradicionalmente ocupadas. Outro passo importante na salvaguarda dos direitos indígenas foi a Lei 5.371, de 1967, que criou a Fundação Nacional do Índio - FUNAI.

Posteriormente, o ordenamento jurídico pátrio conferiu ainda maior ênfase aos direitos indígenas, com destaque para a relevante questão de suas terras, preocupação consagrada pela nova ordem constitucional.

Foi, todavia, com a Constituição Federal de 1988 e a nova ordem jurídica a partir daí instaurada, que se dispensou um novo tratamento aos nativos brasileiros, conforme elucida José Afonso da Silva,

“A questão da terra se transformara no ponto central dos direitos constitucionais dos índios, pois, para eles, ela tem um valor de sobrevivência física e cultural. Não se ampararão seus direitos se não se lhes assegurar a posse permanente e a riqueza das terras por eles tradicionalmente ocupadas, pois, a disputa dessas terras e da sua riqueza, como lembra Manuela Carneiro da Cunha, constitui o núcleo da questão indígena hoje no Brasil. Por isso mesmo, esse foi um dos temas mais difíceis e controvertidos na elaboração da Constituição de 1988, que buscou cercar de todas as garantias esse direito fundamental dos índios. Da Constituição se extrai que, sobre as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, incidem os direitos de propriedade e os direitos de usufruto, sujeitos a delimitações e vínculos que decorrem de suas normas”[9].

A Constituição ora vigente declarou as terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas como bens da União (art.20,XI, CF), definindo, também, quais seriam elas (art.231,p.1º,CF). Ainda no seu art.231, foi finalmente consagrado o princípio da inamovibilidade dos índios de suas terras.

Também foi previsto o término da demarcação das terras indígenas cinco anos após a promulgação da Constituição de 1988 (Art.67 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias)[10]. Entretanto, importante lembrar que não se trata, consoante bem salienta José Afonso da Silva, de

título de posse ou de ocupação das terras, mas apenas de mais um instrumento cujo desiderato volta-se à proteção dos direitos dos índios.

No entender de Dalmo de Abreu Dallari, outro mérito da vigente Carta Magna foi alçar à competência da Justiça Federal causas envolvendo os nativos brasileiros, pois isto assegurou a eles um tratamento mais distanciado dos interesses e poderes locais[11]. Acrescenta, ainda, o autor que, posteriormente à Constituição de 1988, a Convenção nº169 da Organização Internacional do Trabalho, da qual se tornou signatário o Brasil, consagrou vários direitos a estes povos e, para fins do presente estudo, atenta-se para a questão da posse e da propriedade das terras indígenas.

É, ainda, de se ressaltar a possibilidade de a União desapropriar terras para a ocupação indígena, como medida suplementar à demarcação e a outros meios de consagração da posse e da propriedade desses povos. Em tal caso, deverá a providência pautar-se no atendimento ao interesse público[12].

Em reforço à tutela protetiva inaugurada em 1988, a Convenção nº169, de 1989 dispôs, em seu art.14 a obrigatoriedade de reconhecimento aos indígenas do direito de propriedade e de posse sobre as terras que tradicionalmente ocupam[13].

3. Da usucapião indígena

3.1. Linhas gerais acerca do instituto

Versada no art.32 do Estatuto do Índio, Lei nº 6001 de 1973, a usucapião especial indígena recebe a seguinte disciplina:

“Art.32 Art. 33. O índio, integrado ou não, que ocupe como próprio, por dez anos consecutivos, trecho de terra inferior a cinquenta hectares, adquirir-lhe-á a propriedade plena.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica às terras do domínio da União, ocupadas por grupos

tribais, às áreas reservadas de que trata esta Lei, nem às terras de propriedade coletiva de grupo tribal”.

O instituto tem por alicerces três principais requisitos objetivos – o tempo, a posse pacífica e o objeto hábil - e um subjetivo, o ânimo de dono.

A lei exige o perfazimento de 10 anos consecutivos de posse ininterrupta sobre trecho de terra inferior a cinquenta hectares, de maneira a restar caracterizada a ocupação para os fins ora expostos uma vez exercida de forma incontestável, ininterrupta e contínua.

Todavia, na modalidade de usucapião em debate, mais um aspecto é preconizado, a saber, que se trate de índio, integrado ou não, conceito clareado pelo art.3º do Estatuto do Índio. No ponto, abre-se a crítica para a possibilidade de, em determinados casos, mesmo um índio já integrado encontrar-se apto a usucapir nos moldes da Lei 6.001/1973. Afinal, o propósito normativo, aparentemente, volta-se ao resguardo da cultura e da tradição indígena, em cuidadosa tutela aos direitos de tais povos.

Para os fins em debate, a área usucapienda é apenas a rural e particular, uma vez que a própria Constituição Federal proíbe a usucapião de bens públicos (art.191, parágrafo único, CF). Ademais, embora o trecho de terra não possa ultrapassar cinquenta hectares, inexistente previsão para um tamanho mínimo. O estabelecimento da referida dimensão encontra críticas na doutrina. Inclusive, há defensores de previsão legal para módulos de abrangência superior em locais como a Amazônia Legal, onde habita a maioria da população indígena e, na prática, o módulo ultrapassa cem hectares[14].

Necessária, ainda, a presença do elemento psicológico do agente, a posse com ânimo de dono, daí o emprego da expressão “como próprio”, significando o exercício da ocupação, acompanhado do intento ou ânimo de ter o bem como seu, na condição de verdadeiro proprietário. Exige-se, destarte, haja a posse *ad usucapionem*, que será tratada com mais detalhes no próximo item.

Há de se destacar, também, que, caso o índio possua plena capacidade, poderá propor diretamente a ação de usucapião. Caso contrário, será representado pela FUNAI[15].

De conseguinte, a aquisição da propriedade por indígena ocorrerá caso sejam observados e cumpridos os requisitos enunciados no art.33 do Estatuto do Índio, condicionados à chancela judicial, a fim de se proceder ao registro junto ao cartório da circunscrição imobiliária competente, com validade *erga omnes*.

Ressalta-se, por derradeiro, que, consoante a classificação presente no art.17 da Lei n. 6.001/1973, as terras usucapidas, por integrarem a propriedade dos indígenas, não sendo bens públicos, enquadram-se na classificação do inciso III, na modalidade de terras de domínio das comunidades indígenas ou silvícolas.

3.2. Posse *ad usucapionem*

Para fins do presente estudo, faz-se imperioso elucidar a natureza da posse no caso específico da usucapião indígena. Conquanto seja escassa a bibliografia sobre o tema, seguem-se alguns apontamentos merecedores de particular ênfase.

O diploma civil pátrio de 2002, tal qual o seu precedente, adota a teoria objetivista de Jhering sobre a posse, que entende ser ela evidenciada pelo *corpus*, a exteriorização do domínio. Assim, seria, nas palavras daquele autor, o elemento externo manifestação inseparável da vontade do agente, como a palavra se encontra ligada ao pensamento[16]. Menciona, neste diapasão, o art. 1.196 do Código Civil que se considera possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade.

Em doutrina, admitem-se diversas modalidades de posse, com destaque para a contraposição entre a posse *ad interdicta* e a *ad usucapionem*, pois, enquanto a primeira inclui toda posse passível de defesa através das ações possessórias, possibilitando a utilização dos interditos para repelir ameaça, mantê-la ou recuperá-la, esta última é a que

possibilita a aquisição da propriedade após o transcurso de certo lapso temporal.

Assim, há situações nas quais, mesmo possuindo determinada coisa, o indivíduo não poderá usucapir. E isto se aplica à usucapião indígena também, a exemplo da hipótese de um índio, já integrado, ser locador de determinado imóvel, circunstância na qual não poderá ele, enquanto o real proprietário comportar-se desta maneira, invocar a usucapião, mas poderá, nos devidos limites, defender sua posse mediante os interditos. Secundariamente, é necessário o perfazimento do lapso temporal de dez anos a fim de se operar a usucapião indígena.

Frise-se, por derradeiro, que, contrariamente às terras demarcadas, a legitimidade da posse das áreas usucapidas consoante os moldes do Estatuto do Índio condiciona-se ao registro imobiliário, após a devida homologação judicial.

3.3. Usucapião indígena e demarcação de terras indígenas: a natureza da posse como principal distinção entre os institutos

O ordenamento jurídico pátrio também garante aos indígenas o direito de demarcação das terras por eles tradicionalmente ocupadas, dispondo neste sentido o art. 19 da Lei nº 6.001/1973.

A respeito da demarcação das terras dos nativos brasileiros, faz a Constituição Federal uma série de previsões, destacando-se o seu art.231. O Decreto-lei 1775/1996 disciplina, também, todo o processo demarcatório, que, com trâmite inteiramente em âmbito administrativo, é permeado por uma série de cuidados legais.

A principal questão, entretanto, atine à natureza da posse que enseja a demarcação de terras indígenas. Esta difere da posse típica da usucapião, até porque não é direcionada por requisito temporal específico, tampouco, contrariamente à usucapião traçada no Estatuto do Índio, envolve a posse individual, mas, de outro lado, a de uma coletividade. Transcende, pois, à continuidade e mesmo ao *animus domini*,

despontando esclarecedor o ensinamento de José Afonso da Silva sobre a natureza jurídica da posse em em apreço,

“A posse das terras ocupadas tradicionalmente pelos índios não é a simples posse regulada pelo direito civil; não é a posse como simples poder de fato sobre a coisa, para sua guarda e uso, com ou sem ânimo de tê-la como própria. É, em substância, aquela possessio ab origini que, no início, para os romanos, estava na consciência do antigo povo, e era não a relação material do homem com a coisa, mas um poder, um senhorio. [...] a relação do indígena com suas terras não era apenas um ius possessionis, mas também um ius possidendi, porque ela revela também o direito que têm seus titulares de possuir a coisa, com o caráter de relação jurídica legítima e utilização imediata”[17].

Faz-se relevante destacar que, ante à especial natureza da posse motivadora da demarcação territorial, é pacífico em doutrina ser esta mero reconhecimento da posse autóctone. Nesta linha, defende-se que tais áreas, para serem consideradas posse indígena, prescindem de demarcação e do registro imobiliário, embora tenha sido intenção do legislador constitucional demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens[18].

Demais disso, é de se ressaltar que, contrariamente à usucapião especial indígena, não é expreso na Constituição o lapso temporal durante o qual devem os índios ter ocupado a área para se possibilitar a demarcação, existindo unicamente menção às terras por eles tradicionalmente ocupadas.

Referida questão foi enfrentada pelo Min. Carlos Ayres Britto, na Pet.3388/RR, quando o STF discutiu a demarcação da reserva indígena da Raposa Serra do Sol, ocasião na qual o magistrado entendeu ter sido a data da promulgação da Constituição em vigor o marco desejado pelo constituinte para essa tradicional ocupação. Restou, pois, incontroverso

que, para haver demarcação das terras indígenas, este povo deveria tê-las ocupado desde antes da promulgação constitucional e ainda as ocupar no referido momento, salvo a hipótese de esbulho renitente.

Naquela ocasião, acrescentou, ainda, o relator,

“Não basta, porém, constatar uma ocupação fundiária coincidente com o dia e ano da promulgação do nosso Texto Magno. É preciso ainda que esse estar coletivamente situado em certo espaço fundiário se revista do caráter da perdurabilidade. Mas um tipo qualificadamente tradicional de perdurabilidade da ocupação indígena, no sentido entre anímico e psíquico de que viver em determinadas terras é tanto pertencer a elas quanto elas pertencerem a eles, os índios (“Anna Pata, Anna Yan”: “Nossa Terra, Nossa Mãe”). [...] O termo “originários” a traduzir uma situação jurídico subjetiva mais antiga do que qualquer outra, de maneira a preponderar sobre eventuais escrituras públicas ou títulos de legitimação de posse em favor de não-índios. Termo sinônimo de primevo, em rigor, porque revelador de uma cultura pré-européia ou ainda não civilizada. A primeira de todas as formas de cultura e civilização genuinamente brasileiras, merecedora de uma qualificação jurídica tão superlativa a ponto de a Constituição dizer que “os direitos originários” sobre as terras indígenas não eram propriamente outorgados ou concedidos, porém, mais que isso, “reconhecidos” (parte inicial do art. 231, caput); isto é, direitos que os mais antigos usos e costumes brasileiros já consagravam por um modo tão legitimador que à Assembléia Nacional Constituinte de 1987/1988 não restava senão atender ao dever de consciência de um explícito reconhecimento. [...] Pelo que o direito por continuidade histórica prevalece,

conforme dito, até mesmo sobre o direito adquirido por título cartorário ou concessão estatal”.

Na mesma oportunidade, sustentou o Ministro Carlos Ayres Britto que o propósito da demarcação tem vistas no futuro, na preservação da comunidade indígena em sua terra e, de conseguinte, de todos os seus peculiares traços. Imprescindível perceber que o efeito multiplicador do reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal em todas as instâncias judiciais[19].

Para robustecer mais ainda todo o exposto, vem à tona, novamente, preciosa lição de José Afonso da Silva[20], quando, também ao dissertar sobre o caso da Reserva Raposa Serra do Sol, asseverou ser a demarcação medida com efeito de mero reconhecimento de situação de fato e de direito já existente, limitada a precisar a extensão de determinada área, depois de um processo de levantamento antropológico, etnográfico e geográfico do local tradicionalmente ocupado.

3.4. Relevância do instituto

Historicamente, os conflitos vivenciados pelos povos indígenas guardam estreita relação com a demarcação de suas terras. Nos últimos anos, os conflitos decorrentes de tais embates têm aumentado em proporção significativa, o que é vislumbrado no crescimento de 64% de 2006 para 2007 no número de indígenas assassinados no país, com concentração dos crimes em Mato Grosso do Sul[21]. Em meio a todo esse contexto, não se pode olvidar que a própria corrida ruralista representa verdadeiro óbice à concretização do direito indígena a terra, tanto no caso da demarcação, quanto no da desapropriação e mesmo no da usucapião.

De acordo com o Censo 2010 do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, das 896 mil pessoas declaradas indígenas, 572 mil, ou 63,8%, viviam na área rural e 517 mil, ou 57,7%, moravam em Terras Indígenas oficialmente reconhecidas. Destaca-se, assim, o percentual de indígenas vivendo nas áreas rurais em comparação ao que se observa para a população brasileira em geral. Enquanto 84,4% da população nacional reside em centros urbanos, esse percentual atinge apenas 36,2%

no caso dos indígenas, revelando, pois, o maior vínculo deles com a terra[22].

Destarte, embora a usucapião do Estatuto do Índio seja passível de muitas críticas, a importância do instituto reside justamente em ser ele mais um meio de resguardo dos direitos dos povos indígenas, configurando forma de aquisição da propriedade reservada especificamente a este povo.

Neste particular, vem à tona a lição de Aurélio Veiga Rios, para quem, além da demarcação, de importância já consagrada na ordem constitucional vigente, seria imperiosa a normatização de novas modalidades de aquisição da propriedade e da posse indígena.

Desponta, outrossim, a relevância de serem revigorados os meios de acesso dos indígenas à propriedade territorial, pois isto lhes conferiria maior segurança, posto que, no atual modelo de demarcação, a propriedade dos bens é da União e esta – apesar de todas as limitações impostas em lei – pode deles dispor conforme entenda necessário, o que, não raro, pode ocorrer em desfavor dos povos indígenas[23], complementando Rios,

“As reminiscências históricas de uma ocupação pretérita não parecem convencer, de per si, nem mesmo os antropólogos chamados a identificar novas áreas indígenas ou redefinir os limites de glebas já demarcadas, especialmente quando a área em questão está cercada de fazendas consideradas produtivas ou áreas de adensamento urbano, nas quais o reconhecimento tardio do esbulho ou da ocupação pacífica por não-índios poderia provocar disputas sobre a posse da terra, deixando a comunidade indígena em situação desconfortável e criando conflitos que não interessam a ninguém, muito menos ao poder público[24]”.

Inclusive, informa o sítio eletrônico da FUNAI que aproximadamente 8% das 426 terras indígenas tradicionalmente ocupadas já regularizadas, inclusive algumas com presença de índios isolados e de recente contato, não se encontram na posse plena das comunidades indígenas, fato o qual se constitui em desafio a diversos órgãos do Governo Federal para a efetivação dos direitos territoriais deste grupo, a fim de se proteger devidamente esse singular patrimônio do Brasil e da humanidade[25].

Face a tal conjuntura, vislumbra-se a potencial importância e aplicação da prescrição aquisitiva tratada no Estatuto do Índio.

No entanto, é bastante profícuo o debate sobre remodelagens em vários aspectos do instituto. Seria, neste contexto, elogiável um estudo para redefinir a extensão da área suscetível de usucapião, bem como a especificação do caráter da posse, se de boa-fé e com justo título, ou não.

4. Conclusão

A título de últimas considerações, afigura-se imprescindível repisar a necessidade de os povos indígenas serem vistos sob uma nova ótica, mais protetiva de sua cultura e atenta às suas tradições.

A terra representa aspecto muito relevante na gama de direitos que devem ser assegurados aos nativos brasileiros. Ademais, tendo em vista a necessidade de serem criados ou mesmo robustecidos modos de acesso a ele, digna de atenção especial é a figura da usucapião indígena.

O referido instituto - por representar forma de aquisição do direito real de propriedade, e não meramente, ao contrário da demarcação, a homologação das terras já tradicionalmente ocupadas por tais povos na figura de bens públicos - traz ainda a vantagem de figurar como mais um resguardo aos índios, à sua cultura e às suas tradições.

5. Referências:

ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de. **A relação jurídica real no direito contemporâneo: uma teoria geral do direito das coisas**. 2010.

171 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2010.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Reconhecimento e Proteção dos direitos dos índios**. Brasília: Revista de Informação Legislativa, v.28, n.111, p. 315-320, jul./set. 1991.

GOMES, Orlando. **Direitos Reais**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Vol.V. São Paulo: Saraiva: 2014.

PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direito das Coisas**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977. Edição Histórica: adaptação ao Código Civil por José Bonifácio de Andrada e Silva.

MONTEIRO, Washington de Barros. MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Curso de Direito Civil: Direito das Coisas**. Vol.3. São Paulo: Saraiva: 2010.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direitos Reais**. Vol.IV. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

REPUBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, Funai. **O Brasil Indígena – IBGE**. <http://www.funai.gov.br/index.php/indios-no-brasil/o-brasil-indigena-ibge>. Acesso: 16/12/2017.

REPUBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, Funai. **Terras indígenas: o que é?**. <http://www.funai.gov.br/index.php/nossas-acoes/demarcacao-de-terras-indigenas?start=2#>. Acesso em: 16/12/2017.

RIBEIRO, Benedito Silvério. **Tratado de Usucapião**. Vol I. São Paulo: Saraiva, 2007.

RIOS, Aurélio Veiga. **Terras indígenas do Brasil: definição, reconhecimento e novas formas de aquisição**. Disponível em: <http://laced.etc.br/old/arquivos/06-Alem-da-tutela.pdf> . Acesso em: 12/12/2017.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 1999.

SILVA, José Afonso da. **Demarcação de terra indígena**. Revista Interesse Público. Brasília: Fórum, Ano X, nº52, PP.89-113, Nov/Dez 2008.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direitos Reais**. Vol.V. São Paulo: Atlas, 2014.

[1] PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Direitos Reais**. Vol.IV. Rio de Janeiro: Forense, 2007. P.91.

[3] VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direitos Reais**. Vol.V. São Paulo: Atlas, 2014. P.208.

[4] PEREIRA, Lafayette Rodrigues. **Direito das Coisas**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977. Edição Histórica: adaptação ao Código Civil por José Bonifácio de Andrada e Silva. P. 219.

[5] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Vol.V. São Paulo: Saraiva: 2014. PP. 256-258.

[6] ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de. **A relação jurídica real no direito contemporâneo: uma teoria geral do direito das coisas**. 2010. 171 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2010. P. 120.

[7] CUNHA GONÇALVES, Luis da. Da propriedade e da posse. Lisboa: Edições Ática, 1952. PP.207-208. APUD. GONÇALVES, Carlos Roberto. Op. Cit. P. 257.

[9] SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 1999. P. 825.

[11] DALLARI, Dalmo de Abreu. **Reconhecimento e Proteção dos direitos dos índios**. Brasília: Revista de Informação Legislativa, v.28, n.111, p. 315-320, jul./set. 1991. P.317.

- [12] Parecer da AGU AC48, Publicação DOU 07/03/2006.
- [13] IDEM, **Ibidem**. P.319.
- [14] RIBEIRO, Benedito Silvério. **Tratado de Usucapião**. Vol I. São Paulo: Saraiva, 2007. P. 241.
- [16] MONTEIRO, Washington de Barros. MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Curso de Direito Civil: Direito das Coisas**. Vol.3. São Paulo: Saraiva: 2010. P.30.
- [17] SILVA, José Afonso da. **Op.Cit.** P.829.
- [18] RIBEIRO, Benedito Silvério. **Op. Cit.** P. 243.
- [19] Exemplos disso são as deliberações proferidas face aos Mandados de Segurança nº10.994/DF e nº10.255/DF , julgados pelo Superior Tribunal de Justiça em 2006 e em 2007, respectivamente.
- [20] SILVA. José Afonso da. **Demarcação de terra indígena**. Revista Interesse Público. Brasília: Fórum, Ano X, nº52, PP.89-113, Nov/Dez 2008. P.109.
- [21] Fonte: CIMI- Violência Contra os Povos Indígenas no Brasil- Relatório 2006/2007
- [22] REPUBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, FUNAI. **O Brasil Indígena – IBGE**.Disponível em: <http://www.funai.gov.br/index.php/indios-no-brasil/o-brasil-indigena-ibge>. Acesso: 16/12/2017.
- [23] RIOS, Aurélio Veiga. **Op.Cit.** P.
- [24] IDEM, **Ibidem**. PP. 76-77
- [25] REPUBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, FUNAI. **Terras indígenas: o que é?**. Disponível em: <http://www.funai.gov.br/index.php/nossas-acoas/demarcacao-de-terras-indigenas?start=2#>. Acesso em: 16/12/2017.

CONTORNANDO DOIS ÓBICES À USUCAPIÃO RURAL: OS BENS PERTENCENTES A ESTATAIS E A USUCAPIÃO RECONHECIDA APENAS COMO MATÉRIA DE DEFESA

ANDRE BORGES COELHO DE MIRANDA FREIRE:
Advogado. Graduado do Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas da UFPB.

RESUMO: O presente artigo trata da usucapião especial rural sob dois aspectos. Primeiramente, pelas lentes da famosa distinção entre estatais prestadoras de serviço público e exploradoras de atividades econômicas, estuda-se a possibilidade de usucapir bens rurais de estatais, concluindo pela restrita vedação aos casos em que efetivamente o bem esteja afetado ao serviço público. Em seguida, argumenta-se pela possibilidade de registro de sentença de ação em que a usucapião rural foi reconhecida como matéria de defesa apenas, por relevantes razões sociais e de economia processual.

Palavras-chave: usucapião especial rural; empresas estatais; matéria de defesa; registro de sentença.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Usucapião rural de imóvel de titularidade de empresa estatal; 3 Entendimento originário resultante do cotejo do art. 191, §único da cf com o art. 98 e ss. do código civil; 4 Reviravolta gerada pelo supremo tribunal federal e a repercussão sobre a imprescritibilidade de bens de certas estatais; 5 Do retorno à situação referida em 2, por razões diversas; 6. Usucapião constitucional rural como matéria de defesa; 7. Conclusão; 8. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo trata de duas importantes questões envolvendo a usucapião rural: a possibilidade de usucapir bem rural de titularidade de empresa estatal (empresa pública ou sociedade de economia mista) e os efeitos do reconhecimento da usucapião rural alegada como matéria de defesa.

Quanto à primeira questão o que se estudará são os efeitos do reconhecimento atual do Supremo Tribunal Federal de que certas empresas estatais, mesmo gozando de personalidade jurídica de direito

privado, teriam o mesmo tratamento dispensado à Fazenda Pública, sobre a possibilidade de usucapir bens rurais de titularidade dessas empresas.

No que se refere ao segundo ponto, quer-se estudar as consequências do julgamento de improcedência de uma reivindicatória ou possessória por força do reconhecimento da usucapião.

Mais precisamente, perquire-se se é uma sentença desse tipo título de propriedade suficiente, inclusive passível de registro, o que se tentará responder à luz do princípio da função social da propriedade rural e também do novo regramento do novel Código de Processo Civil sobre o instituto da coisa julgada.

O percurso dar-se-á nos seguintes passos. Primeiramente, responder-se-á à primeira questão, trazendo à colação jurisprudência sobre a usucapião de bens de estatais antes e depois da emblemática assentada do STF sobre a Empresa de Correios e Telégrafos (ECT).

Já na resposta à segunda questão, será analisada principalmente com respeito principalmente à usucapião rural constitucional prevista no art. 182, em cotejo com o disciplinamento da coisa julgada no Código de Processo Civil de 2015.

2.USUCAPIÃO RURAL DE IMÓVEL DE TITULARIDADE DE EMPRESA ESTATAL

No presente tópico, estuda-se o tratamento jurídico dos imóveis pertencentes a empresas estatais, no Código Civil e na Constituição e na jurisprudência do passado e do presente, com o objetivo de responder à questão posta na introdução.

3. ENTENDIMENTO ORIGINÁRIO RESULTANTE DO COTEJO DO ART. 191, §ÚNICO DA CF COM O ART. 98 E SS. DO CÓDIGO CIVIL

Impende primeiramente, apresentar brevemente o panorama legislativo sobre o tema. Em primeiro lugar, a dicção constitucional, ei-la:

Art. 191. Aquele que, não sendo proprietário de **imóvel rural** ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, **área de terra, em zona rural, não superior a cinqüenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade.**

Parágrafo único. **Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.**

Depois disso, deve-se buscar no ordenamento a definição de bem público, que se encontra no Código Civil, *in litteris*:

Art. 98. São públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; **todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem.**

Art. 99. São bens públicos:

I - os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças;

II - os de uso especial, tais como edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias;

III - os dominicais, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de

direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades.

Parágrafo único. Não dispendo a lei em contrário, consideram-se dominicais os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público a que se tenha dado estrutura de direito privado.

Art. 102. Os bens públicos não estão sujeitos a usucapião.

Assim, até certo ponto, era o tratamento jurídico da questão bastante simples. Se determinado bem fosse titularizado por empresa estatal, ou seja, empresa pública ou sociedade de economia mista, seria bem privado, simplesmente porque pertencente a pessoa jurídica de direito privado e, assim, passível de usucapião rural. Isso porque o art. 98 do Código Civil emprega definição meramente subjetiva de bem público, importando a natureza jurídica *a priori* formal da pessoa.

Representativamente desse entendimento, o seguinte aresto do TRF-1ª Região:

USUCAPIÃO. IMÓVEL URBANO DE PROPRIEDADE DE EMPRESA PÚBLICA. NATUREZA JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO. AQUISIÇÃO POR USUCAPIÃO. POSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE CARÊNCIA DE AÇÃO. 1. "Tendo as empresas públicas natureza jurídica de direito privado, regendo-se pelas normas comuns às demais empresas privadas (art. 173, parágrafo 1º - CF), os seus bens não estão imunes à aquisição por usucapião"

(AC 93.01.31311-1/MG, Rel. Desembargador Federal OLINDO MENEZES, Terceira Turma, DJ de 01/07/1998, p.119). 2. Assim sendo, **não se aplica aos bens de empresa pública a vedação** contida nos artigos 183, § 3º e **191, parágrafo único, da Carta Magna**. 3. Afastada a carência de ação reconhecida (C.P.C., art. 267, VI), não é possível prosseguir no

juízo de mérito, na forma do § 3º do artigo 515 do Código de Processo Civil, uma vez que a questão não é exclusivamente de direito, porquanto depende da análise de provas documentais e testemunhais produzidas nos autos. 4. Apelação a que se dá provimento em parte." (TRF - PRIMEIRA REGIÃO, APELAÇÃO CIVEL - 200237000013947, SEXTA TURMA Data da decisão: 21/2/2005)

Portanto, não era necessária análise muito acurada da questão. Sendo empresa estatal e, conseqüentemente, a personalidade jurídica de direito privado, seus bens **não** seriam imprescritíveis, não se aplicando, segundo o acórdão o § único do art. 191, da CF, referido acima.

4. REVIRAVOLTA GERADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A REPERCUSSÃO SOBRE A IMPRESCRITIBILIDADE DE BENS DE CERTAS ESTATAIS

Segundo jurisprudência atual do STF e entendimento de parte da doutrina, a exploração de atividade econômica por parte do Estado não se confunde com a prestação de serviços públicos. É o que se extrai, por exemplo, do julgamento da ADPF 46, por parte do Supremo Tribunal Federal, no qual se fez diferenciação clara entre os dois institutos: "A atividade econômica em sentido amplo é gênero que compreende duas espécies, o serviço público e a atividade econômica em sentido estrito" (STF, 2009).

Portanto, quando o Estado atua diretamente no domínio econômico, o faz de assumindo duas facetas – ou explora atividade econômica em sentido estrito, ou presta serviços públicos. A referida distinção é embasada em firme construção jurisprudencial acerca do tema, pautada em acurada análise sistemática da Constituição e, embora cercada de controvérsias, amparada, integral ou parcialmente, pela melhor doutrina.

Essa premissa serve de base para a compreensão de uma cisão existente entre as empresas estatais, divisão essa crucial para o entendimento e a aplicação do art. 173, da CF.

De um lado, emergem as empresas estatais exploradoras de atividade econômica (em sentido estrito), sujeitas com maior veemência ao regime de direito privado – exceto, obviamente, as já citadas normas de direito públicos incidentes sobre elas, em decorrência do controle da pessoa federativa a que estiverem subordinadas – e sob o regime previsto pelo art. 173 da ordem econômica constitucional. A elas se refere o § 1º do citado artigo, ao limitar o âmbito de sua incidência às empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços.

Por outro viés, têm-se as empresas públicas e sociedades de economia mista prestadoras de serviços públicos, submetidas a um regime de direito privado mais mitigado, com a incidência de normas de direito público que vão muito além daquelas decorrentes do controle do capital pelo Estado – seus bens são considerados públicos, pois que afetados a atividade de interesse público (a despeito do que diz o art. 98 do Código Civil) e elas se sujeitariam ao regime dos precatórios para pagamento de suas dívidas, por se equipararem à fazenda pública.

Embora alvo de muita controvérsia, a citada cisão na classificação das empresas estatais encontra respaldo em ampla jurisprudência da Colenda Corte:

“Distinção entre empresas estatais prestadoras de serviço público e empresas estatais que desenvolvem atividade econômica em sentido estrito. (...). As sociedades de economia mista e as empresas públicas que explorem atividade econômica em sentido estrito estão sujeitas, nos termos do disposto no § 1º do art. 173 da Constituição do Brasil, ao regime jurídico próprio das empresas privadas. (...). **O § 1º do art. 173 da Constituição do Brasil não se aplica às empresas públicas, sociedades de economia mista e entidades (estatais) que prestam serviço público.**” (ADI 1.642, rel. min. Eros Grau, julgamento em 3-4-2008, Plenário, DJE de 19-9-2008.) No mesmo sentido: ARE 689.588-AgR, rel.

min. Luiz Fux, julgamento em 27-11-2012, Primeira Turma, DJE de 13-2-2012.

“Assim, não se aplicam às empresas públicas, às sociedades de economia mista e a outras entidades estatais ou paraestatais **que explorem serviços públicos a restrição contida no art. 173, § 1º, da CF, isto é, a submissão ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias, nem a vedação do gozo de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado** (CF, artigo 173, § 2º).” (RE 220.906, voto do rel. min. Maurício Corrêa, julgamento em 16-11-2000, Plenário, DJ de 14-11-2002.) Vide: RE 596.729-AgR, rel. min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 19-10-2010, Primeira Turma, DJE de 10-11-2010.

José dos Santos Carvalho Filho, entretanto, alerta para um ponto específico, que nos parece não sempre observado pela jurisprudência: não é rígida nem perfeitamente delimitável a fronteira entre prestação de serviço público e a exploração de atividade econômica em sentido estrito – empresas estatais que prestem serviço público que também pode ser prestado por particulares - em regime de concorrência com delegatárias desse mesmo serviço, por exemplo –, deveriam ser consideradas no segundo grupo, dado que, em verdade, são pessoas estatais que participam diretamente da atividade econômica em concorrência com particulares (CARVALHO FILHO, 2015).

Diz o citado doutrinador: “se essas entidades executam serviços públicos em regime de competição com empresas privadas, tais serviços, mesmo caracterizando-se como serviços públicos, guardam bastante aproximação com as atividades econômicas em sentido estrito, de modo que nenhuma justificativa razoável se poderia invocar para que lhes sejam outorgadas situações de privilégio, não extensíveis às demais empresas privadas (...)”.

A redação do art. 173, § 1º, da Constituição não ajuda na solução da dúvida, uma vez que estabelece estarem a ele sujeitas as empresas estatais que explorem atividade econômica em exploração de

atividade econômica de produção ou comercialização de bens *ou de prestação de serviços*, não se precisando se a referência se faz à exploração de atividade econômica em sentido amplo, englobando a prestação de serviços, ou à exploração de atividade econômica em sentido estrito, e ainda que se conclua pela segunda afirmação, se da atividade econômica em sentido estrito estão excluídos todos os serviços públicos ou somente aqueles revestidos de caráter público típico (serviços públicos não econômicos, também chamados de serviços públicos típicos).

Fato é que firme jurisprudência do STF se limita à seguinte distinção, conforme julgado supratranscrito: somente as empresas públicas e sociedades de economia mista exploradoras de atividade econômica (em sentido estrito) se submetem ao regime constitucional referente à atuação direta do Estado na economia, previsto no art. 173 da Carta Magna.

A primeira consequência disso é a submissão, das mencionadas pessoas jurídicas, a um regime de igualdade com as empresas privadas, notadamente quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários. Nesse sentido, tem-se a ausência de privilégios processuais (prazos em dobro para contestar e recorrer atribuídos à Fazenda pública; reexame necessário), civis (impenhorabilidade e **imprescritibilidade dos bens, *rectius* impossibilidade de terem seus bens afetados usucapidos**), tributários (imunidades), fiscais ou comerciais.

Nesse contexto, emergem conclusões exemplares da jurisprudência, em aplicação concreta do disposto no art. 173, § 1º, II, da CF. Em primeiro lugar, apresentam-se alguns julgados do STF a respeito dessa situação:

“Os privilégios da Fazenda Pública são inextensíveis às sociedades de economia mista que executam atividades em regime de concorrência ou que tenham como objetivo distribuir lucros aos seus acionistas. Portanto, a empresa Centrais Elétricas do Norte do Brasil S.A. (ELETRONORTE) não pode se beneficiar do sistema de pagamento por precatório de dívidas decorrentes de decisões judiciais (art. 100 da Constituição).” (RE 599.628, rel. p/ o ac. min. Joaquim Barbosa,

juízo em 25-5-2011, Plenário, DJE de 17-10-2011, com repercussão geral.)

"Esta Corte orientou-se no sentido de que as disposições constitucionais que regem os atos administrativos **não podem ser invocadas para estender aos funcionários de sociedade de economia mista, que seguem a CLT, uma estabilidade aplicável somente aos servidores públicos, estes sim submetidos a uma relação de direito administrativo.** A aplicação das normas de dispensa trabalhista aos empregados de pessoas jurídicas de direito privado está em consonância com o disposto no § 1º do art. 173 da Lei Maior, sem ofensa ao art. 37, caput e II, da Carta Federal." (AI 468.580-AgR, rel. min. Ellen Gracie, julgamento em 13-12-2005, Segunda Turma, DJ de 24-2-2006.)

Merece destaque para o presente artigo julgado em que o STJ considerou sujeitos a usucapião os bens de sociedade de economia mista exploradora de atividade econômica (REsp 647.357-MG, 3ª Turma, Rel. Min. Castro Filho, julg. Em 19.09.2006)

Nem todos, entretanto, segundo o já citado José dos Santos Carvalho Filho, concordam com a visão do STF, pois "se o Estado se despiu de sua potestade para atuar no campo econômico, não deveria ser merecedor da benesse de estarem as pessoas que criou para esse fim excluídas do processo falimentar. Desse modo, se justificável a exclusão dessas entidades quando prestadoras de serviços públicos, não há justificativa plausível para descartar também as que explorem atividade meramente econômica".

Após essa orientação do STF, passou, portanto, a jurisprudência a rejeitar a possibilidade de usucapião de bens pertencentes a empresas estatais prestadoras de serviços públicos, já que equiparadas à Fazenda Pública. Nesse sentido, representativo o seguinte precedente do TRF-2ª Região, *ad litteram*:

CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL CIVIL.
ADMINISTRATIVO. REINTEGRAÇÃO DE POSSE.

SENTENÇA PROFERIDA NOS TERMOS DO ART. [285-A](#) DO [CPC](#). INTERPOSIÇÃO DE RECURSO. AUSÊNCIA DE CITAÇÃO DOS RÉUS. NULIDADE. **EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT. BENS PÚBLICOS. USUCAPIÃO. IMPOSSIBILIDADE.**

(...)

- Ademais, o deslinde da controvérsia trazida a exame, passa pela análise da natureza jurídica dos bens das empresas públicas, como é o caso da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, ora Apelante, tendo em vista que, **se forem considerados bens públicos, submetem-se ao regime jurídico da imprescritibilidade, ao passo que, se detiverem a natureza privada, podem ser adquiridos por usucapião.**

- O conceito de bem público foi estabelecido pelo art. [98](#) do [Código Civil](#), que dispõe: são públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem.

- Também são considerados bens públicos aqueles que, embora não pertencentes às pessoas jurídicas de direito público, estejam afetados à prestação de um serviço público. Com relação às empresas públicas, cuja natureza jurídica é de direito privado, há duas situações distintas, uma vez que essas entidades estatais podem ser prestadoras de serviço público ou exploradoras de atividade econômica.

- Os bens das empresas públicas prestadoras de serviço público e que estejam afetados a essa finalidade são considerados bens públicos. Já os bens das estatais exploradoras de atividade econômica são bens privados, pois, atuando nessa qualidade, sujeitam-se ao regramento previsto no

art. [173](#), da [Carta Magna](#), que determina, em seu § 1º, II, a submissão ao regime jurídico próprio das empresas privadas.

- O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 220.906/DF, declarou a impenhorabilidade de bens da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, tendo em vista que a atividade econômica precípua da ECT está direcionada à prestação de serviço público de caráter essencial à coletividade.

- No caso, **a área objeto da presente demanda deve ser considerada bem público, na medida em que pertence à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos que, apesar de constituída como Empresa Pública Federal, possui natureza tipicamente pública, por prestar serviço público sujeito à responsabilidade exclusiva da Administração Direta, restando, por conseguinte, insuscetível de aquisição por usucapião, conforme, aliás, prevê expressamente a [Constituição Federal](#) (art. 183, § 3º e art. 191, Parágrafo único).**

- Recurso de apelação parcialmente provido para anular a sentença.

Vê-se que o precedente é interessante, pois, embora colocando dois requisitos para vedar a usucapião de bens de empresa pública (pertencer a empresa pública prestadora de serviço público + afetação ao serviço público), acaba por decidir em abstrato, contentando-se com o suposto de que se cuida da empresa pública federal considerada pelo STF como prestadora de serviço público.

Não há qualquer menção efetiva à circunstância de os bens em questão estarem afetados ao serviço público, mesmo porque se afigura altamente improvável que um bem esteja afetado ao serviço público e, ao mesmo tempo, seja usucapido, pois se cuida de circunstâncias, à primeira vista, excludentes.

5. DO RETORNO À SITUAÇÃO REFERIDA EM 2, POR RAZÕES DIVERSAS

Já se viu que é pacífico hoje que há empresas estatais consideradas de regime equiparado à Fazenda Pública, o que se refletiria na consequente imprescritibilidade de seus bens.

Entretanto, nossa posição pessoal é de que não basta ser a pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público. É necessário, adicionalmente, que haja verdadeira afetação ao serviço público por ela prestado, para que se evite a usucapião.

E, ao fim e ao cabo, essa afetação não se verificará, em regra, se ocorrer o preenchimento dos requisitos da usucapião rural.

No sentido aqui defendido, encontra-se o seguinte precedente do TRF-5ª Região, *in litteris*:

EMENTA CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. EMBRAPA. EMPRESA PÚBLICA PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO. REGIME JURÍDICO HÍBRIDO. GLEBAS OCUPADAS PELOS RÉUS NÃO AFETADAS A FINALIDADE PÚBLICA. USUCAPIÃO ESPECIAL RURAL. ART. 191 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. REQUISITOS. OBSERVÂNCIA. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA.1. Apelo de sentença que julgou improcedente o pedido da Embrapa que objetiva a reintegração na posse de uma área de terra denominada "Estação Experimental de João Pessoa", por ter reconhecido que os réus faziam jus à aquisição do domínio das respectivas glebas, por força da usucapião constitucional rural, nos moldes do art. 191 da CF.2. "As Empresas Estatais - Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista - são dotadas de personalidade

jurídica de direito privado e possuem regime híbrido, isto é, predominará o público ou o privado a depender da finalidade da estatal - se prestadora de serviço público ou exploradora de atividade econômica". (STJ, RESP 200602256610, Rel Min. Laurita Vaz, 5ª Turma, 02/08/2010)3. **Não obstante a Embrapa seja uma empresa pública prestadora de serviço público (atividade de pesquisa agropecuária), verifica-se que os bens a que se reporta a inicial não eram afetados a essa finalidade, mesmo porque se tratam de modestas glebas (a maior de 2 hectares) ocupadas desde os idos de 1970 e 1980 que não interferem na utilização do restante do imóvel para o fim que se destina, já que o bem "Estação Experimental de João Pessoa" possui uma área de 200 hectares, não, havendo, pois, a descontinuidade da prestação do serviço público, razão pela qual as glebas ocupadas pelos demandados não são consideradas bens públicos porque não são afetadas a finalidade pública, sendo, portanto, passíveis de aquisição por usucapião especial rural.** 4. Presentes os requisitos constantes no art. 191 da CF, a saber, a) não ser o possuidor proprietário de imóvel rural ou urbano; b) demonstrar o exercício da posse por um período ininterrupto de 5 anos; c) tratar-se de área em zona rural não superior a 50 hectares; d) que o possuidor tenha tornado a terra produtiva; e e) não se tratar o imóvel de bem público, é de ser reconhecida a aquisição do domínio das glebas aos réus, por força da usucapião especial constitucional rural.5. Apelação improvida para manter a sentença de improcedência da ação de reintegração de posse.AC Nº 451570/PB (A-02) ACÓRDÃO. Vistos, etc. Decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação, nos

termos do Relatório, Voto e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Recife, 23 de novembro de 2010.(Data de julgamento)

A tese afirmada, bastante razoável, é que, cuidando-se de pessoa jurídica de direito privado, o reconhecimento da prestação do serviço público não tem o condão de tornar seus bens públicos automaticamente, devendo havendo verificação individual de afetação.

Tem-se a impressão de que essa tese equivale a retornar à situação descrita no ponto 2.1, de modo que é, em linha de princípio, possível a usucapião de bens pertencentes a estatais, pois que formalmente pessoas jurídicas de direito privado, porquanto altamente improvável que, ao mesmo tempo, seja o bem afetado ao serviço público e usucapido.

Diz-se altamente improvável e não impossível, pois se encontrou na pesquisa jurisprudencial um caso em que se verificou a coexistência das duas situações, quais sejam, usucapião e afetação ao serviço público, senão vejamos:

APELAÇÃO CÍVEL - USUCAPIÃO DE IMÓVEL RURAL - BEM DESAPROPRIADO PELA CEMIG - SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO - BEM EMPREGADO NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO - ÁREA DE SEGURANÇA E PRESERVAÇÃO PERMANENTE - PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE DO SERVIÇO PÚBLICO - BEM NÃO INSUSCETÍVEL DE USUCAPIÃO - RECURSO NÃO PROVIDO.

1. Os bens da Sociedade de Economia Mista prestadoras de serviço que estiverem afetados à consecução destes, não se sujeitam à mesma regra dos bens privados, mas dos públicos, não se sujeitando à ação de usucapião.

2. Disciplinado pelo Código Florestal que a área às margens de usina hidrelétrica é preservação permanente, está comprovada a destinação específica para a prestação de serviço público. (TJ-MG - Apelação Cível : AC 10431130011098001 MG)

No referido caso, como as Áreas de Preservação Permanente são efetivamente não-edificantes, não se pode dizer que, como parte do complexo hidroelétrico, a área não fosse afetada, de modo, aplicando-se a orientação do STF de aceitar a existência de empresas estatais prestadoras de serviços públicas, na espécie, a usucapião ter-se-ia operado de fato sobre área afetada.

Cuida-se, entretanto, de situação muito excepcional, razão pela qual, pela coerência com a própria *ratio decidendi* das decisões do Pretório Excelso, não se deve aceitar publicação do regime jurídico de bens desafetados ao serviço público, conclusão a que se chega não só a *contrario sensu* do último precedente citado como diretamente pelo do TRF-5ª Região.

Sendo assim, volta-se mesmo ao regime original tratado em 2.1, pois, como, pelo art. 98 do Código Civil, são bens públicos os pertencentes a pessoas jurídicas de direito público, incluídos os desafetados (dominicais) do art. 99 do mesmo diploma, claro é que os bens de empresas estatais devem ser considerados privados, **desde que não se cuide de bens de titularidade de estatais prestadoras de serviço público e afetados à prestação do serviço público.**

6. USUCAPIÃO CONSTITUCIONAL RURAL COMO MATÉRIA DE DEFESA

Discute-se aqui a possibilidade de o reconhecimento de usucapião rural alegada em defesa valer ou não como título de propriedade, na usucapião constitucional rural, ao que se responderá afirmativamente, com certas condicionantes e levando em consideração se tratar de importante dispositivo constitucional e a função social da propriedade rural.

O tema deve ser apreciado pelo cotejo, primeiramente, entre a lei 6.969/81 e a súmula 237 do STF.

A primeira, cronologicamente posterior à súmula, dita: “Art. 7º - A usucapião especial^[1] poderá ser invocada como matéria de defesa, valendo a sentença que a reconhecer como título para transcrição no Registro de Imóveis. ”

Prevê a súmula 237, editada em 1963, *in litteris*: “O usucapião^[2] pode ser argüido em defesa”.

Vê-se que a previsão legal é mais benéfica e diz mais que a súmula. Essa última limita-se a permitir a arguição em sede de defesa, ao passo que a lei permite que aquilo que foi alegado como defesa, se for reconhecido pela sentença, valha como título (OPTIZ, 2014).

É maneira de garantir-se mais eficazmente a função social da propriedade rural e, inclusive, permitir sua livre circulação no mercado, através da regularidade no registro imobiliário que o registro da sentença permite.

Permite-se, assim, expressamente, que uma questão decidida incidentalmente transite em julgado, mesmo sem a ação declaratória incidental que era prevista pelo CPC de 1973^[3].

Ou seja, mesmo sob a égide da lei processual civil anterior, que não reconhecia a força de coisa julgada do reconhecimento por sentença da usucapião, havia previsão legal permitindo tal quanto à usucapião especial, o que deve ser estendido sem dúvida à usucapião constitucional rural, pois, como já dito acima, absorveu a primeira.

É de se notar que o novo CPC não mais previu essa ação declaratória incidental, permitindo, por outro lado, que certas questões prejudiciais transitem em julgado, conforme se depreende do seguinte dispositivo, *in verbis*:

Art. 503. A decisão que julgar total ou parcialmente o mérito tem força de lei nos limites da questão

principal expressamente decidida. § 1º O disposto no caput aplica-se à resolução de questão prejudicial, decidida expressa e incidentemente no processo, se:

- I - dessa resolução depender o julgamento do mérito;
- II - a seu respeito tiver havido contraditório prévio e efetivo, não se aplicando no caso de revelia;
- III - o juízo tiver competência em razão da matéria e da pessoa para resolvê-la como questão principal.

O reconhecimento da usucapião para julgar improcedente a reivindicatória é certamente uma questão prejudicial^[4], razão pela qual é possível, em tese, a incidência do novo preceptivo processual civil.

Os requisitos dos incisos I e III são provavelmente atendidos, pois, no primeiro caso, não se pode decidir o mérito sem resolver a questão da usucapião alegada em defesa e, no caso do inciso III, geralmente a competência do juízo engloba ambas as situações.

Pode-se questionar se o teor do inciso II é atendido, pois é sabido que a ação de usucapião é complexa e depende da oitiva do Ministério Público, de proprietários confinantes e da publicação de editais.

Por essa razão, só pode incidir o dispositivo, afóra a situação da usucapião especial tratada acima e que goza de previsão específica mais favorável (igualmente no caso da usucapião especial rural, como argumentado), se houver atendimento a esses requisitos formais.

Para tanto, recomenda-se que haja efetivamente a propositura de uma reconvenção, para evitar alegação de que não se atendeu ao art. 503 do CPC/2015, notadamente a proteção ao contraditório em toda sua amplitude.

Entretanto, não tendo havido formalmente a reconvenção, é de se ponderar no caso concreto se o contraditório realmente foi prejudicado e se há interesses de terceiros que não foram protegidos. Isso porque, sendo o interessado apenas o reivindicante, será mais fácil, já na resolução da questão prejudicial, resolver a questão sob os auspícios do contraditório, sem alegações de nulidades processuais.

Quanto às modalidades especiais de usucapião rural referidas, esses óbices se apresentam de menor monta, pois a carga protetiva do usucapiente é maior, o que recomenda que se lhe atribua tratamento processual mais benéfico, de modo que, basta sua contestação para que obtenha título registrável.

7. CONCLUSÃO

Pela argumentação expendida, foi possível, portanto, trazer subsídios para afastar dois importantes óbices ao reconhecimento da usucapião.

No primeiro caso, argumentou-se pela necessidade de exigir verdadeira afetação do bem teoricamente usucapido ao serviço público prestado pela empresa estatal que o titularizava não só como o próprio sentido da proteção conferida ao STF a essas empresas prestadoras de serviço públicos (proteger os bens afetados ao serviço público e, assim, permitir sua continuidade) como também como modo de permitir a realização da função social da propriedade rural.

No segundo caso, o objeto alcançado foi estender o regramento da lei sobre usucapião especial primeiramente à usucapião rural constitucional, sobretudo pela similaridade de situações, mas também pelo tratamento mais favorável à questão dado pelo CPC. Além disso, deixou-se aberta a possibilidade de, em qualquer ação de usucapião rural, permitir que tal reconhecimento da questão como prejudicial valha como título que possa ir a registro.

Em ambas as situações, fez-se valer a função social da propriedade rural, levando-se em consideração os instrumentos legais processuais ou não, que permitem realizá-la.

8. REFERÊNCIAS

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Curso de Direito Administrativo.**

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**: vol. 1. Salvador: JusPodivm, 2014.

OPTIZ, Oswaldo. **Curso completo de Direito Agrário**. São Paulo: Saraiva, 2014.

STF. **ADPF** **46**. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoTexto.asp?id=2655303&tipoApp=RTF>>.

NOTAS:

[1] Pode-se dizer que a usucapião especial foi absorvida pela constitucional, que trouxe previsão até mais benéfica, aumentando a área usucapível.

Eis a previsão legal da usucapião especial, na lei 6.969/81:

Art. 1º - Todo aquele que, não sendo proprietário rural nem urbano, possuir como sua, por 5 (cinco) anos ininterruptos, sem oposição, área rural contínua, não excedente de 25 (vinte e cinco) hectares, e a houver tornado produtiva com seu trabalho e nela tiver sua morada, adquirir-lhe-á o domínio, independentemente de justo título e boa-fé, podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para transcrição no Registro de Imóveis.

Parágrafo único. Prevalecerá a área do módulo rural aplicável à espécie, na forma da legislação específica, se aquele for superior a 25 (vinte e cinco) hectares.

Já a Carta Maior prevê:

Art. 191. Aquele que, não sendo proprietário de imóvel rural ou urbano, possua como seu, por cinco anos ininterruptos, sem oposição, área de terra, em zona rural, não superior a cinquenta hectares, tornando-a produtiva por seu trabalho ou de sua família, tendo nela sua moradia, adquirir-lhe-á a propriedade.

Parágrafo único. Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.

[2] Preferimos, à diferença da súmula, usar usucapião no feminino, como igualmente aceito no vernáculo.

[3] Com efeito, previa o CPC de 1973, *in verbis*:

Art. 469. Não fazem coisa julgada:

I - os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença;

II - a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença;

III - a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo.

Assim, no Código anterior, como a questão prejudicial não fazia coisa julgada (art. 469, III, do CPC-73), era necessário que houvesse ação declaratória incidental, fulcrada no seguinte dispositivo do CPC-73, *in litteris*:

Art. 470. Faz, todavia, coisa julgada a resolução da questão prejudicial, se a parte o requerer (arts. 5º e 325), o juiz for competente em razão da matéria e constituir pressuposto necessário para o julgamento da lide. [Vide Lei nº 13.105, de 2015](#) ([Vigência](#))

[4] Conforme Fredie Didier Jr., “considera-se questão prejudicial aquela de cuja solução dependerá não a possibilidade nem a forma de pronunciamento sobre a outra questão, mas o teor mesmo desse pronunciamento” (DIDIER, 2014). Assim, a existência de usucapião determinará diretamente a procedência/improcedência da reivindicatória, razão pela qual é claramente uma questão prejudicial.

SOMOS TODOS IGUAIS: A DIVERSIDADE ÉTNICO-RACIAL NO AMBIENTE ESCOLAR

PAULO BYRON OLIVEIRA SOARES NETO: Professor Efetivo do Governo do Estado de São Paulo; Licenciado e Bacharel em Matemática pela Universidade Ibirapuera; especialista em Gestão Escolar e Coordenação Pedagógica pela Uniasselvi; graduando em Direito (UNIP); Graduando em Engenharia de Produção (UNIVESP); Pós graduando em Ensino de Filosofia (UNIFESP); pós graduado em Direito Tributário e mestrando em Direito e Negócios Internacionais pela Universidade del Atlântico - Espanha.

Resumo: O presente artigo tem como objetivo fundamentar teoricamente, com base a legislação vigente em nosso ordenamento jurídico, o docente e equipe escolar, apontando os ensinamentos de especialistas renomados na área da educação, a fim de promover uma atuação adequada a respeito da relação quanto a diversidade étnico-racial no ambiente e comunidade escolar.

Palavras-Chave: Diversidade étnico-racial; legislação; ambiente escolar; comunidade escolar; docentes.

Abstract: The purpose of this article is to theoretically base, on the basis of the legislation in force in our legal system, the teacher and school staff, pointing out the teachings of renowned specialists in the field of education, in order to promote an adequate performance regarding the relation between diversity ethnicity in the school environment and community.

Keywords: Ethnic-racial diversity; legislation; school environment; school community; teachers.

Introdução

As relações interpessoais existentes no ambiente escolar são permeadas por uma diversidade étnico-raciais comum em nosso país, visto que, o Brasil é privilegiado por ter na formação de seu povo uma pluralidade cultural de extrema riqueza.

Entretanto, estas relações étnico-raciais são moldadas pela cultura. No ambiente escolar e no cerne de nosso país ainda vivemos em um momento de monoculturalismo, o qual silencia a diversidade cultural pluralista, principalmente no traçar dos currículos escolares.

Desta feita, há a existência predominante de estereótipos e preconceitos, tanto raciais quanto culturais no ambiente e na comunidade escolar, neste ponto, devemos acrescentar atos no que se refere a religiosidade e a história dos diversos grupos étnico-raciais presentes em nossa sociedade.

1. Legislação

Inicialmente, devemos destacar o intuito de inclusão do projeto entre Estado, neste caso a escola tanto pública quanto privada, ambas provedoras da educação para a formação do cidadão, mas, também, familiares e a sociedade, visto que, conforme a Lei de Diretrizes Bases da Educação, Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, temos em seu título II disposto:

Dos Princípios e Fins da Educação Nacional

Art. 2º. A educação, dever da família e do Estado, inspirada nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana, tem por finalidade o pleno desenvolvimento do educando, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Art. 3º. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

I – Igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;

II – Liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar a cultura, pensamento, a arte e o saber;

III – Pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas;

IV – Respeito à liberdade e apreço à tolerância;

V- Coexistência de instituições públicas e privadas de ensino;

XI – Vinculação entre a educação escolar, o trabalho e as práticas sociais.

Não obstante, podemos constatar a proveniência do teor dos referidos artigos através da Constituição Federal de 1998, no que se refere aos artigos 205 e 206, inciso II:

Art. 205. A educação direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

(EC nº 19/98 e EC nº 53/206)

III – Liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento a arte e o saber;

Diante do ordenamento jurídico exposto, o qual alicerça as ações propostas neste projeto, nos atentaremos a fundamentação teórica do cerne deste projeto, ou seja, a diversidade étnica e cultural.

Devemos para o tanto, novamente recorrer à Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em relação aos direitos e garantias fundamentais, direitos individuais e coletivos, através do trecho do caput do art. 5º, conforme segue: “*Art.5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança [...]*”.

Por certo, torna-se imprescindível apontar os artigos 1º e 2º da Declaração Universal do Direitos Humanos de 1948:

Art.1º Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão

de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade.

Art. 2º Todos os seres humanos podem invocar os direitos e as liberdades proclamados na presente declaração, sem distinção alguma, nomeadamente de raça, de cor, de sexo, de língua, de religião, de opinião política ou outra, de origem nacional ou social, de fortuna, de nascimento ou de qualquer outra situação. Além disso, não será feita nenhuma distinção fundada no estatuto político e jurídico ou internacional do país ou do território da naturalidade da pessoa, seja esse país ou território independente, sob tutela, autônomo ou sujeito a alguma limitação de soberania.

Destarte que o combate a qualquer discriminação deve ser eixo e prioridade em nossa nação, cabendo, portanto, a escola como parte responsável na educação do aluno (cidadão), conscientizá-lo sobre as diversidades étnico-raciais existentes, bem como ensiná-lo a respeitá-las. Todavia, como visto, cabe também ao Estado, familiares e sociedade.

No ensinamento de Verrangia e Silva:

A escola não é a única instituição responsável pela educação das relações étnico-raciais, uma vez que o processo de se educar ocorre também na família, nos grupos culturais, nas comunidades, no convívio social proporcionado pelos meios de comunicação, entre outros. É importante ressaltar que a escola é um ambiente privilegiado para a promoção de relações étnico-raciais positivas em virtude da marcante diversidade em seu interior. (VERRANGIA; SILVA, 2010, p. 710).

2. Protagonismo no ambiente escolar

Mister que para a educação fluir de maneira adequada deve se ater a responsabilidade na educação do cidadão, a qual vale reforçar cabe ao Estado (escolas como meio para tal fim), família e sociedade.

Na sábia lição de Paulo Freire que fundamenta o pensamento exposto:

é preciso que a educação esteja – em seu conteúdo, em seus programas e em seus métodos – adaptada ao fim que se persegue: permitir ao homem chegar a ser sujeito, construir-se como pessoa, transformar o mundo, estabelecer com os outros homens, relações de reciprocidade, fazer a cultura e a história. (FREIRE, 1980. p.39).

Em outra citação, com brilhantismo, o mesmo autor refere-se a cultura:

a cultura como o acrescentamento que o homem faz ao mundo que não fez. A cultura como o resultado de seu trabalho. De criador e recriador. O sentido transcendental de suas relações. A dimensão humanista da cultura. A cultura como aquisição sistemática da experiência humana. Como uma incorporação por isso crítica e criadora, e não como uma justaposição de informes ou prescrições “doadas”. (FREIRE, 1980. p.41).

Prover os alunos e docentes de conhecimento histórico cultural, no que se refere a formação de nossa nação, é de suma importância para apropriação de conhecimento.

Nesta perspectiva, a pesquisa bibliográfica é complementada conforme ações propostas, através do agrupamento dos discentes que se dará o processo do diálogo, essencial na educação do aluno. Segundo os ensinamentos de Saul e Silva:

O diálogo seria propulsor, em sua vertente pedagógica crítica de um movimento cognitivo e político-epistemológico contínuo, suscitando necessidades de aprender conhecimentos pertinentes às temáticas da realidade abordadas, motivando a construção de novos referenciais analíticos (Saul; Silva, 2009, p. 234).

A partir deste contexto que se inicia a criação, ou recriação de um modo cultural de ser e agir, aprimorando conceitos e adquirindo novos conhecimentos, com isto nas ações apresentamos através de material áudio visual, uma forma diferenciada para o aprendizado dos alunos.

Sintetizando através de mestre Paulo Freire que, com brilhantismo, expõe:

O homem vai dinamizando o seu mundo a partir destas relações com ele e nele; vai criando, recriando; decidindo. Acrescenta algo ao mundo o qual ele mesmo é criador. Vai temporalizando os espaços geográficos. Faz cultura. E é o jogo criador destas relações do homem com o mundo o que não permite, a não ser em termos relativos, a imobilidade das sociedades nem das culturas. (FREIRE, 2008.p.69).

3. Considerações finais

Por fim, ações de cunho pedagógico propostas no ambiente escolar, que visem a participação da comunidade, promovem a mobilização familiares e demais membros partícipes da esfera escolar quanto ao respeito a diversidade étnico-racial e cultural. Tendo como alicerce fundamental a legislação vigente, além da doutrina exposta.

4. Referências bibliográficas

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil 1988. Brasília – DF: Senado Federal. 2016.

BRASIL. Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996 – Lei de Diretrizes e Bases da Educação. Diário Oficial da União (DOU). Brasília – DF. 1996. Disponível em: <
HTTP://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9394.htm>. Acessado em: 07 ago.2017

FREIRE, Paulo. Conscientização: teoria e prática da libertação – uma introdução ao pensamento de Paulo Freire, 4. Ed. São Paulo: Moraes, 1980.

FREIRE, Paulo, Educação e mudança. 31ªed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2008.

ROSAS, Alejandro; MARQUES, Alexandre. Declaração Universal dos Direitos Humanos por Bibi. Ática e Scipione. 2011. Disponível em: . Acessado em 13/10/2017.

SAUL, Ana Maria; SILVA, Antonio Fernando Gouvêa. O legado de Paulo Freire para as políticas de currículo e para a formação de educadores no Brasil. Revista Brasileira de Estudos Pedagógicos, Brasília, v. 90, n .224, p.223-244, jan/abr.2009.

INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO PROCESSO DO TRABALHO

LUCIANO ROBINSON CALEGARI:

Advogado. Pós graduado pela UNIFMU em direito Civil "latu sensu", com licenciatura para o magistério, extensão extra curricular pela UNIFMU em direito condominial, membro e palestrante da comissão de cidadania pela OAB/SP tatuapé, membro da ABDFAM, defensor público conveniado com a OAB/SP.

RESUMO: O TEMA EXPLANA A OCORRÊNCIA DA “FLEXIGURANÇA” NO ÂMBITO DO DIREITO DO TRABALHO, COM O OBJETIVO DE ADAPTAR E OBTER A JUNÇÃO Entre a flexibilização e a segurança no mercado de trabalho. Os estudo tem ainda, como fulcro, transcrever sobre os pontos positivos do tema, tais como a reforma no mercado de trabalho e a transformação dos métodos de produção, enfim, regular as relações de trabalho e flexigurança, com maior flexibilidade da legislação trabalhista e preservar a garantia e segurança individual do trabalhador. Ao final, apresentar uma crítica sobre o tema.

INTRODUÇÃO

Observa-se que a “reforma do mercado de trabalho pela flexibilização de normas com segurança”, é o tema principal do livro, ainda, observa-se que é analisado as modificações ocorridas nas formas de organização do trabalho com efeitos na legislação trabalhista. O estudo do autor transmite sem duvidas, que a flexibilidade é o rumo para ocorrência dessa reforma, e flexibilizar é conciliar os recursos do empresariado com a urgência de oferecer segurança individual ao empregado.

Ao buscar uma rápida consulta pela palavra “flexigurança”, na “Wikipédia”, a enciclopédia livre, o termo “flexigurança”, é a contração das palavras flexibilidade e segurança, ou flexissegurança, ou flexurança: *(É um modelo de Estado-providência que promove uma política pro-activa no mercado laboral.)*

É uma combinação de duas características, por um lado a fácil contratação e despedimento por parte das empresas, e por outro lado maiores benefícios para os desempregados como maiores períodos de subsídio, formação e apoio na procura de emprego.[1]

Foi primeiramente aplicado Dinamarca e o desemprego caiu de 12% para 4,4% em dez anos, julga-se em parte motivado pela flexisegurança.[1] Em Portugal discutem-se os impactos e as virtudes da possível introdução deste modelo. Existem dúvidas de que um aumento de eficiência das empresas e do conseqüente aumento da actividade empresarial possa não compensar a perda de empregos e a degradação salarial. O debate sobre flexigurança é ainda incipiente no Brasil, mas as câmaras de comércio iniciam o debate para divulgação do assunto.[2]

1. HISTÓRIA DO CONTRATO DE TRABALHO

Antes de ingressar no tema propriamente dito, é necessário obter informações pretéritas e atuais sobre a evolução do trabalho até os presentes dias para termos acesso ao contrato de trabalho, conforme demonstra o capítulo “01” do livro “FLEXIGURANÇA” A Reforma Do Mercado De Trabalho.

Relata-se que no passado, notadamente em Roma, o trabalho era basicamente executado por escravos, com base no direito real, partindo do pressuposto que o escravo era entendido como “coisa”, sendo patrimônio do seu senhor e proprietário, assim, não havia paga, direitos e nenhum benefício em contra partido do trabalho, bem como não havia forma e princípios ao trabalho escravo, nem poderia devido ao poder ditador e imposto pelo proprietário do escravo.

No decorrer dos tempos, com o advento da idade média, a relação de trabalho tornou-se um direito pessoal, sendo uma prestação de serviços ao senhor que detinha o poder ou senhor feudal, que em contrapartida dava o direito a assistência e proteção ao servidor, uma evolução tênue da escravidão.

Já na idade moderna, com o surgimento do direito obrigacional, ocorreram grandes mudanças, posto que o trabalho tornou-se um direito obrigacional, surgindo, o então “contrato de trabalho”, tornando a relação

de emprego com o objetivo patrimonial, baseado na autonomia de vontade, ensejando um modelo de trabalho livre (contra ponto da escravidão).

Portanto, após decorridas longas décadas, observa-se que o contrato de trabalho vem sofrendo transformações de acordo com a cultura adquirida entre os povos e a evolução social, se tornando de um modelo de trabalho primitivo e escravo a um contrato de trabalho, hoje, livre entre as vontades das partes e com a contra prestação em pagamento ao trabalhador.

O contrato de trabalho não é imutável, devido a sua essência, posto que o mesmo sofre transformações com o decorrer do tempo, devido a evolução social, mercado de trabalho, a economia, bem como a necessidade das partes em modificar o acordado, que se traduz em liberdade de trabalho.

Neste contexto, dentro do Direito do Trabalho, é possível dizer que o contrato do trabalho, é o instrumento que registra os direitos e obrigações entre as partes, pois é a ferramenta que reduz a desigualdade existente entre empregador, que detêm autoridade no labor e empregado, parte hipossuficiente da relação, que por vezes se submete a determinadas situações contra sua vontade e o próprio conteúdo estipulado no contrato de trabalho, para a manutenção de seu emprego.

Assim esta é uma das razões da relevância do contrato de trabalho no direito, responsável por regular mínimos legais aparando a classe trabalhadora.

2. O CONTRATO DE TRABALHO EM FACE DAS REVOLUÇÕES INDUSTRIAIS.

O autor em sua obra, declara que o contrato de trabalho não tem sido estudado de forma correta no Brasil, uma vez que o mesmo contrato é analisado como um produto advindo da razão, e ainda, que o direito do trabalho tem sido objeto de estudo como se não fosse passível de mudanças com a ação do tempo.

Resta um inegável engano tal ótica supra descrita, posto que o direito do trabalho, em sua essência é um direito “social”, seja este direito voltado para o âmbito individual ou coletivo, qualquer mudança em suas formas, sejam leis, princípios, ou bases secundárias de amparo, causam, sem sobra de dúvidas, uma influência direta a sociedade, pois esta ligado ao trabalho do cidadão.

Partindo desse ponto de vista, no Brasil, estudar o contrato de trabalho e o direito do trabalho como se fossem institutos imunes à ação do tempo, é o mesmo que negar a própria realidade do direito laboral, e, tentar se convencer de um fato irreal.

O autor é claro ao declarar que no Brasil, os doutrinadores do direito do trabalho se reduzem ao estudo dos textos legais, quando ao contrário, tendo em vista, o supra citado, que o direito do trabalho é um direito social, deveriam os doutrinadores, se aprofundar nos fundamentos sociológicos, econômicos, políticos da norma jurídica.

Observar tais fundamentos resta necessário, pois como exposto, toda e qualquer modificação no direito do trabalho causa impacto direto na sociedade, pois envolve o direito do labor do trabalhador, e eventual insegurança jurídica, causa impacto na sociedade, na economia, pois envolve valores, e tal fator influencia no poder de compra e venda do trabalhador, podendo diminuir a oferta e a procura na economia.

Em outra vertente, de uma forma ampla, deveriam os mesmos observar mais aprofundadamente qual a finalidade e os reflexos do direito do trabalho, bem como, do contrato na sociedade, ao invés de somente vislumbrar e questionar “o que é o direito do trabalho ?”

Disserta o autor que o contrato de trabalho sofre a influencia de três revoluções industriais que impactaram a sua evolução histórica, sendo as tais revoluções industriais que marcaram a evolução do capitalismo e obviamente o avanço do sistema laboral da época.

Podemos observar que estas influencias das revoluções industriais no direito do trabalho esta ligada diretamente com a sociedade e a economia, pois envolve diretamente o emprego do trabalhador, podendo

aumentar o número de emprego, em fábricas e indústrias, aquecendo a economia, pois com o aumento de emprego, há também o aumento do poder de compra, influenciando a oferta e procura no comércio.

Contudo, existe a possibilidade de ocorrer o contrário, pois com a evolução dos equipamentos de automação, que induzem a substituição do emprego manual da força do trabalhador por máquinas, causando a demissão de muitos, temos o reflexo imediato no direito trabalho que reflete na sociedade, com a diminuição do poder de compra das famílias, abalo financeiro das classes sociais enfraquecimento do comércio, com a diminuição do poder de compra e elevação do número de pobreza.

A 1ª revolução industrial no fim do século XVIII, influenciou de sobre maneira o direito do trabalho vindo a refletir na sociedade, pois com os motores a vapor por meio de máquinas, o início do século XX, com os motores elétricos e os motores a explosão, e, a partir da segunda guerra mundial com o aparecimento dos aparelhos eletrônicos, ou seja a automação.

Tais fases das revoluções industriais, todas fontes energéticas distintas, causas transformações nos meios de produção das fábricas e indústrias das épocas, que por seu vez, por conseqüência geraram mudanças na organização do trabalho, e conseqüências sociais, tais como: migração, aumento da população, mais empregos, maior aquecimento do comércio e na economia, aquisição de patrimônio, maiores tributações.

Com a ocorrência da segunda revolução industrial e o aumento da demanda, oferta e procura, há uma influencia direta e contundente no contrato de trabalho, pois é expandido a produção capitalista, onde é agilizado o modo de produção nas fábricas, sendo implantada a linha de montagem, em que o empregado não estaria acostumado, e, vindo a tornar o mesmo apenas uma “engrenagem” no todo da máquina produtora, buscando maior produção em menor tempo.

O empregado que estava habituado a uma produção artesanal, em maior tempo, passou a laborar em ritmo desumano, propenso ao cansaço físico e nervoso, hoje denominado “stress”, e ainda, com o ritmo

acelerado da produção, o empregado, ficou propenso a ocorrência de acidentes e doenças de trabalho face a periculosidade insalubridade, ainda, não assistida na época como é hoje vista.

Por fim, o contrato de trabalho passa por outro período que o agride diretamente, à “automatização”, uma vez que a indústria e sua produção ingressam em uma nova fase que diminui drástica e acentuadamente o trabalho de execução devido a automatização das fabricas reduzindo a mão de obra empenhada na fabricação.

A automatização impactou o contrato de trabalho, causando grande influencia social, pois causou o corte no emprego, uma vez que grande parte dos empregados das linhas de produções foram substituídos por máquinas e os poucos que restaram deixaram de produzir para apenas fiscalizar e controlar a produção automática.

Por tal fato, nas fabricas e linhas de montagem onde haviam 50 empregados, passaram a operar com 10, posto que a automação das máquinas substitui a mão de obram com a precisão em qualidade, maior quantidade de produtos fabricados, aumento de lucro patronal, todavia, houve a agressão ao contrato de trabalho e o impacto social com o desemprego, face a revolução tecnológica.

Todo exposto, faz crer que o contrato de trabalho realmente é mutável, pois, sofre mudanças com a ação do tempo, seja em tecnologia, legislação, etc... portanto, não só o mercado, mas a sociedade trabalhista sofreu as necessidades da revolução tecnológica, que exigiu trabalhadores mais capacitados para os empregos mais qualificados, tudo face a mudança de hábito do antigo para o novo contrato social.

Conclui-se que as transformações verificadas no processo de organização do trabalho refletem-se no instituto jurídico do contrato de trabalho.

3. O CONTRATO DE TRABALHO COMO ELEMENTO DA EMPRESA

No interior de qualquer empresa mercantil, no âmbito da relação empregado e empregador, é o contrato de trabalho o instrumento de suma

importância, pois é o contrato de trabalho o meio por onde o Estado regulamenta as profissões, estabelecendo o emprego típico.

O contrato de trabalho é um elemento da empresa, pois é utilizado por toda e qualquer empresa, independentemente de seu porte, denominação. É o contrato de trabalho que registra em seu teor as características de emprego, salário, formalidades, anotações, vínculos, duração indeterminada, sujeitos a convenções coletivos sindicais, jornada de trabalho e outros fatores que tornam o emprego estável ao trabalhador conferindo a segurança necessário ao emprego do mesmo.

A obtenção de grande número de contratos de trabalhos obtidos por uma empresa, pressupõe grande produção e muitos trabalhadores, portanto, traduz no alcance dos seus objetivos econômicos e empresariais, tal fato é a consequência da evolução da empresa e do direito do trabalho, posto que se a empresa obtiver apenas um contrato de trabalho não pode evoluir e alcançar suas metas financeiras, assim, a ocorrência de tal acúmulo é denominado relações em séries ou massa.

Sendo o contrato de trabalho um elemento da empresa, o mesmo é um instrumentos que integra o empregado no meio laboral da empresa, dando ao obreiro a segurança de exercer o seu mister com plenitude, ainda, possui o caráter social de inserir o mesmo na comunidade social com segurança, pois sendo o empregado protegido pelos princípios do direito do trabalho, que buscam inibir a despedida sem justa causa, realiza a sua função social integrando o obreiro em comunidade com segurança de exercer sua cidadania.

O autor, informa há juristas, tais como os Profs. Evaristo de Moraes e Orlando Gomes, que entendem que o trabalhador é agregado ao emprego, e por tal fato, o mesmo não pode sofrer abusos de direitos, não podendo vir a ser demitido sem justa causa, e tal fato atende a função social, pois traz segurança ao mesmo a exercer sua atividade com o mínimo de segurança de emprego.

Outro doutrinador, Paul Durand, entende que o trabalho é semelhante a a uma mercadoria, assim o empregado deveria estar

adaptado as mudanças do trabalho, pois o trabalhador esta incorporado a empresa, não podendo ser demitido sem justa causa, passando a possuir estabilidade, sendo uma nova vertente do direito, “a propriedade do emprego”, onde o trabalhador é agregado à empresa.

Entende o autor que essa noção de propriedade do emprego, tendo que o contrato de trabalho é um elemento da empresa, deve ser mantido em caso de finalização da empresa onde o contrato de trabalho venha a gerar o direito trabalhistas em créditos na linha sucessória da empresa, vindo a garantir a função social do contrato de trabalho que é garantir subsistência do obreiro.

No entanto, com o decorrer dos tempos a realidade de mostrou diferente do que a era dos sonhos dos tais juristas, onde suas idéias de incorporar o contrato social como sendo um patrimônio da empresa quase que de forma pétrea deixou de se tornar realidade.

4. A DESAGREGAÇÃO DO CONTRATO DE TRABALHO TIPICO

O contrato de trabalho com o decorrer do tempo, sofre passivamente a força das variáveis da economia em uma empresa. Toda mudança na economia, na política, na cultura e na sociedade, causa um forte impacto na relação do contrato de trabalho que não pode fechar os olhos para as tais ocorrências sociais.

Esses fatores econômicos externos sofridos pelo contrato de trabalho, são capazes de alterar o conteúdo da relação e regulação de direitos e deveres do trabalho das partes contratuais. Assim, diante de uma crise econômica e em direito do trabalho, a flexibilização seria uma resposta as tais crises.

O conceito de crise econômica, seria uma força objetiva que possui o poder de privar o individuo de alguma parte de sua capacidade, é surgida como o sistema não possui o poder de manter em ordem o sistema, em outras palavras crise é um distúrbio na economia e no sistema financeiro de trabalho.

A crise econômica não é um fato desconhecido ao direito do trabalho, existem alguns doutrinadores que alegam o andar contínuo de

ambas, assim, resta necessário que o direito do trabalho, que como qualquer área do direito, anda aquém dos costumes, necessidades dos trabalhadores e as influências da economia, e a crise, tenha um plano de solução para a referida crise, e, a tal seria a flexibilização.

5. NOÇÃO DE FLEXIBILIZAÇÃO

O autor menciona que a conceito de flexibilidade nunca será entendido de uma forma única a todos, pois cada qual entende da melhor forma que seus propósitos necessitam.

O significado de “flexibilizar” pode ser definido como criar exceções, dar maleabilidade à rígida lei trabalhista ou autorizar a adoção de regras especiais para casos concretos”, face a revolução tecnológica e a globalização da economia com a crise econômica enfrentada por alguns países, portanto, a flexibilização é advinda como forma de enfrentar a crise face a rígida legislação trabalhista.

Com a leitura do livro até o presente ponto, temos que o emprego para o trabalhador é o seu bem de muito valor, pois é o meio de garantir a subsistência a sua família, por outro lado o desemprego é o seu maior temor, pois atinge o seu potencial de garantir a mesma subsistência de seus familiares.

Portanto, com o objetivo de evitar o desemprego ou manter o emprego já conquistado, muitas vezes os trabalhadores são obrigados a submeter-se a imposições menos favoráveis para assim, se manter empregado.

Ocorre que com a crise econômica, para as empresas uma legislação trabalhista rígida é prejudicial as novas contratações, por tal fato a “flexibilização” da legislação trabalhista, tem como fulcro de adequar as situação, melhorando as formas de contratações, duração de trabalho, estipulação de salários, regime de dispensa, diminuindo o desemprego.

A legislação trabalhista rígida, desestimula o empregador a admitir novos obreiros, levando o trabalhador, quando demitido a laborar

informalmente, portanto, o objetivo da flexibilização das leis do trabalho é garantir que tal fato não ocorra.

A flexibilidade da legislação trabalhista rígida, visa além de maior contratação de empregados, ainda, a maior produção industrial, urge ressaltar que não há somente a flexibilidade das leis trabalhista, pois há também, a flexibilidade econômica, técnica e industrial, visando sempre uma nova política social para enfrentar a crise.

6. EFEITOS DA CRISE

Existem dois efeitos causados pela crise econômica observados no âmbito do mundo do trabalho, primeiramente o “individual”, onde se faz necessário a criação de novos contratos de trabalho em resposta a flexibilização das leis, ainda, há que se observar a necessidade de reestruturação de empresas, bem como da adoção de modalidades de novos contratos de forma inovadora.

Tais modificações, tem como objetivo adaptar o impacto das novas tecnologias inseridas no mercados, tais como a robótica, automatização e demais, que necessitam de expansão do setor.

Por outro lado, há que se observar que face a crise no plano “coletivo”, urge a necessidade de se reduzir o poder sindical ultra combativo existente nas relações de trabalho, posto que ao sindicato resta adaptar-se as novas realidades da flexibilização.

O pior e mais sério efeito da crise, sem qualquer duvida é o desemprego, fato este, que sequer foi entendido pelos sindicatos como ameaça, posto julgarem possuir o domínio sobre a produção e buscando melhores condições aos empregados, viu seu poder rebatido com o advento dos novos tempos, inclusive aumentando o números de descredenciados.

Face ao desemprego instalado diante das mudanças, o trabalhador empregado busca assegurar todos os meios para garantir o seu emprego, mesmo que para tanto, tenha que abdicar da atuação do sindicato em seu favor.

Por outro lado o sindicato passa a perder força de representação, vindo até a perder grande número de filiados.

Assim, face as mudanças das características históricas, ocorrem determinada “erosão”, aos poderes dos sindicatos, que passam a adotar uma nova postura, vindo a baixar o tom das reivindicações para adotar uma postura mais defensiva, buscando garantir o emprego com segurança.

No mesmo sentido, devido ao fato do fortalecimento do capitalismo, os sindicatos se enfraquecem e buscam se adaptarem as mudanças necessárias para continuar representando os filiados trabalhadores.

7. A FLEXIBILIZAÇÃO A LUZ DA IDEOLOGIA

O termo “flexibilização”, é oriunda das crises nas relações de trabalho iniciadas com a ocorrência da reforma do mercado de trabalho. Podemos entender que o significado de “flexibilizar” é criar exceções, dar maleabilidade à rígida lei trabalhista ou autorizar a adoção de regras especiais para casos concretos”, face a revolução tecnológica e a globalização da economia com a crise econômica enfrentada por alguns países.

Existem vários tipos de correntes e pensamentos oriundo da políticas de “flexibilizar”, sendo as tais; correntes favoráveis, contrárias, moderadas a flexibilização, nestes termos:

As correntes favoráveis a flexibilização: tais correntes entendem que as medidas adotadas face a crise, no tocante a acordos derogatórios, redução de custos da produção e reorganização do tempo de trabalho, além de benéficas ainda podem aumentar o número de empregos, permitindo a empresa a se adaptar a nova realidade econômica.

Já os opositores a correntes favoráveis a flexibilização, entendem que tal corrente é uma forma de mascarar e reduzir os direitos trabalhistas há muitos anos conquistados, bem como afrontar a legislação e dar ênfase a rescisão de empregados sem ônus, e suprimir o princípio de proteção ao empregado.

As correntes contrárias a flexibilização, por sua vez, entendem que toda tentativa de flexibilizar os direitos trabalhistas devem ser impedidos, posto que a legislação do trabalho já se mostra o bastante flexível, e, que a majoração dessa flexibilidade causará inúmeros prejuízos aos trabalhadores uma vez que são a parte hipossuficiente da relação de emprego.

Entende ainda tal corrente contrária a flexibilização, que toda e qualquer negociação com o fulcro de alterar o direito ao trabalhador, somente pode ocorrer para beneficiar o mesmo, ou seja flexibilizar jamais, e ainda, deve ter a participação do sindicato para tanto, posto que este é o órgão que possui a força para defender os irrenunciáveis direitos dos trabalhadores.

Sendo o direito do trabalho o reivindicador do trabalhador, não pode o mesmo aceitar reduzir as conquistas sociais em prol do mesmo há muito tempo conquistada, pois seria um retrocesso, inadmissível ao direito do hipossuficiente.

Portanto, entende a corrente conservadora e contrária a flexibilização que a função do direito é a proteção da classe trabalhadora, se for alterado a sua rigidez perderá o sentido, não sendo obtido qualquer resultado flexível em benefício ao trabalhador.

Entende ainda, a corrente conservadora e contrária a flexibilização, que a intenção de flexibilizar o direito do trabalho em prol ao empregador, é uma ameaça ao direito do trabalhador conquistado por Getulio Vargas. Por tal fato, a corrente conservadora procura frear o processo de mudança.

Nota-se que a corrente contrária à flexibilização prestigiam o paternalismo e o protecionismo, que são tidos por métodos adequados na relação dos interesses do trabalho/capital, no entanto podem causar prejuízos ao direito do trabalho.

Por fim, há que se ressaltar a existência da corrente intermediária ou moderada, que esta no meio termo entre o excesso de flexibilização que prejudica o empresarial e a supressão de flexibilização

que prejudica a classe operária, portanto a corrente intermediária procura mediar o entendimento da flexibilização.

8. A REFORMA DO MERCADO DO TRABALHO

Com o decorrer do tempo, houve a necessidade dos países de capitalismo maduro, reformar o mercado de trabalho para adaptação dos métodos de produção com a atualidade, assim passou a adotar a dupla fonte de inspiração, sendo a racionalidade do mercado de trabalho e o respeito aos direitos fundamentais essenciais.

Assim, adota-se a derogabilidade como técnica reguladora aplicada aos contratos individuais de trabalho, não utilizando a velha noção da aplicação da norma mais favorável autorizando a aplicação da norma especial prevalecendo sobre a regra geral.

O objetivo é a promoção da flexibilização do mercado produtivo e modernização das garantias e proteção do trabalho e da seguridade social, tudo com o objetivo de obter uma adequada qualidade de trabalho e promover mobilidade no mercado de trabalho e no vida produtiva do trabalhador.

A seguir serão analisadas as inovações introduzidas nos mercados de trabalhos dos países: Alemanha, Espanha, França, Holanda, Itália, Portugal e Brasil.

9. ALEMANHA

Na Alemanha a taxa de desemprego é muito alta, cerca de 10% devidos aos problemas políticos do país, de tal forma que levou o governo a tomarem medidas a fim de frear o crescimento de desocupados, assim, entre todas as medidas tomadas, criaram o part-time, uma redução do horário de trabalho dos contratos de trabalhos.

Pela nova lei, as empresas com mais de 15 empregados, os tais que contar com mais de 06 meses de serviços, poderão requerer a redução da duração semanal de trabalho contratada. Tal redução visa a distribuição da redução pelos dias da semana, sem prejuízo à organização, ritmo e segurança do trabalho.

Após algum tempo da implantação da lei, por pesquisas foi obtido a resposta de um efeito positivo sobre a ocupação, ensejando novas admissões e reduzindo a dispensa da pessoal, cada ano o part time cresceu 1%.

Tal procedimento legal de part-time, foi aplicados, também, aos trabalhadores idosos, com o objetivo da transição para inatividade, assim, e, liberação de postos de trabalhos para outros funcionários e aprendizes.

Os empregados com mais de 55 anos de trabalho antes da lei, podem requerer a redução pela metade da duração semanal, com conseqüente redução salarial.

O empregador deve aumentar 20% o salário do idoso para que ele receba no mínimo 70% de seu salário original.

A mesma lei que regula o part time, passou a dispor sobre os contratos de trabalhos por tempo determinado, regulando os motivos para elaboração de um contrato de trabalho, bem como, a fixação de prazo de dois anos aos contratos de trabalhos por tempo determinados com renovação por três vezes.

Ainda, foi abrangido pela lei que o trabalhador idoso, com mais de 52 anos, antes da criação da lei estaria submetido ao contrato de trabalho por prazo indeterminado.

Por fim, outra possibilidade criada foi, a permissão para as empresas novas, nos primeiros quatro anos de atividade poderem celebrar contratos por prazo determinado com duração de 04 anos.

Fora criado um sistema para que o empregador pague a previdência uma contribuição reduzida referente aos empregados com remuneração inferior a 400 euros.

Ainda, fora criado meios dos desempregados ingressarem no mundo dos trabalhadores autônomos, com subsídios de encargos previdenciários sobretudo no início da carreira .

O objetivo da lei é melhorar a adaptação entre a área do trabalho e os desempregados deficientes, desempregados de longa duração e os trabalhadores portando necessidades especiais.

10. DINAMARCA

A redução do desemprego na Dinamarca, deve-se a combinação bem sucedida da flexibilidade da relação de trabalho e a segurança social e econômica dos empregados, posto que o Estado tem ligação de prestação de amparo direta aos desempregados em que o custo é assumido pelos contribuintes e não pelas empresas.

A denominada ATIVAÇÃO, é um equilíbrio de direitos e obrigações característico do sistema dinamarquês, que exige do empregado uma postura mais ostensiva para arrumar o emprego, sendo apresentado ao mesmo programas profissionalizantes para o retorno do mesmo ao mercado de trabalho.

Na Dinamarca busca-se a flexigurança tríplice mediante a elevado nível de rotatividade de mão de obra e do emprego, segurança social com sistema de prestações a desempregos e programas ativos do mercado de trabalho, sendo um mercado de trabalho inclusivo e reduzindo assim, acentuadamente o desemprego.

O mercado de trabalho inclusive seria a idéia de que todo individuo tem responsabilidade social, devem ser adotadas medidas que assegurem a capacidade total de trabalhar durante toda a vida útil de trabalho, as pessoas com redução da capacidade laboral devem ter um emprego.

11. ESPANHA

Na Espanha o poder público demonstrou grande sensibilidade face ao desemprego, acarretando uma grande e significativa evolução, com o estatuto dos trabalhadores, fora disposto que via de regra o contrato de trabalho era indeterminado, sendo que com a crise econômica, passaram os contratos a serem determinados.

Objetivando aumentar o número de contratações, fora previsto em 1984, vários outros tipos de contrato por prazo determinado, objetivando que o empregador se livre da pesada carga da contratação por tempo indefinido.

Após foram reguladas três leis que fomenta a contratação de trabalhadores, temporários, aprendizados e por tempo determinado, também, buscando aumentar o número de contratações por empresas.

Todavia com o passar do tempo face a curta permanência do empregado na empresa, se observou que não havia mão de obra especializada, assim, foi necessário reeditar o Estatuto de Trabalho para incentivar a contratação por tempo indeterminado.

Por tal fato foi dado maior prestígio as negociações coletivas, objetivando o incentivo a contratação por tempo indeterminado de jovens desempregados maiores de 30anos, desempregados maiores de 45 anos.

Assim, buscando abaixar o índice de desemprego, a Espanha, criou inúmeros Decretos, ora envolvendo o contrato por tempo determinado e outrora por tempo indeterminado.

Contudo o problemas sempre existia “ o insuficiente número de emprego e a alta taxa de contratos por tempo determinados”, posto que o custo de contratar por tempo indeterminado era elevado.

Em 2006, foi criado o decreto que buscava incentivar a contratação por tempo indeterminado trazendo assim, maior segurança.

Portanto, com a criação de contratos por tempo indeterminado aumentava o desenvolvimento econômico e a redução da taxa de desemprego.

E até então essa é o modo utilizado pela Espanha, buscando incentivar o crescimento de empregos com contratos estáveis e por tempo indeterminados para aumentar o crescimento financeiro e diminuir as taxas de desemprego no país.

12. FRANÇA

A França por sua vez, criou a filialização, sendo a criação de uma sociedade filial de outra por separação de partes dessa última, permitindo à empresa desembaraçar-se da atividade não lucrativa.

É utilizado na França a técnica de prestação de serviços e sous traitance, uma espécie de terceirização de tarefas por prestadora de serviços, de atividades meios, limpeza, portaria, transporte, etc...

Tais práticas supras descritas podem causar a redução de oportunidade de emprego, por fim, em 1982 ocorreram modificações no plano coletivo, rompendo com a tradição de contratar mediante as convenções mais favoráveis ao trabalhador.

Passou-se a utilizar o princípio do “favor”, onde se impõe a aplicação da norma mais favorável ao trabalhador, quando em confronto com normas diversas a serem aplicadas, contudo, esse princípio passou a não mais existir face a negociação coletiva, onde esta pode derogar disposições legais, consagrando o regulamento contratual menos favorável ao empregado.

Em 2004, a França reduziu a aplicação do princípio do favor nas relações entre leis e a convenção coletiva, ao permitir a realização de acordo derogáveis a nível de empresas, assim o contrato coletivo perdeu a função de proteção a parte mais frágil se transformando em um instrumento de flexibilização, contudo foi registrado a exceção no tocante as hipóteses do salário mínimo, classificações, proteção social e fundos destinados a formação profissional, por fim, o negociado prevalece sobre o legislado.

13. HOLANDA

A Holanda tratou da flexibilização do horário de trabalho em uma norma mínima e inderrogável para todos e uma norma derogável por parte do contrato coletivo, esta que se aplica a falta de convenção coletiva.

Ressaltando que há existência de contrato part time e full time, onde há cargas horárias distintas em tempo, onde os trabalhadores part

times recebem cobertura de um contrato coletivo, e o restante são coberto por um contrato setorial.

O trabalho part time é considerado mais vantajoso ao empregado estudante e idoso, pois pode ser adaptado ao período de aposentadoria progressiva, podendo ainda ser reduzida o tempo de trabalho por 20%.

O acordo de flexibilidade e segurança ou flexigurança, foi celebrado em 1996 onde ambas as partes devem receber alguma vantagem para os contratos de prazo determinados e indeterminados, possibilitando a criação de contratos por duração certa, e em contra partida, prolongar os contrato de duração acima de 03 anos em contratos por tempo indeterminados.

14. ITÁLIA

Inicialmente a Itália buscou em combate ao desemprego a ampliação da criação de contratos por tempo determinados, admitindo o contrato temporário que era vetado até o momento.

Todavia, ao contrário da Espanha, a Itália não voltou atrás, e não buscou dar ênfase a implantação do contrato por tempo indeterminado, portanto, na Itália, todos os contratos eram por tempo determinados salvo registro de afirmação expressa contrária.

Advindo a crise econômica e diminuição de empregos, em 1977, foram ampliadas as leis que possibilitavam a contratação por tempo determinado em áreas tais como, televisão, moda, atividades de períodos como verão, semana santa etc..., buscando gerar mais empregos, mesmo que se forma contratada por tempo determinado, buscando diminuir o desemprego.

Com o mesmo fulcro de diminuir o desemprego, fora dado ênfase ao trabalho temporário e para atividades sazonais, e, proibido a interposição de trabalho, ou seja, terceirização de serviços.

Ainda como meio de flexibilização, o governo italiano, introduziu o modelo de mão de obra ad ínterim, ou seja o trabalho temporário supra descrito, com o objetivo de aumentar a contratação.

A flexibilização na Itália atingiu ainda a duração do contrato de trabalho de 40 horas semanais e não ultrapassando as 44 horas semanais, ainda, estendendo as diárias de 8 horas semanais para até 12 horas, com intervalo de 11 horas entre as cargas horárias.

Fora ampliado os tipos de contratos de trabalho pelo presidente italiano, sendo criados os contratos de: a) inserção, b) contrato de prestação repartidas, c) contrato intermitente, d) contrato de aprendizagem, e) contrato de cumprimento de dever, f) contrato de trabalho por tempo parcial.

Por fim, ainda, fora criado o contrato de trabalho a projeto, que é uma espécie de terceirização, onde se busca a realização de um projeto por empresa interposta.

Observa-se que todas as medidas supras descritas foram criadas em forma de flexibilizar o direito do trabalho, diminuindo os custos da contratação de empregados por empresas e assim, criando contratações e conseqüentemente, diminuindo o desemprego.

15. PORTUGAL

Com o fulcro de se estabelecer a flexibilidade, Portugal passou por grande modificação nas leis do trabalho, modificou o conceito de aplicação da norma mais favorável ao trabalhador, in melius, sendo possibilitado a mudança de normas do código do trabalho por regulamentação coletiva para os assuntos de negociação coletiva.

Por tal fato, estando os empregados representados pelo sindicato, e, este aceitando a norma mais favorável a empresa ou menos favorável, estarão em nível de igualdade aos empregadores não havendo assim prejuízos de direito, portanto o negociado passou a prevalecer sobre o legislado.

O código de trabalho de direito português resulta em um direito menos garantido e mais favorável a transação, ressalta que no final do século XX, a legislação portuguesa, passou a contemplar o contrato de fornecimento de mão de obra temporário.

16. BRASIL

No Brasil, até 1988, pouco se fala em flexibilidade, a princípio do favor laboratoris imperava sem restrições na legislação, salvo a possibilidade de redução de salário em redução ou revezamentos de turnos por convenção coletiva, conforme a CF/88 preve no disposto do art 07.

É cultura dos sindicatos, na maioria das vezes, não ceder a redução de benefícios aos trabalhadores, mas sim, em compensar benefícios por outros que assegurem vantagens aos mesmos em acordos coletivos.

Em suma, resta extrema de dúvidas que a disponibilidade dos direitos dos trabalhadores encontra limites ao se tratar de flexibilização, pois a legislação trabalhista brasileira é protecionista ao direito do trabalho.

Urge ressaltar que na legislação brasileiro, os direitos fundamentais dos trabalhadores, são indisponíveis de modificação, mesmo em sede coletiva e abrange praticamente todo o direito do trabalho; direito da personalidade, liberdade ideológica, liberdade de expressão, de igualdade e oportunidade, não discriminação de sexo, raça e religião, idade mínima para o trabalho, salário mínimo, repouso e intervalo, férias, sindicalização etc...

No entanto, a legislação brasileira, a partir de 1990 passou a admitir a flexibilização das condições do trabalho, admitindo novos tipos, assim, em 1998, introduziu no ordenamento jurídico o contrato de trabalho por tempo determinado, o que resultou em um novo acordo coletivo.

Assim, os contratos de trabalho por duração definida foram agrupados em contrato temporário, contratos regidos pelo art 443 da CLT, contrato de trabalho resultante de negociação coletiva.

Com o decorrer do tempo, foi adotado o fenômeno já conhecido como terceirização, onde o TST foi contra a essa forma de flexibilização, para evitar fraudes contra o trabalhador, declarando na sumula 256 que era ilegal a contratação de trabalhador por empresa interposta, formando vínculo com o tomador de serviço. No entanto, há o entendimento que certas atividades “meios”, podem ser delegadas a outras empresas.

Portanto, salvo os casos de fraude, não há porque não flexibilizar e celebrar o contrato de mão de obra e terceirização, pois se distinguem o objetivo final da produção da empresa com a execução da mão de obra da atividade meio da mesma, pois a prestação de serviços terceirizados não se identifica com a prestação de serviços da empresa em sua atividade essencial.

Portanto, o enunciado 256 do TST, deveria ser mais claro ou melhor elaborado no sentido de que ilegal é a contratação de mão de obra terceirizada, ou por empresa interposta para a execução da atividade fim e não de qualquer tipo de mão de obra por empresa terceirizada.

Para assim adaptar a realizada fática com o enunciado 256 do TST, foi criado a súmula 331 do TST, onde restou assegurado que não formaria vínculo empregatício com o tomador de serviços a contratação de serviço de vigilância, limpeza e atividade meio do tomador, desde que inexistindo a subordinação e pessoalidade direta.

Contudo há que se observar que a mesma sumula 331 declara que haverá a responsabilidade subsidiária do tomador ao prestador de serviços, caso este ultimo não adimplir com as obrigações trabalhistas por parte do empregador.

Buscando ainda flexibilizar, o direito do trabalho ainda adotou medidas no sentido de privilegiar a negociação coletiva.

Por fim, buscando a flexibilização, foi instituída outra inovação no direito do trabalho brasileiro, o contrato de trabalho por regime de tempo parcial definido, onde o trabalhador não pode ultrapassar 25 horas semanais e recebe o proporcional ao tempo trabalhado.

Ainda, foi instituído o “lay off”, ao contrato, uma suspensão ao contato de trabalho para que o empregado possa se aperfeiçoar com cursos.

17. CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS

O autor considera que o aumento do número de empregos não depende do direito do trabalho, e sim da economia em crescimento e de políticas de crescimento complementares.

Para gerar empregos, a política deve investir em fatores que aumentem a produção para haver a necessidade das empresas admitirem empregados, para tanto é necessário o incentivo de acesso a tecnologia.

Com o aumento da produção se faz necessário a admissão de empregados, para isso as empresas necessitam adaptar seus métodos de produção e seus trabalhadores capacitando os mesmos, face as mudanças da empresa o que gera a conservação do emprego.

A proteção do emprego é a chamada flexigurança, todavia a proteção do emprego não pode incentivar o comodismo e estagnação do empregado, ao contrário deve motivar o mesmo a se aprimorar com novos métodos de produção oferecidos pela empresa e segurança do emprego por outro lado.

Seria melhor a empresa adotar a idéia de proteção das pessoas e não dos empregos, para tanto é necessário realizar um programa de incentivar a aprendizagem e a formação durante toda a vida, proporcionando igualdades de trabalho a todos.

O autor entende que a legislação trabalhista, inclusive no Brasil já contem uma alta dose de flexibilidade, por tal fato o importante é melhorar as políticas de mercado de trabalho para conciliar a flexibilidade do emprego com a segurança individual, portanto a palavra de ordem é flexigurança.

Ambas não devem ser confundidas, posto que mesmo que semelhantes, tratam de ocorrência e situações jurídicas do direito do trabalho distintas.

Para melhor compreender a diferença dos termos, podemos dizer que a flexibilização é oriunda de uma forma de mecanismo para conter crises nas relações trabalhistas. Por outra vertente, flexibilização da legislação trabalhista, pode ser classificada como “adaptabilidade, flexibilidade, capacidade de acomodação, versatilidade.

Quanto à expressão “flexigurança” de acordo com o autor é um fato que busca estabelecer a conciliação de dois valores sensivelmente antagônicos: flexibilização do mercado de trabalho e a segurança dos trabalhadores.

CRÍTICA

De todo o apanhado pela leitura do livro que se faz o presente trabalho, este aluno apresenta as seguintes críticas:

Primeiramente, antes de ingressar ao tema das críticas, se faz necessário apresentar algumas considerações para embasar as tais críticas.

Assim, em uma explicação simples a flexigurança, é “um modelo de Estado-providência que promove uma política pro-ativa no mercado laboral, sendo uma combinação de duas características, por um lado a fácil contratação e despendimento por parte das empresas, face a flexibilização do ordenamento jurídico das leis do trabalho, e por outro lado, maiores benefícios para os desempregados como maiores períodos de subsídio, formação e apoio na procura de emprego”.

O assunto é complexo e delicado de ser tratado na realidade de hoje no Brasil, que utiliza a flexibilização e flexigurança, como forma para garantir maior maleabilidade do ordenamento jurídico do trabalho, para fomentar a competitividade às empresas, e atentando-se para uma maior preocupação com a segurança do trabalhador baseada na sua inclusão.

No decorrer da leitura do livro, podemos notar que o autor transmite a convicção da necessidade da aplicação da flexigurança e da reforma do mercado de trabalho, buscando convencer que no âmbito do

empregador, a “flexibilidade” da legislação do trabalho é um fator importante para gerar novos empregos e a contratação de empregados, fomentando a produção.

Contudo, no decorrer da obra vislumbro que a flexibilização das leis com a segurança ao trabalhador na prática e na realidade atual do Brasil não é tão simples como exposto pelo autor, posto que a crise econômica, somado a cultura do país, negligência dolosa dos empregadores e a dificuldade do Poder Judiciário para executar o ordenamento jurídico trabalhista em prol aos direitos dos empregados, hoje nos mostra uma visão temerária a flexibilização.

Com a leitura do referido livro, me traz a lembrança as reclamações dos antigos comerciantes, onde na década dos anos 80 era natural ouvir as reclamações sobre as dificuldades do comércio, os elevados juros, alta inflação dos planos do governo Sarney, os custosos tributos e a rigidez das leis trabalhistas que impediam a contratação de empregados em face da necessidade de contratação para elevar a produção.

Portanto, desde tal época os comerciante já ansiavam por uma flexibilização das leis e de eventual reforma do mercado do trabalho para fomentar a produção.

Com o decorrer dos tempos, as regras do trabalho e o seu ordenamento jurídico, foram se modificando devido a ocorrência de mudanças políticas e econômicas, sendo necessário, a criação de um conjunto de leis que alterasse a proteção total voltada ao trabalhador, bem como a criação de um ordenamento jurídico trabalhista mais flexível e não tão protecionista ao emprego e empregado unindo o interesse comum entre empregado e empregador e motivando a produção que geraria a oferta de empregos e contratação.

Por tal fato, no âmbito do ordenamento das leis do trabalho, o Brasil veio a adotar a flexibilização na Constituição Federal de 1.988, buscando romper com uma a inclinação de rigidez das regras trabalhistas, vindo a torná-las mais maleáveis diante das condições sociais do momento.

Para tanto, fora admitida que algumas específicas condições de trabalho fossem passíveis de negociação coletiva, dando poder aos sindicatos de acordarem determinadas situações do contrato de trabalho que no passado, somente poderia ocorrer pela intervenção de lei do Estado.

Tal possibilidade de negociação antes impedida de ser realizada por sindicato, causou extrema preocupação na relação de trabalho entre empregados e empregadores, posto que a nova idéia de flexisegurança, traz a insegurança pela impressão da precarização das condições de trabalho.

Convenhamos que se por um lado é permitida, a negociação de determinadas condições de trabalho, por intermédio dos sindicatos, tal permissão dá a empregados e empregadores meios de se equilibrarem diante das oscilações econômicas da sociedade atual.

Contudo, por outra vertente, temos que a flexibilização de condições de trabalho deixa o empregado em situação de desvantagem dentro das relações contratuais do labor, posto que restringe garantias mínimas ao obreiro, que foram conquistas sofridas e difíceis no decorrer dos tempos.

Pelo exposto, entendo que a flexibilização não é um procedimento bem vindo ao trabalhador, devido aos prejuízos as garantias trabalhistas conquistadas no passado aos mesmos. Não vejo que neutralizar as garantias aos empregados conferidas pela legislação trabalhista seja uma forma capaz de nivelar os interesses de uma relação de trabalho.

Observamos à flexibilização, no tocante ao disposto na Constituição Federal de 1988, que possibilitou nos termos do art. 7º, incisos VI, XII e XIV, à redução salarial e a modificação da jornada de trabalho, bem como o revezamento de turnos, desde que haja acordo ou convenção coletiva de trabalho.

Temos pelo supra exposto, que tal flexibilização nada mais é do que a afronta do “*favor laboratoris*”, (princípio do tratamento mais favorável ao trabalhador), pois antes, o referido princípio prevalecia sem restrições no direito do trabalho brasileiro. Entretanto, hoje, qualquer disponibilidade dos direitos trabalhistas em acordo ou convenção encontra seu limite nos direitos fundamentais.

Entendo, extreme de dúvidas que a parte mais frágil em uma relação de trabalho é o empregado, por tal fato este sempre foi beneficiado pelo princípio do tratamento mais favorável ao trabalhador, sendo pilar do direito do trabalho e qualquer que seja a alteração de tal proteção, causa prejuízo ao obreiro.

Podemos observar que a legislação trabalhista brasileira há tempos vem sendo flexibilizada por diversas leis criadas, um exemplo claro de suavizar o ordenamento jurídico é a possibilidade de redução dos salários por negociação coletiva.

No mesmo exemplo, temos: a autorização de terceirização de trabalhadores para contratação temporária, a imposição da terceirização da limpeza, portaria e vigia do qual recebe um salário inferior devido ao sindicato específico da terceirização, presta serviços idênticos a um funcionário da tomadora, no entanto, o vínculo e a responsabilidade é do prestador de serviços, que torna os serviços mais baratos e sem responsabilidades ao tomador.

Tais flexibilizações de direitos, na verdade são retaliações aos contidos na CLT, ferindo o poder normativo da Justiça do Trabalho.

Ao meu entender, a flexibilização ao ordenamento jurídico deveria abrandar a tributação ao ponto de favorecer ou incentivar o empregador a aumentar a sua produção industrial para poder, assim, gerar mais empregos e maior contratação de mão de obra.

Nos atuais dias, tornar mais flexíveis as normas que protegem os direitos dos empregados, somente fomentará a sensação de impunidade contra os atos, negligência e dolo cometidos contra os direitos dos empregados e não gerará mais ofertas de empregos.

Com o advento da flexibilização, podemos dizer que a “flexigurança”, deve ser o ponto de maior foco de atenção nas reformas constantes do mercado de trabalho, estas seguranças não podem somente se reduzir a possibilidade do empregador suspender o contrato de trabalho para que o empregado participasse de curso ou programa de qualificação profissional mediante previsão em convenção ou acordo coletivo de trabalho, o chamado “lay off”, conforme determina o disposto no artigo 476-A da CLT, ou finalmente, somente se ater a dois sistemas de proteção social aos desempregados: o seguro-desemprego (SD) e o fundo de garantia por tempo de serviço, é necessário ir mais além para obter a segurança dita.

Para haver à flexibilização de normas do trabalho, com segurança ao empregado é necessário que haja um dialogo produtivo com propostas objetivas, onde o patronato proponha a flexibilização das relações de trabalho, mas ofereça a devida contrapartida em prol aos empregados, caso isso não ocorra, nota-se que a “flexissegurança” é, essencialmente, injusta ou inexistente, pois apenas impõe sacrifícios aos trabalhadores.

Se observarmos que a globalização da economia e a competição internacional podem exercer influência negativa sobre o nosso país, a implantação da “flexigurança” no Brasil poderá ter influência negativa na vida social de todos, pois necessita de amplas reformas institucionais.

Urge ressaltar que, hoje no Brasil, não podemos falar em flexibilização ou flexigurança, pois subsistem ainda, seja no nordeste do país ou mesmo em grandes capitais do sudeste, situações trabalho escravo ou em condição análoga; exploração de menores; trabalho em condições subumanas e uma legislação trabalhista flagrantemente desrespeitada.

Portanto, pelo exposto supra, resta inadmissível a defesa da tese do afastamento do Estado em relação a uma flexibilização das normas trabalhistas, introdução da realidade da flexigurança a exemplo dos outros países tratado da obra do autor, que é objeto do presente

trabalho, no Brasil requer cautela e um estudo muito minucioso para sua viabilização, uma vez que a questão da flexibilização dos direitos trabalhista não pode abalar a proteção que é o princípio, pilar do Direito do Trabalho.

Tenho a impressão que a “flexibilização dos direitos trabalhistas” somente beneficiará o empregador e o interesse de seus lucros, e esta não é a finalidade da flexibilização que se destina a preservar o vínculo com a finalidade social, por que sua aplicação atende a bem da sociedade.

Hoje no Brasil, com a flexibilização do Direito do Trabalho, dando margem ao relaxamento do princípio em favor aos direitos dos empregados, é certo que a classe patronal se valerá desta possibilidade em proveito próprio, visando tão somente aumentar seus lucros, não vislumbrando a valorização do trabalho e do trabalhador, desrespeitando os seus direitos por ser a parte mais frágil da relação de trabalho.

Ainda, acredito que hoje no Brasil, quanto maior for a flexibilidade para abrandar a lei em favor dos empregadores, maior será os esbulhos aos direitos dos empregados, causando insegurança aos mesmos, posto que o objetivo do direito do trabalho é proteger o trabalhador, especialmente em tempos de difíceis.

Não resta dúvidas que para a aplicação de flexigurança no Brasil, é necessário que haja em contra partida, um sistema de proteção social com a ajuda do governo entendendo que a tal aplicação é um assunto de suma importância.

Contudo, não se pode permitir que a aplicação da flexibilização e segurança no mercado de trabalho venha a violar direitos e garantias básicas do trabalhador conforme os dispostos na Constituição Federal de 1988.

Concluindo, reitero que a minha modesta crítica, no sentido de que a flexibilização das normas do direito do trabalho, em um país onde ainda, há situações de trabalho escravo ou em condição análoga; exploração de menores; trabalho em condições subumanas e uma legislação trabalhista flagrantemente desrespeitada, somente fomentará a

sensação de impunidade contra os atos, cometidos contra os direitos dos empregados e não gerará mais ofertas de empregos, devendo ser observado e investidos esforços em normas que estimulem a produção, pois de tal forma será gerado mais empregos.

Ainda, que a flexibilização do Direito do Trabalho, dando margem ao relaxamento do princípio em favor aos direitos dos empregados, dará a classe patronal o poder de se valerá desta possibilidade em proveito próprio, visando tão somente aumentar seus lucros, não vislumbrando a valorização do trabalho e do trabalhador, desrespeitando os seus direitos por ser a parte mais frágil da relação de trabalho.

Por fim, no tocante a “ flexigurança”, reitero a crítica supra descrita, que para haver à flexibilização de normas do trabalho, com segurança ao empregado é necessário que haja por parte do patronato proposta de flexibilização das relações de trabalho, mas que ofereça a devida contrapartida em prol aos empregados, caso isso não ocorra, nota-se que a “flexissegurança” é inexistente, pois apenas impõe sacrifícios aos trabalhadores.

OS IMPACTOS DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL NA JURISPRUDÊNCIA DEFENSIVA

ILLA KARLA RAMOS ARAUJO:
Advogada.

RESUMO: Como as inovações trazidas pelo Código de Processo Civil de 2015 minimizam a adoção da jurisprudência defensiva adotada principalmente pelos Tribunais Superiores.

Palavras-chave: Jurisprudência defensiva. Inovações do Novo Código de Processo Civil.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2.O impacto das inovações no Código de Processo Civil de 2015 na jurisprudência defensiva. 3 Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O fenômeno da jurisprudência defensiva consiste em certos posicionamentos utilizados pelos Tribunais, especialmente os superiores (Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça), muitas vezes sem justificativa legal, com o intuito de obstaculizar o exame do mérito dos recursos. Assim, diz o ex-presidente do Superior Tribunal de Justiça, Humberto Gomes de Barros:

Para fugir do "aviltante destino" de transformar-se em terceira instância, o STJ adotou a "jurisprudência defensiva, consistente na criação de entraves e pretextos para impedir a chegada e o conhecimento dos recursos que lhe são dirigidos".^[1]

Deste modo, trata-se da postura baseada na rigidez excessiva em relação aos requisitos de admissibilidade recursal, utilizada veementemente pelos Tribunais cujo principal objetivo é diminuir o enorme volume de processos, especialmente recursos interpostos pela população brasileira. Neste diapasão, cito a resposta do ministro do Supremo Tribunal Federal, Carlos Ayres Britto:

Ela se faz necessária para viabilizar o próprio funcionamento racional da casa. Para não atulhar incontrolavelmente os nossos gabinetes e não nos matar de tanto trabalho. São tantas as ações que nos chegam para julgamento que eu tenho rogado ao bom Deus todos os dias: “Senhor, não nos deixeis cair em tanta ação!”.^[2]

Tal instituto apelidado de “filtros”, “tapumes” e “barreiras”, vem sendo largamente criticado pela melhor doutrina pelo fato de não encontrar amparo legal. Além de que, ao dificultar o conhecimento do recurso, resulta na extrema valorização do formalismo processual em ao invés de valorizar o direito material pelo qual a parte busca tutela sendo que, válido frisar, é o que deve ser objeto de maior relevância a ser observado pelo julgador.

2 O IMPACTO DAS INOVAÇÕES NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 NA JURISPRUDÊNCIA DEFENSIVA

O direito processual deve ser visto como um instrumento, um meio, cuja finalidade - e a qual merece o maior enfoque - é a solução integral do mérito invocado pela parte. O que deve ser buscado não é o proferimento de uma sentença, apenas. Mas o proferimento de uma sentença satisfativa, efetiva do direito material sob qual demanda a parte. O que merece destaque é a efetividade do processo.

É neste sentido que o Código de Processo Civil de 2015, nos traz dispositivos pelos quais possuem o intuito de aniquilar ou ao menos diminuir a adoção dessa postura adotada pelos julgadores, uma vez que tais exigências são consideradas ilegítimas, ou mais precisamente, configuram óbices ilegítimos ao acesso à justiça.

Tal como assevera o artigo 4 da lei 13.105/2015, as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa. Este artigo refere-se ao principio da primazia de mérito que materializa a ideia de que o juiz deve evitar ao máximo proferir uma sentença terminativa e se esforçar para que seja proferido um julgamento de mérito. Proferir um julgamento de mérito será sempre

preferível do que a extinção do processo sem o seu julgamento motivado por vícios formais.

Assim, a concretização do princípio ora supracitado e conseqüentemente o enfraquecimento da chamada jurisprudência defensiva, se faz presente em diversos dispositivos do Novo Código de Processo Civil, como veremos a seguir.

Tais restrições nas quais impedem a análise do mérito se faz presente de inúmeras formas, tais como: quando não conhecido o recurso pelo fato de mostrar-se ilegível o carimbo do protocolo sobre a data de apresentação deste; da não juntada de certidão que comprova o encerramento do expediente forense no momento da propositura ou prova de que não houve expediente no último dia do prazo; da falta do número do processo na guia de recolhimento; do recolhimento tempestivo, porém a sua juntada feita posteriormente aos autos; da impossibilidade de pagamento eletrônico da guia; da deserção por valores ínfimos (existem casos de deserção sobre a diferença de R\$ 0,01); da exigência de cópias e certidões não exigidas na lei; ou quando nega-se o seu seguimento porque as razões não estão assinadas.

Outra restrição extremamente utilizada era a aplicação do enunciado de súmula de número 115 do Superior Tribunal de Justiça que considera inexistente o recurso interposto por advogado sem procuração no processo, na instância especial. A referida súmula fora editada em função do artigo 37 do Código de Processo Civil de 1973 que dizia que sem instrumento de mandato, o advogado não será admitido a procurar em juízo. Porém, com a entrada em vigor do novo Código de Processo civil, tal entendimento não deve prosperar.

Isto porque, sustenta o artigo 76 da nova legislação (lei 13.105/2015) que quando há incapacidade processual ou irregularidade da representação da parte, o juiz deve suspender o processo e fixar prazo razoável para a correção do problema. E só então, depois de descumprida a determinação do magistrado, caso o processo esteja na instância originária, o processo deverá ser extinto, se a providência couber ao autor ou ser o réu considerado revel, se a providência lhe couber. Já em relação

ao terceiro, este será considerado revel ou excluído do processo, dependendo do polo em que se encontre.

Veja como o dispositivo mencionado flexibiliza a análise de um formalismo processual com intuito de garantir a análise de mérito perquirido gerando, assim, uma maior efetividade da justiça que, diga-se de passagem, é um dos maiores objetivos da nova legislação processual, assim como a celeridade na tramitação de demandas.

Verifica-se também a jurisprudência defensiva quando há o não conhecimento de recursos de agravo de instrumento por ausência de documentos considerados pelo relator como necessários para o julgamento da lide. Mais um entendimento que foi rechaçado, uma vez que nos termos do artigo 1017 § 3º, na falta da cópia de qualquer peça ou no caso de algum outro vício que comprometa a admissibilidade do agravo de instrumento, deve o relator aplicar o disposto no art. 932, parágrafo único, CPC/15. Este por sua vez nos traz que antes de considerar inadmissível o recurso, o relator concederá o prazo de cinco dias ao recorrente para que seja sanado vício ou complementada a documentação exigível.

O referido dispositivo materializa o princípio da primazia do mérito recursal, pois o abandono do mérito recursal deve ser excepcional para os casos em que o vício formal não tenha como ser corrigido. Além de estabelecer o dever de prevenção do juízo presente no princípio da cooperação (artigo 6, CPC/15) pelo qual cabe ao julgador apontar de forma precisa qual vício deverá ser sanado.

Outro grande exemplo, é o da intempestividade *ante tempus*, leia-se, quando o recurso interposto antes da publicação da decisão recorrida era considerado intempestivo; denominado de ato prematuro. Este entendimento encontra-se superado em virtude do dispositivo 218, § 4º, do CPC/15, que passa a considerar tempestivo o ato praticado antes do termo inicial do prazo.

Neste diapasão, segundo o mestre e doutor em direito processual civil, Daniel Amorim Assunção Neves:

A tese afirma que o ato processual intempestivo é aquele interposto fora do prazo, o que pode ocorrer depois de finda, ou antes, de iniciada a sua contagem. Com esse raciocínio tem-se por intempestivo o ato processual interposto antes da intimação das partes, considerado que o termo inicial para a contagem do prazo ainda não se verificou. E ainda mais extravagante, trata-se de uma intempestividade sanável, porque se a parte que praticou o ato prematuramente o reiterar após sua intimação, o ato processual será tempestivo. O entendimento é lamentável, porque conspira claramente contra os princípios da duração razoável do processo e da cooperação. Apesar de recentemente o STF ter superado a tese do recurso prematuro intempestivo, a tendência de nossos tribunais na vigência do CPC/73 era sua aplicação, em mais um triste capítulo do fenômeno conhecido por “jurisprudência defensiva”.^[3]

Havia ainda a necessidade de ratificar recurso antes interposto, se a outra parte opôs embargos declaratórios. Inclusive o referido entendimento foi consubstanciado no enunciado de súmula de número 418 do Superior Tribunal de Justiça que diz: “É inadmissível o recurso especial interposto antes da publicação do acórdão dos embargos de declaração, sem posterior ratificação”.

Esta súmula fora cancelada pelo STJ em virtude de ter se tornado inconciliável com a nova sistemática processual trazida pelo novo código. Isto porque, além de divergir do já citado artigo 218, § 4º, divergia também do artigo 1024, § 5º, da referida legislação, que afirma que se os embargos de declaração forem rejeitados ou não alterarem a conclusão do julgamento anterior, o recurso interposto pela outra parte antes da publicação do julgamento dos embargos de declaração será processado e julgado independentemente de ratificação.

Ademais, para não restar dúvida acerca da mudança de entendimento, foi editada a súmula 579 do STJ, que assevera não ser necessário ratificar o recurso especial interposto na pendência do julgamento dos embargos de declaração quando inalterado o julgamento anterior. A bem da verdade, se a decisão pela qual a parte recorreu permanecera idêntica, não faria sentido pensar que a parte tivesse perdido o interesse no julgamento do recurso interposto, não se fazendo necessário uma ratificação posterior.

Neste sentido, é indiscutível a permanência do interesse de modo que, restou sem razão a aplicação deste entendimento. Esta é mais uma vertente da jurisprudência defensiva adotada por parte do STJ que mais uma vez foi mitigada com o advento do Código de Processo Civil, de 2015.

Com vistas a privilegiar a análise do direito material ao invés do formalismo processual e concretizar o princípio da instrumentalidade das formas, além dos outros já supramencionados, o artigo 938, § 1º, CPC/15, ao mencionar que uma vez constatada a ocorrência de vício sanável, inclusive aquele que possa ser conhecido de ofício pelo relator, este determinará a realização ou a renovação do ato processual, no próprio tribunal ou em primeiro grau de jurisdição, intimadas as partes. Arremata ainda dizendo, em seu § 2º, que cumprida a diligência de que trata o § 1º, o relator, sempre que possível, prosseguirá no julgamento do recurso.

O artigo 1007, também visando o aproveitamento útil do processo, trouxe grandes inovações no combate à jurisprudência defensiva, tendo em vista que traz novo regramento contra situação bastante corriqueira na prática processual: rejeição de recursos interpostos sem a devida comprovação de recolhimento de preparo ou que continham um certo equívoco no preenchimento da guia de custas.

Pois bem, o referido artigo em seu § 4º, prevê que o recorrente que não comprovar, no ato de interposição do recurso, o recolhimento do preparo, inclusive porte de remessa e de retorno, será intimado, na pessoa de seu advogado, para realizar o recolhimento em dobro, sob pena de deserção. É vedada, entretanto, a sua complementação se houver insuficiência parcial do preparo, inclusive porte de remessa e de retorno,

nesta hipótese de recolhimento. Já o § 7º, deste mesmo artigo 1007, contempla que o equívoco no preenchimento da guia de custas não implicará a aplicação da pena de deserção, cabendo ao relator, na hipótese de dúvida quanto ao recolhimento, intimar o recorrente para sanar o vício no prazo de cinco dias.

Assim, o enunciado sumular 187 do Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual considera deserto o recurso interposto para este tribunal quando o recorrente não recolhe, na origem, a importância das despesas de remessa e retorno dos autos, não mais coaduna com o novo sistema processual brasileiro.

Ao trazer o regramento dos recursos remetidos aos Tribunais Superiores, dispõe o artigo 1029, § 3º, CPC/15, que o Supremo Tribunal Federal ou o Superior Tribunal de Justiça poderá desconsiderar vício formal de recurso tempestivo ou determinar sua correção, desde que não o repute grave. Frise-se que ao contrário do outros artigos que preveem a correção de vício, este inova totalmente ao prever a desconsideração do vício pelo tribunal. Demonstra praticamente um apelo do legislador pela análise de mérito em detrimento da análise da existência de vícios formais em eventual recurso interposto.

Por fim, poderá haver a conversão de recurso especial em extraordinário, todas as vezes que o recurso especial versar sobre questão constitucional. Neste caso, ao invés de desconsidera-lo e não admiti-lo, deverá conceder prazo de 15 dias para que o recorrente demonstre a existência de repercussão geral, se manifestando sobre a questão constitucional. É o que dispõe o artigo 1032 do CPC/15.

Do mesmo modo, na hipótese em que o Superior Tribunal Federal entenda que a ofensa à Constituição tenha se dado de forma reflexa, ou seja, que o recurso interposto como extraordinário, na verdade, deveria ser especial, o referido Tribunal deverá remeter o recurso ao Superior Tribunal de Justiça, em legítima aplicação do princípio da fugibilidade recursal (art. 1033, CPC/15). Ambos os dispositivos também inovam contrapondo-se à jurisprudência defensiva consolidada do STF e do STJ em não reconhecer a conversão de tais institutos.

3 CONCLUSÃO

Em face do exposto, com o novo sistema processual trazido pelo Código de Processo Civil de 2015, é possível observar que a visão do processo como um fim em si mesmo, bem como a política judiciária restritiva marcada pelo fenômeno da jurisprudência defensiva é antiquada, desatualizada, obsoleta, devendo ser afastada.

O direito moderno processual dar à luz a um processo de matriz constitucional marcado pela promoção de uma gama de direitos constitucionais, como o da inafastabilidade da apreciação do Poder Judiciário no que concerne a lesões ou *ameaças de lesões* a direitos (art. 5º, XXXV), da duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII), em que o direito dos jurisdicionados e o amplo acesso aos órgãos jurisdicionais é o que merece uma maior importância no deslinde do feito.

Afinal, tal como assevera o artigo 1, do CPC/15: “O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil”.

REFERÊNCIAS

CARDOSO, Mauricio. Entrevista: ministro Carlos Ayres Britto. Judiciário não governa ele governa quem governa. **Conjur**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2006-abr-05/judiciario_ao_governa_ele_governa_quem_governa?pagina=2> . Acesso em: 16 abr.2017.

CHAVES, Luís Cláudio da Silva. O advento do novo CPC e o fim da era da jurisprudência defensiva. 25 mai.2016. **Domtotal.com**. Disponível em: <<http://domtotal.com/artigo.php?artId=5948>>. Acesso em: 12 jul.2017.

DOMINGUES, Diego Sígoli. Novo Código de Processo Civil: fim da jurisprudência defensiva? 08 jun.2016. **Direito NET**. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/9800/Novo-Codigo-de-Processo-Civil-fim-da-jurisprudencia-defensiva>>. Acesso em: 12 jul.2017.

FREITAS, Theonio. O novo CPC e a jurisprudência defensiva. abr.2015. **Jus.com**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/38552/o-novo-cpc-e-a-jurisprudencia-defensiva>>. Acesso em: 12 jul.2017.

HUMBERTO BARROS assume presidência do STJ. **Correio do Estado**. Disponível em: <<http://www.correiodoestado.com.br/noticias/humberto-barros-assume-presidencia-do-stj/39737/>>. Acesso em: 16 abr.2017.

NEVES, Daniel Amorim Assunção. **Manual de Direito Processual Civil**. Volume Único. 8.ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

OLIVEIRA JUNIOR, Zulmar Duarte de *et al.* Ajuste e Aperfeiçoamento - A jurisprudência defensiva ainda pulsa no novo CPC. 6 de setembro de 2013, 7h11. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-set-06/jurisprudencia-defensiva-ainda-pulsa-codigo-processo-civil>>. Acesso em: 12 jul.2017.

NOTAS:

[1] HUMBERTO BARROS assume presidência do STJ. **Correio do Estado**. Disponível em: <<http://www.correiodoestado.com.br/noticias/humberto-barros-assume-presidencia-do-stj/39737/>>. Acesso em: 16 abr.2017.

[2] CARDOSO, Mauricio. Entrevista: ministro Carlos Ayres Britto. Judiciário não governa ele governa quem governa. **Conjur**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2006-abr-05/judiciario_ao_governa_ele_governa_quem_governa?pagina=2> . Acesso em: 16 abr.2017.

[3] NEVES, Daniel Amorim Assunção. **Manual de Direito Processual Civil**. Volume Único. 8.ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 358 e 359.

MULTIPARENTALIDADE: AS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DO SEU RECONHECIMENTO

SILVÂNIA SILVA DE OLIVEIRA: Graduada em Filosofia; Especialista em Gestão Ambiental; Especialista em Educação no Campo; Especialista em Psicopedagogia.

DIANE JÉSSICA MORAIS AMORIM

(Orientadora)^[1]

RESUMO: As mudanças decorrentes nos arranjos familiares, os novos entendimentos acerca das relações das famílias, principalmente em decorrência dos reflexos sobre o direito de família, possibilitaram uma ampliação do conceito tradicional de família, que por muito tempo teve como base apenas a relação pai, mãe e filhos, baseada no patriarcalismo e essencialmente biologizada, para uma família reconhecidamente afetiva, igualitária e com novas configurações. A evolução social e cultural muitas vezes não é acompanhada pelo mundo jurídico e a multiparentalidade é um exemplo de que a realidade, no direito de família deve ser respeitada, muito mais do que em outras áreas. E nesse contexto a multiparentalidade constitui-se como principal expressão das famílias reconstituídas, em que cria-se a figura da madrasta e enteado ou padrasto e enteado, além dos filhos que podem advir da nova união, que muito embora não tenham reconhecimento expresse constitucional e nem infraconstitucional, estão mais presentes na sociedade do que se possa imaginar. Desta forma, tendo em vista ser um tema de recente abordagem, o presente artigo pretende desenvolver uma análise, ainda que breve, sobre a multiparentalidade e os consequências jurídicas do seu reconhecimento.

Palavras-Chave: Multiparentalidade. Dignidade da pessoa humana. Efeitos jurídicos.

ABSTRACT: The resulting changes in family arrangements, new understandings about family relations, mainly due to reflections on family law, allowed for an extension of the traditional concept of family, which for a long time was based only on the relation between father, mother and family children, based on patriarchalism and essentially biologized, to an

admittedly affective, egalitarian family with new configurations. Social and cultural evolution is often not accompanied by the legal world and multiparentality is an example of what reality, in family law, must be respected, much more than in other areas. And in this context, multiparentality is the main expression of reconstituted families, in which the stepmother and stepchildren or stepchildren and stepchildren are created, as well as the children who may come from the new union, although they do not have express constitutional recognition and nor infraconstitutional, are more present in society than one might imagine. In this way, with a view to being a recent topic, this article intends to develop a briefly analysis of multi-parenting and the legal consequences of its recognition.

Keywords: Multiparentality. Dignity of human person. Legal effects.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem o condão de ponderar acerca das novas formas de estruturação familiar, tendo em vista as novas aspirações jurídicas, trazendo como objetivo analisar as consequências jurídicas do reconhecimento da multiparentalidade e os seus desdobramentos, buscando esclarecer questões sobre os reflexos desse reconhecimento.

A multiparentalidade, ao lado dos princípios da dignidade da pessoa humana, da afetividade e do melhor interesse da criança, tem ganhado papel de destaque nos estudos científicos e precedentes jurisprudenciais e a escolha do tema se deu em virtude da temática acerca do direito de família com o surgimento da repercussão geral nº 622 do Supremo Tribunal Federal, que assegurou a possibilidade de constar o nome dos pais biológico e socioafetivo no registro de nascimento dos filhos, sem que um excluísse o outro.

Como será visto adiante, tal fenômeno aparece com maior frequência quando são analisadas as famílias recompostas ou neoconfiguradas, através das quais, um novo vínculo familiar é constituído

razão pela qual surge a presença de dois tipos de parentesco, o biológico e o afetivo.

A metodologia utilizada foi o método indutivo, que está pautado e estruturado em fundamentação teórica e bibliográfica, por meio de análise jurisprudencial e doutrinária, além de da legislação infraconstitucional e constitucional que guiará e respaldará esse objeto de pesquisa, tendo seus sustentáculos firmados nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da afetividade e do melhor interesse da criança e do adolescente, onde a multiparentalidade emerge como forma de solução dos litígios judiciais, consagrando a simultaneidade dos liames biológico e afetivo, pondo fim às discussões que muitas vezes se arrastam anos a fio.

Por fim, a relevância jurídica desse artigo se dá por se tratar de uma temática ainda pouco explorada, mas que vem sendo, paulatinamente, inserida no ordenamento jurídico pelas decisões jurisprudenciais. Assim, ao longo da pesquisa serão analisados os contornos que pairam sobre o instituto da multiparentalidade, assim como as consequências jurídicas do seu reconhecimento.

1 DA FAMÍLIA

1.1 TRANSFORMAÇÕES JURÍDICAS DO CONCEITO DE FAMÍLIA

Quando se pensa em família, conforme Maria Berenice Dias (2007, p.38), sempre se pensa em “*um homem e uma mulher unidos pelo casamento e cercados de filhos*”. Esta realidade se modificou com o surgimento de novos modelos de famílias. Esclarece a referida autora (2007, p.39) que o **pluralismo das relações familiares** ocasionou mudanças na própria estrutura da sociedade. Rompeu-se o aprisionamento da família nos moldes restritos do casamento, mudando profundamente o conceito de família.

Então com pode-se observar na fala da referida autora, ao longo do tempo o conceito de família sofreu constantes mudanças, assim como o Direito de Família brasileiro, culminando no advento da Constituição Federal de 1988 que ampliou e flexibilizou o conceito de família, admitindo-se outros arranjos de famílias.

Pelo Código Civil de 1916, família era constituída tão somente pelo casamento e com o transcorrer dos anos, novas espécies de família foram

sendo reconhecidas pelo legislador. Diante disso, se faz necessário que se conceitue algumas das espécies de formação familiar, iniciando com as formas mais tradicionais até as contemporâneas.

1.2 MODALIDADES DE FAMÍLIA

1.2.1 Família matrimonial

A primeira modalidade do instituto de família é a Família Matrimonial, que de acordo com o professor Dimas Messias de Carvalho (2009, p.4) é aquela família formada com base no casamento pelos cônjuges e prole natural e socioafetiva.

1.2.2. Família monoparental

As famílias monoparentais podem ser aquelas constituídas por pais viúvos, pais solteiros que criam seus próprios filhos ou filhos adotados, mulheres que utilizam de técnicas de inseminação artificial e por fim, pais separados ou divorciados. Isto porque, essas famílias podem se originar do mero acaso, como nos casos de viuvez, ou simplesmente como fruto da vontade, conforme explica o professor José Sebastião de Oliveira na seguinte passagem:

Como primeiro fator responsável pelo fenômeno monoparental pode-se citar a liberdade com que podem as pessoas se unir e se desunir, seja através de formalidades cogentemente estabelecidas, como decorre do casamento, seja de maneira absolutamente informal, como acontece na união estável. (OLIVEIRA, 2002, p. 215)

Nesse sentido Dias (2013, p.20) também salienta que família monoparental é aquela que provém da vontade e da liberdade que o ser humano possui de escolher os seus relacionamentos.

1.2.3 Família pluriparental

Segundo Maria Berenice Dias (2007, p.47) é a entidade familiar que surge com o desfazimento de anteriores vínculos familiares e criação de novos vínculos reconstruídos por casais onde um ou ambos são egressos de casamentos ou uniões anteriores.

1.2.4 Família Anaparental

Segundo Vitor Frederico Kümpel em palestra ministrada em 21/01/2008 no Curso Damásio, Família Anaparental é a relação que possui

vínculo de parentesco, mas não possui vínculo de ascendência e descendência e tem por principal elemento a afetividade, tendo como fundamento a valorização da socioafetividade. É a hipótese de dois irmãos que vivam juntos.

1.2.5 Família Paralela

Segundo Maria Berenice (2007, p.48), é aquela que afronta a monogamia, realizada por aquele que possui vínculo matrimonial ou de união estável. O Código Civil de 2002 denomina de concubinato as relações não-eventuais existentes entre homem e mulher impedidos de casar. O artigo 1521 do CC refere ao concubinato chamando de família paralela. Portanto, na família paralela, um dos integrantes participa como cônjuge ou companheiro em mais de uma família.

1.2.6 Família Informal

Segundo Sílvio de Salvo Venosa (2008, p. 37) é a relação entre homem e mulher que não tenham impedimento para o casamento, e a grande característica é a informalidade e, em regra, ser não-registrada, embora possa obter registro.

O artigo 1723 do Código Civil reconhece como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

1.2.7 Família ou União Homoafetiva

A Família Homoafetiva é aquela decorrente da união de pessoas do mesmo sexo, as quais se unem para a constituição de um vínculo familiar. O Projeto do Estatuto das Famílias a define no artigo 68, reconhecendo como entidade familiar a união entre duas pessoas de mesmo sexo, que mantenham convivência pública, contínua, duradoura, com objetivo de constituição de família, aplicando-se, no que couber, as regras concernentes à união estável.

1.2.8 Família Unipessoal

A Família unipessoal segundo Euclides de Oliveira (2009, p. 35) é aquela composta por apenas uma pessoa. Recentemente, o STJ lhe conferiu a proteção do bem de família, como se infere da Súmula 364: O

conceito de impenhorabilidade de bem de família abrange também o imóvel pertencente a pessoas solteiras, separadas e viúvas.

1.2.9 Família Eudemonista

Eudemonismo é, conforme BLACKBURN (1997, p.132) ética baseada na noção aristotélica de “eudaimonia” ou felicidade humana. E nesse sentido Maria Berenice Dias (2007, p. 52), afirma que a família eudemonista busca a felicidade individual vivendo um processo de emancipação de seus membros e a absorção do princípio eudemonista pelo ordenamento e altera o sentido da proteção jurídica da família, deslocando-o da instituição para o sujeito, como se infere da primeira parte do § 8º do art. 226 da CF: o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos componentes que a integram.”

1.2.10 Família Multiparental

Segundo Pereira apud Buchmann (2013,p.51), multiparentalidade é “o parentesco constituído por múltiplos pais, ou seja, quando um filho tem reconhecido mais de um pai e/ou mais de uma mãe”.

Para Dias (2010, p. 49) a multiparentalidade “decorre da peculiar organização do núcleo, reconstruído por casais onde um ou ambos são egressos de casamentos ou uniões anteriores. Eles trazem para a nova família seus filhos e, muitas vezes, têm filhos em comum”. Em outro momento a autora ainda aduz que “as famílias multiparentais são caracterizadas pela estrutura complexa decorrente da multiplicidade de vínculos, ambiguidade das funções dos novos casais e forte grau de interdependência”.

2. MULTIPARENTALIDADE

A proposta do instituto da multiparentalidade é fazer com que seja incluso no registro civil de nascimento o nome do pai ou da mãe socioafetivo(a), sem que seja necessário excluir o nome dos pais biológicos, pois a multiparentalidade é sinônimo de legitimação de paternidade/maternidade de uma pessoa que ama para com a outra.

Dias (2013, p.56) caracteriza essas famílias da seguinte forma:

São famílias caracterizadas pela estrutura complexa decorrente da multiplicidade de vínculos,

ambiguidade das funções dos novos casais e forte grau de independência.

[...]

A multiplicidade de vínculos, a ambiguidade dos compromissos e a interdependência, ao caracterizarem a família-mosaico, conduzem para a melhor compreensão desta modelagem.

A multiparentalidade surge da miscigenação de novos arranjos de família e encontra-se respaldada em diversos princípios constitucionais, que reconhecem esses indivíduos como sujeito de direitos e portanto necessitam da integral proteção para o seu pleno desenvolvimento.

Aqui se faz necessário falar sobre os princípios que nortearam e garantiram o reconhecimento da multiparentalidade no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que a repercussão geral da decisão 622 do Supremo Tribunal Federal, permitiu o reconhecimento da multiparentalidade.

A contribuição dos princípios que regem a multiparentalidade, na verdade é a busca da formação da base deste instituto, e a ampliação do reconhecimento normativo e vale destacar que a valorização do afeto, constitui-se novo pilar da multiparentalidade, reforçado através dos princípios que seguem.

2.1 PRINCÍPIOS QUE REGEM O INSTITUTO DA MULTIPARENTALIDADE

2.1.1 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Este é o mais universal de todos os princípios e do mesmo se irradiam todos os demais princípios, como liberdade, autonomia privada, cidadania, igualdade e solidariedade, uma coleção de princípios éticos e por isso tem importância fundamental no ramo do direito.

O Sobre a dignidade da pessoa humana a autora Maria Berenice Dias diz que:

O princípio da pessoa humana não representa apenas um limite à atuação do Estado, mas constitui também um norte para a sua ação positiva. O estado não tem apenas o dever de abster-se de praticar atos

que atentem contra a dignidade humana, mas também deve promover essa dignidade através de condutas ativas, garantindo o mínimo existencial para cada ser humano em seu território. Esse princípio encontra na família o solo apropriado para florescer (2011, p. 63).

Nos tribunais brasileiros, diversas e recorrentes são as decisões que utilizam da aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana para embasar as decisões proferidas, em especial no direito de família, como por exemplo em relação a dor sofrida pelo filho, em virtude do abandono paterno, que o privou do direito à convivência, ao amparo afetivo, moral e psíquico, deve ser indenizável, com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana.

Assim, este princípio está atrelado ao fato de que os interesses da criança ou adolescente devem ser tratados com prioridade pelo Estado, pela sociedade e, ainda, pela família, cujo objetivo é fazer com que o menor deixe de ser considerado um objeto, passando a ser um sujeito de direitos.

2.1.2 Princípio do Pluralismo das Entidades Familiares

O princípio do pluralismo das entidades familiares é conhecido por assumir um caráter plural, não mais matrimonial, a que se limitava. Nos dizeres de Maria Berenice Dias (2011, p. 67) “o princípio do pluralismo das entidades familiares é encarado como o reconhecimento pelo Estado da existência de várias possibilidades de arranjos familiares”.

Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald (2011, p. 62) reforçam que:

(...) é preciso ressaltar que o rol da previsão constitucional não é taxativo, estando protegida toda e qualquer entidade familiar, fundada no afeto, esteja ou não, contemplada expressamente na dicção legal.

Aqui vale salientar que essa pluralidade de entidades familiares, também se dá através do chamado multiculturalismo, ou seja, a aceitação de todas as características das diferentes culturas, fazendo com que surja a multiparentalidade, fenômeno resultante deste pluralismo sociocultural globalizado.

2.1.3 Princípio da Afetividade

A afetividade ganhou espaço sobre todos e quaisquer outros vínculos, com amparo no princípio da dignidade da pessoa humana. Dessa maneira, renovou-se o entendimento de família, a sociedade passou a ser mais tolerante com a forma de convívio das pessoas e estas mais livres para buscar a realização dos seus sonhos, sem precisar ficarem sujeitas a permanecer em estruturas preestabelecidas.

Nas palavras de Sérgio Rezende de Barros (2003, p. 143-154):

O afeto não é fruto da biologia. Os laços de afeto e de solidariedade derivam da convivência familiar, não do sangue. Assim a posse de estado de filho nada mais é do que o reconhecimento jurídico do afeto, como o claro objetivo de garantir a felicidade, como um direito a ser alcançado.

O princípio da afetividade é prestigiado pela CF/88 e comprovadamente vem se materializando nas decisões dos magistrados por todo o território nacional. É o que constatamos neste trecho do inteiro teor de acórdão do STJ:

O que deve balizar o conceito de “família” é, sobretudo, o princípio da afetividade, que “fundamenta o direito de família na estabilidade das relações socioafetivas e na comunhão de vida, com primazia sobre as considerações de caráter patrimonial ou biológico (STJ,2009).

O elo afetivo existente entre os integrantes da família, possui um valor inestimável, em razão do princípio da solidariedade, e deve proporcionar elementos essenciais, pautados na responsabilidade do desenvolvimento humano, a igualdade entre os filhos, e no auxílio para o seu crescimento com dignidade.

2.1.4 Princípio da Solidariedade

A solidariedade social é reconhecida como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, conforme dispõe o artigo 3º, I da Constituição Federal, no sentido de construir uma sociedade livre, justa e solidária, repercutindo nas relações familiares.

O princípio da solidariedade familiar possui assento constitucional, estando consagrado nos artigos 3º, 226, 227 e 230 da Constituição Federal de 1988.

2.1.5 Princípio do Melhor Interesse do Menor

A sociedade nos últimos séculos vem passando por intensas transformações, e, neste contexto histórico, encontramos a criança inserida nas relações familiares, sendo protagonista de diversos direitos sociais e jurídicos. Isso levou o legislador a atribuir de maneira justa, condições que efetivem a proteção devida para essas crianças.

Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2008, p. 63) ressalta a valorização deste princípio ao dizer que:

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente apresenta importante mudança de eixo nas relações paterno-filiais, em que o filho deixa de ser considerado objeto para ser alçado a sujeito de direito, ou seja, a pessoa humana merecedora de tutela do ordenamento jurídico, mas com absoluta prioridade comparativamente aos demais integrantes da família de que ele participa. Cuida-se, assim, de reparar um grave equívoco na história da civilização humana em que o menor era delegado a plano inferior, ao não titularizar ou exercer qualquer função na família e na sociedade, ao menos para o direito.

Portanto é perceptível que a criança como a parte frágil na busca de seus direitos, precisa de amparo legal, e este amparo deve vir tanto do Estado quanto da família, sendo que o poder estatal deve resguardar o menor, e sempre buscar o que for do melhor interesse da criança e do adolescente, e a família deve exercer seu papel social, na formação e desenvolvimento desta criança.

2.1.6 Princípio da Realidade Socioafetiva

Este princípio é de extrema importância no instituto da multiparentalidade, posto que trata da criança em comparação aos demais membros da família no âmbito familiar, focando em dois aspectos: referente a situação registral da criança, pois sem o registro não tem como falar em sujeito ativo de direito, já que somente com o registro é possível

indicar sua existência, e a identificar diante a sociedade, e também a condição social da criança inserida em outra família.

3 RECONHECIMENTO SOCIAL E JURÍDICO DA MULTIPARENTALIDADE.

O critério adotado no Brasil para a definição de paternidade sempre foi o biológico, baseado na ideia de relação sexual e gravidez. Outros países fundamentaram a filiação legal, associando-a ao casamento jurídico, de forma codificada. Com o avanço jurídico, científico e tecnológico, o matrimônio deixou de ser a forma principal para definição de paternidade no Brasil, o que ensejou o aparecimento da multiparentalidade.

Para a doutrina, diversas são as premissas no reconhecimento da multiparentalidade. Alguns autores utilizam das novas formas de constituição familiar para definir e analisar esse instituto, é o caso de Rodrigo Cunha, o qual reconhece a multiparentalidade como consequência dos vínculos que são construídos nas famílias recompostas, vejamos:

Nas famílias ensambladas, reconstituídas ou mosaico a relação jurídica é complexa (...), não há ainda um delineamento claro sobre a relação jurídica entre os filhos dos casamentos anteriores que, a partir do novo casamento de seus pais, convivem entre si. (...) É muito justo que os filhos-enteados, principalmente aqueles que se tornam filhos socioafetivos, tenham o direito de se sentirem pertencentes a esta nova modalidade de família (CUNHA, 2009, p. 88–94 e p. 93-94).

Assim, Lôbo (2011,p.58) , também ensina que “a filiação não é um dado da natureza, e sim uma construção cultural, fortificada na convivência, no entrelaçamento dos afetos, pouco importando sua origem”.

Vale ressaltar acerca do tema que, formado o vínculo socioafetivo, o seu reconhecimento se torna irretroatável, irrevogável e indisponível de forma voluntária, pois essas relações familiares envolvem-se de segurança jurídica, sob pena até mesmo de banalizar o instituto em comento. Importante destacar também, que não há previsão legal sobre o instituto da

multiparentalidade, sendo apenas uma construção doutrinária e jurisprudencial. Porém, a ausência normativa não constitui empecilho para a regulamentação do reconhecimento parental, visto que o Poder Judiciário, conforme autoriza o art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro tem o dever de decidir, mesmo diante da omissão legislativa.

Mesmo com toda a polêmica no âmbito geral de sua aplicação, tanto na seara registral, no campo sucessório e nos alimentos, por não haver claras definições, é relevante o estudo acerca deste tema, pois já é uma realidade, tendo em vista que a mesma vem sendo reconhecida juridicamente, com decisões judiciais e várias opiniões no campo doutrinário.

Por todo exposto, é perceptível que a multiparentalidade pode utilizar-se de diversas formas para se manifestar. Pode, por exemplo, apresentar-se através da constituição de novas formas familiares. Porém, em qualquer das situações, só haverá a múltipla filiação se houver a socioafetividade, pois “a certeza absoluta da origem genética não é suficiente para fundamentar a filiação” (LOBO, 2008, p. 10). E vale lembrar que inúmeros foram os tribunais, os quais enfrentaram a questão, aceitando e entendendo que o melhor interesse dos envolvidos deve ser considerado e amparado juridicamente, sob pena de contrariar o princípio da dignidade da pessoa humana.

3.1 OS EFEITOS DO RECONHECIMENTO DA MULTIPARENTALIDADE

Com o múltiplo reconhecimento de parentalidade, surgem diversos efeitos, cujo conteúdo carece de um debate maduro com vistas à regulamentação legal do instituto em estudo. Acerca da importância desses efeitos na multiparentalidade, o professor Christiano Cassettari (2015, p. 247) destaca que:

Eu comecei a perceber que as decisões judiciais nesse sentido só se preocupavam em discutir se havia ou não havia afetividade em certas relações. Muitas sentenças começaram até a ser poéticas neste sentido, e poucas delas se preocupavam com os efeitos jurídicos disso, as consequências desta decisão. Então o propósito do meu estudo foi,

partindo do pressuposto de que a parentalidade socioafetiva existe, que o afeto já foi debatido, discutir quais são os regulares efeitos disso.

Cassettari acredita que o parentesco socioafetivo deve gerar os mesmos efeitos do biológico, motivo pelo qual o Poder Judiciário, ao reconhecê-lo, deve ser mais criterioso.

3.1.1 Extensão do parentesco aos outros parentes

Uma vez criado o vínculo de filiação, todas as linhas de parentesco produzirão seus efeitos. Deste modo, o filho teria parentesco colateral e em linha reta com a família de ambos os pais, podendo então ser aplicadas as hipóteses de impedimentos matrimoniais e os efeitos sucessórios e considerando que a parentalidade é estendida aos outros filhos do pai socioafetivo, surge então a irmandade socioafetiva.

Além disso, também não pode haver casamento entre filhos e pais socioafetivos. Essa proibição também cabe para os parentes por afinidade em linha reta e aos parentes colaterais até o terceiro grau. Cumpre ainda salientar que aplicar-se-ão ao parentesco socioafetivo todas as regras do parentesco natural, pois, conforme previsto no artigo 1.593 do Código Civil, a expressão outra origem é o que baseia a paternidade socioafetiva, pois assim como ocorre nas famílias tradicionais biparentais, a vinculação multiparental deve ser da mesma forma e extensão. Todos os efeitos de filiação e parentesco devem ser concedidos, sendo a eficácia igual, não havendo diferenças.

3.1.2 Efeitos Registrais

O registro no assento de nascimento é o meio oficial e mais prático de demonstrar a filiação. Por se tratar a multiparentalidade de um instituto novo, baseado no princípio da dignidade da pessoa humana, para cumprir todos os efeitos, é necessário que seja dada publicidade através de modificações no assento de nascimento.

Neste sentido, Mauricio Cavallazzi Póvoas (2012, p. 88) ensina que:

[...] pela certidão extraída do registro comprova-se a filiação de forma direta, conforme dicção do art. 1.603, do Código Civil. O registro não é a única, mas

é a mais fácil maneira de se provar a paternidade/maternidade, servindo de base para vários atos da vida civil, inclusive os garantidores de direitos dos menores – previdenciários, por exemplo – pois estabelece de forma incontestável por terceiros a relação paterno/materno filial.

Destaca-se que o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) deu um grande passo para o avanço do Direito de Família padronizando as certidões de casamento, nascimento e óbito em todo o país, e, substituindo a expressão dos campos “pai e mãe” para “filiação”, e nos campos “avós paternos” e “avós maternos” somente para “avós”. Tal mudança foi bastante significativa, visto que ao se falar em reconhecimento socioafetivo, juridicamente não houve mais nenhum embaraço registral.

3.1.3 Efeitos quanto ao nome

No que concerne ao direito ao nome, a cumulação destes não pode ser impedida. A Lei nº 11.924/09 trata da questão registral da dupla paternidade ou maternidade, logo não pode ser óbice para a efetivação da multiparentalidade. A função do registro é assentar a verdade real. O registro deve se adaptar a essas novas situações, possuindo espaço para mais de um pai ou mais de uma mãe, para que todos os efeitos advindos da filiação sejam consignados. Neste contexto, essa lei, corroborando essas novidades, alterou o artigo 57 da Lei nº 6.015/73, dispondo o seguinte:

Art. 57. A alteração posterior de nome, somente por exceção e motivadamente, após audiência do Ministério Público, será permitida por sentença do juiz a que estiver sujeito o registro, arquivando-se o mandado e publicando-se a alteração pela imprensa, ressalvada a hipótese do art. 110 desta Lei.

[...]

§8 O enteado ou a enteada, havendo motivo ponderável e na forma dos §§2º e 7º deste artigo, poderá requerer ao juiz competente que, no registro de nascimento, seja averbado o nome de família de seu padrasto ou de sua

madrasta, desde que haja expressa concordância destes, sem prejuízo de seus apelidos de família.

Não poderá ser vedada à criança e ao adolescente a utilização do nome dos pais em seu registro, visto que se trata de direito fundamental. No instituto em comento não deve ser diferente. Ao genitor é assegurado seu direito de manter ou incluir seu nome no registro de nascimento do seu filho, caso esse seja violado.

O artigo 54, itens 7º e 8º da Lei nº 6.015/73 – Lei de Registros Públicos, determina que no registro deverão constar os nomes e prenomes dos pais e dos avós maternos e paternos. Assim, no registro de nascimento constará os nomes dos pais biológicos, do pai ou mãe socioafetivo(a), bem como constarão como avós todos os ascendentes destes. O filho poderá usar o nome de todos os pais.

3.1.4 Efeitos quanto à Obrigação Alimentar

Para falarmos de alimentos na multiparentalidade, devemos iniciar trazendo à memória o art. 229 da Constituição: “os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”. Da mesma forma, o art. 1.696 do Código Civil assegura que a prestação de alimentos é recíproca entre pais e filhos, de modo que todos os pais poderão prestar alimentos aos filhos, bem como, estes poderão prestar alimentos a todos os pais, caso venham a necessitar.

Por óbvio, com fundamento nessas duas normas, na multiparentalidade não deve ser diferente, considerando sempre o binômio possibilidade e necessidade em respeito ao parágrafo 1º do artigo 1.694 do Código Civil, pois se através da multiparentalidade os filhos conquistam o direito de terem inserido em seus registros os nomes dos dois pais ou das duas mães, logo, por não haver distinção entre filhos, conforme previsto expressamente no artigo 227, § 6º da CF, não há outra forma de aplicação do direito dos alimentos a não ser a legal, vigente em nosso país.

Na medida em que o artigo 1.696 do Código Civil assegura que a prestação de alimentos é recíproca entre pai e filho, tanto todos os pais poderão prestar alimentos ao filho, bem como este poderá prestar alimentos a todos os pais. Tais situações deverão levar sempre em

consideração o binômio possibilidade e necessidade, em respeito ao parágrafo 1º do artigo 1.694 do Código Civil.

Para Schmitt e Augusto (2013, p.213), na tripla filiação multiparental o menor necessitado poderá requerer alimentos de qualquer um dos pais, atendendo o princípio do melhor interesse da criança, presente no Estatuto da Criança e do Adolescente. Resta claro que a possibilidade de uma tripla filiação teria muito mais condições de contribuir para o adequado desenvolvimento do menor. Nos casos onde os magistrados decidissem por reconhecer a tripla filiação, sempre haverá a prévia relação familiar de fato, restando apenas reconhecer uma regulamentação de direito.

Entende-se, então, que a multiparentalidade proporcionará ao filho o dever de ser provedor dos cuidados na velhice de seus pais. Poderá o filho ver-se compelido a escolher um deles para melhor atender ou, então, deverá prestar alimentos e cuidados aos dois ou três, caso necessitem? Embora, instigante, a resposta para tal questionamento está surgindo com o passar dos anos, pois, como vem sendo destacado no presente trabalho, o instituto da multiparentalidade é novo e ainda carece de maior reflexão para as respostas, que fluem da convivência do dia a dia.

Todavia arrisca-se, com base jurisprudencial, doutrinária e na analogia, considerar que o filho deverá prestar igual parcela de alimentos e questionar dos pais, que usualmente se estabelece em um limite de 1/3 (um terço) dos vencimentos líquidos. Entretanto nada impede que, de acordo com o binômio necessidade e possibilidade ocorra a fixação de valor acima ou abaixo desse critério usual. Na multiparentalidade o critério poderá ser inicialmente sempre o mesmo, nos moldes da interpretação dos juízos e tribunais.

3.1.5 Efeitos em relação ao Direito de Visitas e Guarda

A guarda, que é um dos deveres do poder familiar, será exercida de acordo com o princípio do melhor interesse da criança, bem como o direito de visitas (PÓVOAS, 2012). Poderá ser realizada tanto na modalidade unilateral, quanto compartilhada, aplicando tanto aos pais biológicos como ao socioafetivo as disposições contidas nos artigos 1.583 ao 1.590 do Código Civil.

O artigo 229 da Constituição Federal define que “os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm

o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”. Assim, a partir da inexistência de distinção de filiação, o dispositivo é plenamente aplicável aos pais e aos filhos integrantes da família multiparental.

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente e o princípio da afetividade devem ser analisados para chegar a uma decisão sobre o direito à guarda, restando claramente que o pai ou a mãe que não ficar com a guarda terá assegurado o seu direito de visitas, bem como fiscalizar sua manutenção e educação. Este direito de convivência se estende aos avós tanto biológicos como socioafetivos.

Vale salientar também que tendo em vista uma possível separação entre o pai biológico e a mãe biológica, bem como dos pais socioafetivos, nesse caso será deferida a guarda compartilhada que é a regra adotada pelo Código Civil brasileiro que entende que ambos os pais sejam eles biológicos ou socioafetivos irão exercer a guarda de maneira conjunta responsável e de maneira equilibrada sempre visando atender as necessidades básicas dos filhos uma vez que não há preferência sobre o exercício de guarda.

Quanto ao direito de visita, será aplicado de forma análoga como ocorre nos modelos tradicionais de família em que as responsabilidades deverão ser acordadas entre ambos os pais. Reitere-se que nos casos em que não houver acordo quanto à guarda do filho, será aplicada, sempre que possível, a modalidade compartilhada.

3.1.6 Efeitos Sucessórios

Na sucessão, embora haja discussão na doutrina, sobretudo porque o tema é recente, sob o aspecto da amplitude da relação, todos os pais são herdeiros do filho, assim como o filho é herdeiro de todos os pais. A mesma relação se estabelece em relação aos ascendentes e descendentes, bem como aos parentes colaterais até o quarto grau. As sucessões dos pais não se comunicam entre si, salvo àqueles que são cônjuges ou companheiros.

Conforme princípio constitucional previsto expressamente no artigo 227, § 6º da CF, “os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer

designações discriminatórias relativas à filiação”. Assim sendo, independentemente da forma de reconhecimento dos filhos, sejam esses naturais, afetivos ou multiparentais, possuem os mesmos direitos, inclusive sucessórios. Esse também é o sentido jurídico da regra do art. 1.596 do Código Civil.

Portanto, pelo fato de não haver distinção jurídica sobre a relação pai/filho ser biológica ou afetiva, estando reconhecida a multiparentalidade, no momento da transmissão da herança estaria criada a linha de chamamento sucessório de cada pai ou mãe que o filho tiver. Assim o filho multiparental figura como herdeiro necessário de todos os pais que tiver.

Leciona Zeno Veloso (2003, p. 240) que:

A sucessão independe do vínculo de parentesco e sim do vínculo de amor, pois sua relevância na atual sociedade deve fazê-la seguir as mesmas normas sucessórias vigentes no Código Civil, onde os descendentes (em eventual concorrência com o cônjuge ou companheiro sobrevivente) figuram na primeira classe de chamamento, sendo que os mais próximos excluem os mais remotos. Existindo, portanto, filhos do de cujus, estes concorrem entre si em igualdade de condições, recebendo cada qual por cabeça a sua quota do quinhão hereditário.

Destaque-se que este direito de sucessão se estende aos pais, ou seja, todos os pais também são herdeiros necessários do seu filho.

Assim as consequências do direito sucessório se dão da mesma forma da obrigação de prestar alimentos, de modo que filhos com pais biológicos e afetivos teriam os mesmos direitos a herança desses dois pais e de igual modo esses dois pais teriam direitos iguais na herança desse filho caso este venha a falecer.

Como já mencionado, não há, segundo o posicionamento do STF em decisão de repercussão geral, prevalência entre múltiplos pais e mães e nesse ponto deve-se ter um olhar cuidadoso, pois o juiz, ao analisar o caso concreto, não deve focar apenas nos aspectos formais, mas também aspectos relacionados à convivência desses indivíduos, evitando que o

reconhecimento da multiparentalidade sob a ótica do direito sucessório tenha cunho exclusivamente patrimonial.

3.1.7 Efeitos Previdenciários

Assim como acontece no direito aos alimentos e de sucessão, onde os filhos têm direito de herança em relação aos pais e os pais têm direito na herança em relação aos filhos, e também nos alimentos a obrigação é recíproca, de forma semelhante acontece no que tange aos direitos previdenciários, pois também existe a reciprocidade entre os pais e os filhos. É o que entende o art. 16, da Lei Federal nº.8.213/91, que determina:

Art. 16. São beneficiários do Regime Geral de Previdência Social, na condição de dependentes do segurado:

I – o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido ou que tenha deficiência intelectual ou mental que o torne absoluta ou relativamente incapaz, assim declarado judicialmente.

Neste mesmo sentido o artigo 16, em seu inciso II, determina que os pais também são considerados beneficiários. Logo, na multiparentalidade a relação previdenciária é como em qualquer relação de filiação, os pais, biológicos ou afetivos e o filho recebem a condição de dependentes do segurado.

Portanto, havendo parentalidade socioafetiva, haverá, também, a necessidade de se reconhecer direitos previdenciários. Também será conferido esse direito aos pais e irmãos socioafetivos, estes últimos não emancipados, menores de 21 anos ou inválidos.

3.1.8 Efeitos quanto ao exercício do Poder Familiar em caso de divergência

A legislação correspondente ao poder familiar é facilmente adaptável ao modelo de família multiparental, sem a necessidade de modificação, pois basta para a sua eficácia a interpretação pautada no princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

De acordo com Dias (2015, p. 409) cada um dos pais exercerá o poder familiar, trazendo para si as responsabilidades e os direitos enumerados no artigo 1.634 do Código Civil, de modo a reservar aos demais esta mesma possibilidade. Na hipótese de haver discordância é cabível o suprimento judicial objetivando a solução da controvérsia, na interpretação do parágrafo único do artigo 1.631 do Código Civil. A questão dos efeitos de divergências entre os genitores é observada quando o menor tem três ou mais filiações no seu registro de nascimento e precisa de consentimento, assistência ou representação dos pais para praticar atos da vida social, caso aconteça de um deles não concordar para que o ato aconteça, nestes casos é necessária a intervenção do Poder Judiciário para dirimir o desacordo.

Quando tratar-se de filho menor, incumbirá ao pai socioafetivo o poder familiar em conjunto com os demais. Na prática, em muitos pontos o poder familiar já é exercido pelo(a) pai/mãe socioafetivo(a), assim apenas se regularizará os demais itens.

Assim caberá ao pai socioafetivo em relação ao filho dirigir-lhe a criação e educação; tê-lo em sua companhia e guarda; conceder-lhe ou negar-lhe consentimento para casar; nomear-lhe tutor por testamento ou documento autêntico, se os outros dos pais não lhe sobreviverem, ou os sobreviventes não puderem exercerem o poder familiar; representá-lo, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-lo, após essa idade, nos atos em que for parte, suprindo-lhe o consentimento; reclamá-lo de quem ilegalmente o detenha e exigir que lhe preste obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição, como dispõe o artigo 1.634 e incisos do Código Civil.

Ainda o artigo 21 do Estatuto da Criança e do Adolescente determina que o poder familiar será exercido por ambos os pais, em igualdade de condições, sendo que em caso de discordância há o direito de se recorrer à autoridade judiciária. Por força do artigo 22 da mesma lei, cabe aos pais o dever de guarda, sustento e educação, além da obrigação de cumprir e fazer cumprir determinações judiciais em relação aos filhos menores.

4 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

Assim como a doutrina, a jurisprudência também já vem reconhecendo a multiparentalidade. Entretanto, a matéria não está pacificada e, por isso, existem tanto julgados favoráveis como desfavoráveis. Passemos a analisar algumas decisões sobre o tema.

4.1 DECISÕES QUE RECONHECEM A MULTIPARENTALIDADE

No estado de Rondônia foi proferida sentença pela juíza da 1ª Vara Cível da Comarca de Ariquemes, Dra. Deisy Cristhian Lorena de Oliveira Ferraz, reconhecendo a multiparentalidade. Isto se deu nos autos da ação de investigação de paternidade cumulada com anulação de registro civil, processo nº 0012530-95.2010.8.22.0002, proposta por A.A.B. em face de E.D.S.S. e M.D.S.D.245. O caso trata de ação ajuizada pela menor A.A.B., na qual pugnou pelo reconhecimento da paternidade de E.D.S.S. e anulação da paternidade registral de M.D.S.D., alegando que o pai socioafetivo falsamente se declarou como pai e requerendo o reconhecimento da paternidade biológica de E.D.S.S.

No caso em análise, a genitora e o pai biológico tiveram um relacionamento de 1996 a 2000, durante o qual foi concebida a infante A.A.B. Ocorre que, antes de tomar ciência da gestação, a genitora se separou do pai biológico e passou a conviver com o pai socioafetivo, que registrou a paternidade da menor em seu nome e conviveu com a genitora até os quatro primeiros meses daquela.

O parecer do Ministério Público apresentado nos autos mostrou importante estudo sobre o tema. Foi reconhecida a grandiosidade da situação na qual estava envolta a criança, posto que possuía um pai socioafetivo e outro biológico. Abordou o fato de que a menor construiu estreitos laços de afeto com o pai socioafetivo, sendo isto tão importante quanto a paternidade biológica de E.D.S.S., que restou comprovada por perícia acostada aos autos. Neste contexto, a magistrada concluiu que realmente não havia vínculo consanguíneo entre a infante e o pai registral a juíza entendeu por bem levar em consideração o desejo da infante de permanecer vinculada aos dois pais, somado ao fato de que ambos os pais também desejavam tal vínculo. Por isso, aceitou o parecer do Ministério Público que pugnou pelo reconhecimento da multiparentalidade.

Aqui vale salientar que o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) entendeu que a existência de paternidade socioafetiva não exime de responsabilidade o pai biológico. E baseado nessa decisão do Supremo, por maioria dos ministros foi negado provimento ao Recurso Extraordinário (RE) 898060, com repercussão geral reconhecida, em que um pai biológico recorria contra acórdão que estabeleceu sua paternidade, com efeitos patrimoniais, independentemente do vínculo com o pai socioafetivo.

O relator do RE 898060, ministro Luiz Fux, considerou que tanto vínculos de filiação construídos pela relação afetiva entre os envolvidos, quanto aqueles originados da ascendência biológica, devem ser acolhidos pela legislação. Segundo ele, não há impedimento do reconhecimento simultâneo de ambas as formas de paternidade – socioafetiva ou biológica –, desde que este seja o interesse do filho. Para o ministro, o reconhecimento pelo ordenamento jurídico de modelos familiares diversos da concepção tradicional, não autoriza decidir entre a filiação afetiva e a biológica quando o melhor interesse do descendente for o reconhecimento jurídico de ambos os vínculos.

4.1 DECISÕES QUE NÃO RECONHECEM A MULTIPARENTALIDADE

Existem julgados nos quais, em caso de paternidade socioafetiva já existente e desejo de reconhecimento da paternidade biológica, os magistrados estão optando por manter a paternidade registral e socioafetiva e não acrescentar no registro a paternidade biológica, mas também há o entendimento de que, nos casos em que restar demonstrada a filiação socioafetiva, não cabe mais analisar a filiação biológica, pois aquela impera sobre esta.

A fim de ilustrar, colaciona-se um julgado sobre o tema da multiparentalidade foram no sentido de inadmiti-la, fundamentando para tanto que o pedido de paternidadematernidade plural, seria juridicamente impossível, eis que a lei não traz essa possibilidade, e no registro deve constar o nome de um pai e uma mãe. Assim em casos de conflito de paternidade, em regra realiza-se uma exclusão, onde a paternidade “mais importante” prevalece sobre a “menos importante”.

APELAÇÃO CIVIL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. EFEITOS MERAMENTE PATRIMONIAIS. AUSÊNCIA DE INTERESSE DO AUTOR EM VER DESCONTITUIDA A PATERNIDADE REGISTRAL. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. Considerando que o autor embora alegue a existência de paternidade socioafetiva não pretende afastar o liame parental em relação ao pai biológico. O pedido pretende afastar o liame parental em relação ao pai biológico, o pedido configura-se juridicamente impossível na medida em que ninguém poderá ser filho de dois pais. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO RECONHECIDA DE OFÍCIO. PROCESSO EXTINTO. RECURSO PREJUDICADO.

Observa-se que para alguns o critério biológico apresenta uma vantagem sobre o socioafetivo, pois diante do exame de DNA era muito fácil resolver o problema diante da enorme probabilidade de acerto. Nesse caso em análise diante do pedido de dupla paternidade e sua negatória, o vínculo que permaneceu foi o genético.

Assim, pode-se perceber que, mesmo com todos os avanços no sentido do reconhecimento da multiparentalidade, ainda há entendimento jurisprudencial contrário. Trata-se de um tema novo que precisa ser melhor trabalhado pela doutrina e jurisprudência pátria, a fim de que possa ser passado para o plano jurídico aquilo que já acontece na realidade fático-social.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os antigos paradigmas que permeavam o direito de família devem ser superados e devem dar espaço a novos dogmas, a fim de conduzir o operador do Direito a soluções que anteriormente eram rotuladas como juridicamente impossíveis, como é o exemplo da multiparentalidade, que até pouco tempo era considerada juridicamente impossível e ultimamente tem encontrado espaço sendo tratada como uma alternativa de tutela jurídica para o fenômeno da liberdade de desconstituição familiar e

formação de famílias reconstituídas, devido o surgimento de novos arranjos familiares, e nesse contexto o vínculo biológico perdeu sua exclusividade e passou a coexistir com outra causa remota, o vínculo socioafetivo. A socioafetividade passa do plano puramente social para o plano jurídico.

O reconhecimento do vínculo socioafetivo com o devido registro na certidão de nascimento, sem a retirada do registro do pai ou mãe biológico, figurando os dois nomes na certidão, traz uma série de efeitos jurídicos para o filho. A partir desse reconhecimento, este passa a ter direitos de alimentos, como a pensão alimentícia, além de direitos sucessórios. Todos os efeitos que podem surgir desse reconhecimento foram analisados no decorrer deste trabalho. Necessário se impõe, portanto, que o Direito passe a reconhecer a múltipla filiação, a fim de buscar o melhor interesse da criança.

Toda a formação psicológica, social e de caráter da criança está intimamente ligada àqueles que dedicaram boa parte de seu tempo investindo em sua educação. O conceito de família perante o Direito não pode se prender aos paradigmas e dogmas do passado, excluindo de seu âmbito aqueles que são perfeitamente responsáveis pela educação de uma criança, mas que não possuem vínculos de consanguinidade. Dessa forma, a filiação socioafetiva é valor que deve prevalecer sobre a verdade biológica, posto que não há como destruir o elo consolidado pela convivência, devendo ser respeitado pela justiça a vida constituída ao longo do tempo.

Em sede de investigação de paternidade, o objeto não pode se limitar ao vínculo sanguíneo, dado que aquele alberga ainda os sentimentos afetivos que estão na posse do estado de filiação. Com essa evolução constante, ganha espaço uma interpretação voltada para os princípios constitucionais, a fim de melhor resolver questões relevantes. Neste contexto, os tribunais têm feito revoluções jurídicas na área do direito de família, ao julgar as causas tendo como parâmetro os princípios da dignidade da pessoa humana e da afetividade. Todavia, conforme analisado anteriormente, a jurisprudência não é pacífica no sentido do reconhecimento da multiparentalidade, existindo também julgados que não a aceitam.

Ocorre que, por todos os motivos acima explanados, deve ocorrer a juridicização daquilo que já ocorre na realidade fático-social, que é a multiparentalidade. Portanto, deve ser considerado o seu reconhecimento, com todas as suas consequências, uma vez que reconhecer a paternidade afetiva não significa apenas conceder direito ao afeto, mas sim criar uma relação jurídica baseada neste, que permita à criança ou adolescente desenvolver-se plenamente, com todos os seus direitos fundamentais assegurados.

Assim, não reconhecer esse fenômeno, denominado de multiparentalidade, fere o princípio do melhor interesse da criança, que merecendo tutela ampla pelo ordenamento jurídico. Reconhecer a multiparentalidade representa um avanço no direito de família na medida em que respeita os princípios da dignidade da pessoa humana e da afetividade entre os envolvidos.

REFERÊNCIAS

BARROS, Sérgio Resende de. **Direitos humanos da família: dos fundamentais aos operacionais**. 1.^a ed. São Paulo: Saraiva. 2003.

BLACKBURN-STARZA, Antony. Sperm donor anonymity: Canadian Supreme Court will not hear woman's appeal. Bionews, 03 June 2013. Disponível em: http://www.bionews.org.uk/page_305937.asp. Acesso em: 24 jul. 2015.

BUCHMANN, A. **A paternidade socioafetiva e a possibilidade de multiparentalidade sob a ótica do ordenamento jurídico pátrio**. 2013. 79 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, SC, 2013.

BRASIL. **STJ**. REsp n. 945.283, Rio Grande do Norte. Quarta Turma. Rel. Luís Felipe Salomão, j. em 15/09/2009).

_____. **Constituição Federal: de 05 de outubro de 1988**. Vade mecum compacto: Obra Coletiva. 7. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

CASSETTARI, Christiano: **multiparentalidade sócio-afetiva, efeitos jurídicos**. Sao Paulo: Atlas, 2015.

CARVALHO, Dimas Messias de. Direito de família: Direito civil. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 4ª ed., 2007.

_____. **Manual de Direito das Famílias**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Manual de Direito das Famílias**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Manual de Direito das Famílias**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **Manual de Direito das Famílias**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais,

2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de; Rosenvald, Nelson. **Direito das Famílias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito civil-família**. São Paulo: Atlas, 2008.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito Civil: Famílias**. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Direito Civil: Famílias**. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008.

OLIVEIRA, Euclides de. **Agora é Súmula: bem de família abrange imóvel de pessoa solteira**. Revista Boletim do Direito Imobiliário. São Paulo, ano XXIX, nº 11, abril de 2009.

OLIVEIRA, José Sebastião. **Fundamentos constitucionais do direito de família**. 1. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais norteadores para o Direito de Família**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Direito de Família**. São Paulo: 2003, 8ªed., vol. VI.

KÜMPEL, Vitor Frederico. Palestra ministrada em 21/01/2008 no Curso do professor Damásio de Jesus.

PÓVOAS, Maurício Cavallazi. **Multiparentalidade – a possibilidade de múltipla filiação registral e seus efeitos**. Editora Conceito, 2012.

SCHIMITT, Marisa; AUGUSTO, Yuri. **Atripla filiação e o direito civil: Alimento, a guarda e sucessão**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/26265/a-tripla-filiacao-e-o-direito-civil-alimentos-guarda-e-sucessao>>. 10 Dez. 2013.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE GOIÁS. Sandra Teodoro Reis. 2012

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. Alcides Leopoldo e Silva Junior, acórdão nº 2012.0000400337, p. 5.

NOTA:

[1] 2 Graduada em Direito pela Universidade do Estado da Bahia. Pós-graduada em Direito Civil e Processual Civil na especialização lato sensu promovida pela ESA/OAB em parceria com a Faculdade Maurício de Nassau. Professora Auxiliar da Faculdade de Ciências Aplicadas e Sociais de Petrolina (FACAPE), diane.amorim@facape.br;

O CONTRATO ADMINISTRATIVO: INTRODUÇÃO CONCEITUAL

PAULO BYRON OLIVEIRA SOARES NETO:

Professor Efetivo do Governo do Estado de São Paulo; Licenciado e Bacharel em Matemática pela Universidade Ibirapuera; especialista em Gestão Escolar e Coordenação Pedagógica pela Uniasselvi; graduando em Direito (UNIP); Graduando em Engenharia de Produção (UNIVESP); Pós graduando em Ensino de Filosofia (UNIFESP); pós graduado em Direito Tributário e mestrando em Direito e Negócios Internacionais pela Universidade del Atlântico - Espanha.

PAULO CÉSAR BORGOMONI NETO

(Coautor) [\[1\]](#)

Resumo: O presente trabalho possui o objetivo apresentar ao leitor aspectos relevantes ao Direito Administrativo, com especificidade aos contratos administrativos. Desta feita, utilizando o método de pesquisa bibliográfica, abordar-se-á o tema de acordo com a legislação vigente e alicerçado pela doutrina e jurisprudência.

Palavras-chave: Direito Administrativo; contrato administrativo.

Abstract: The present work aims to present to the reader aspects relevant to Administrative Law, with specificity to administrative contracts. This way, using the method of bibliographical research, the subject will be approached according to the current legislation and based on doctrine and jurisprudence.

Keywords: Administrative Law; administrative contracts.

Introdução

Ao abordarmos sobre contratos devemos expor a definição destes, a qual se apresenta como a relação jurídica formada pela expressão de vontade das partes, em que estas obrigam-se de maneira

recíproca as prestações propostas neste acordo bilateral. Não permitindo, portanto, alteração ou extinção do acordo de maneira unilateral.

Destarte, diante do exposto, devemos ressaltar que nos contratos administrativos existe divergência doutrinária quanto a sua definição. A primeira vertente, defendida por Oswaldo Aranha Bandeira de Mello^[2], nega a existência de contratos administrativos, visto que, tais contratos violariam de tal a forma a autonomia de vontade das partes, pois há a possibilidade de alteração por vontade unilateral e rescisão contratual podendo ocorrer a qualquer momento.

Por seu turno, a segunda vertente tem por entendimento que qualquer acordo celebrado pelo Estado, sempre se farão presentes princípios e regras provenientes do interesse público, o qual possui supremacia quanto ao interesse privado. Sendo assim, todos os acordos celebrados pelo Estado estariam sujeitos ao regime jurídico administrativo. Conforme leciona Alexandre Mazza:

Contratos administrativos são aqueles celebrados entre o Estado e particulares, sob os princípios e regras do Direito Administrativo. Os contratos administrativos têm características singulares que conferem ao Poder Público a possibilidade de alterar, em favor do interesse público, e dentro de certos limites, os termos do contrato.^[3]

Em contrapartida, a terceira vertente, doutrina majoritária, aceita a existência de contratos administrativos como uma das espécies contratuais celebradas pela Administração Pública. Nesta vertente, admite-se que a Administração Pública pode, também, celebrar contratos regidos pelo direito privado, sob à luz do Direito Civil. De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello: “*Nem todas as relações jurídicas travadas entre Administração e terceiros resultam de atos unilaterais. Muitas delas procedem de acordos de vontade entre o Poder Público e terceiros. A estas últimas costuma-se denominar ‘contratos’*”^[4].

A fim de distinguir os contratos administrativos dos contratos de direito privado, segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro^[5], são adotados alguns critérios, os quais se definem em: subjetivo ou orgânico; do objeto; finalidade pública; procedimento; e cláusulas exorbitantes.

No que se refere ao critério subjetivo ou orgânico trata-se do poder imperativo da Administração Pública na celebração contratual, não apresentando tal forma, considerar-se-á de direito privado. Em relação ao critério do objeto, tem-se que: o contrato administrativo tem a organização e funcionamento dos serviços públicos como objeto, ao contrário se em seu conteúdo contiver a prestação de atividade privada, será contrato de direito privado, regido pelo Direito Civil.

Por sua vez, o critério de finalidade pública, contestado, afinal mesmo agindo sob regime privado cabe à Administração Pública atuar com tal objetivo, ao contrário disto poderá incidir em desvio de poder. Já no critério de procedimento, o contrato administrativo exige formalidades, as quais são inerentes à presença da Administração Pública, como, p.ex., da forma, da motivação e da publicidade.

Por fim, a presença de cláusulas exorbitantes ao direito comum existentes no contrato administrativo, tendo como finalidade assegurar a supremacia da Administração Pública em relação ao particular, como exemplo deste tipo de cláusula temos o poder de alteração unilateral do contrato.

1. Contratos Administrativos e a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

De acordo com nossa Lei Maior a competência para legislar sobre contratos, em qualquer modalidade, é privativa da União, porém a competência para edição das normas torna-se concorrente, desde que, não afetem, alterem ou subvertam as normas gerais estipuladas pela União, conforme disposto no artigo 22, XXVII, CF/88:

Art. 22. Compete privativamente a União legislar sobre:

XXVII – normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações

públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estado, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no artigo 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do artigo 173, §1º, III;

O artigo 37, inciso XXI da Constituição Federal expõe, além dos princípios da Administração Pública dispostos em seu *caput*, a existência de legislação específica que regerá os contratos administrativos, conforme segue:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também ao seguinte:

XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienação serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações;

2. Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993

Publicada no Diário Oficial da União em 22 de junho de 1993 e, republicada em 06 de julho de 1994, a Lei nº 8.666/93 regulamenta o art.37, XXI, da CF, instituindo normas para licitações e contratos da Administração Pública, dispostos no Capítulo III da referida lei.

Preliminarmente nos é apresentado o art. 54 da Lei nº8.666/93 o seguinte:

Art. 54. Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos

preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.

§ 1º Os contratos devem estabelecer com clareza e precisão as condições para sua execução, expressas em cláusulas que definam os direitos, obrigações e responsabilidades das partes, em conformidade com os termos da licitação e da proposta a que se vinculam.

§ 2º Os contratos decorrentes de dispensa ou de inexigibilidade de licitação devem atender aos termos do ato que os autorizou e da respectiva proposta.

Segundo Marçal Justen Filho^[6], a partir do art. 54, é possível classificar os contratos administrativos de três maneiras distintas: segundo os efeitos para as partes; segundo os efeitos para a administração; e segundo para os efeitos do contrato.

A classificação segundo os efeitos para as partes, distingue-se em unilateral ou bilateral, sendo unilateral o contrato que apenas uma das partes adquire direitos e a outra apenas os deveres. Por sua vez, o bilateral produz direito e deveres para ambas as partes.

Por seu turno, a classificação segundo os efeitos para a administração se dá quando ocorrer ou não o desembolso de recursos, p.ex., na contratação de serviços a desembolso, porém na alienação não haverá desembolso e sim a transferência de valor para a Administração Pública.

Em relação a classificação segundo os efeitos para o contrato, caracterizar-se-á pela obrigação imposta ao particular mediante contratação junto à Administração Pública, sendo estas prestações de dar ou fazer. Sendo assim, a prestação de dar apresenta-se quando a administração adquirir algum bem, p.ex., compras. Já na prestação de fazer se posta presente na contratação de prestação de serviços, p.ex., obras.

Vale ressaltar, diante do exposto, o ensinamento de Hely Lopes Meireles: “Os principais contratos administrativos seriam o de concessão

de serviço público, o de obra pública, o de concessão de uso do domínio público a eles se acrescentando os contratos de fornecimentos em geral e os de prestação de serviços”. [7]

3. Características dos contratos administrativos

O contrato administrativo em sentido estrito, segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro [8], caracteriza-se pela presença da Administração Pública como Poder Público; finalidade pública; obediência na forma prescrita em lei; procedimento legal; natureza de contrato de adesão; natureza *intuitu personae*; presença de cláusulas exorbitantes; e mutabilidade.

No que tange a presença da Administração Pública como Poder Público se dá pela imperatividade do Estado, ou seja, supremacia sobre o particular presente no contrato através das cláusulas exorbitantes. Em relação a finalidade pública, como visto anteriormente, esta deverá se fazer presente em todos os contratos da Administração Pública, preservando assim o interesse público.

A obediência na forma prescrita em lei, nos remete aos contratos realizados pela Administração Pública que devem respeitar as normas expostas sobre seu aspecto formal, o qual restará disposto na Lei nº 8666/93 e demais leis esparsas. Essa obediência ao aspecto formal visa proteger o interesse público, preservando o princípio da legalidade.

Por seu turno, a característica de procedimento legal se dá em atenção e respeito as normas vigentes sobre o processo de realização contratual. Portanto, para a elaboração de determinado contrato variam conforme a modalidade contratual, as quais restarão dispostas tanto na Constituição Federal e regulamentada pela Lei nº 8.666/93.

Em relação a característica de natureza do contrato de adesão, esta refere-se as cláusulas fixadas pela Administração Pública nos contratos administrativo, ou seja, apresenta a minuta contratual aos interessados que desejam e tenham condições de atender a demanda posta.

Os contratos pelo qual a lei exige licitação são firmados em razão do *intuitu personae* (condições pessoais do contratado), posto que, a Lei nº 8.666/93, em seu artigo 78 veda a subcontratação total e, em regra parcial, neste sentido a parcial é possível de acordo com o disposto no artigo 72 da respectiva lei, devendo constar no edital e no contrato para que haja a possibilidade desta subcontratação parcial.

A presença de cláusulas exorbitantes, alteram certas cláusulas contratuais, nos termos da lei, a fim de atender ao interesse público. Estas cláusulas são prerrogativas conferidas a Administração Pública a qual exerce o Poder Público.

Decorrente das cláusulas exorbitantes temos a característica de mutabilidade, a qual se apresenta na possibilidade de alteração das cláusulas contratuais, a fim de garantir o interesse público.

Por sua vez, Matheus Carvalho^[9] aponta as seguintes características constantes em todos os contratos administrativos: comutativo; consensual; de adesão; oneroso; sinalagmático; personalíssimo; e formal.

Comutativo se refere ao contrato que previamente estabelece direitos e deveres as partes, vale salientar que no Direito Administrativo inexistente contrato sujeito a risco. Consensual se apresenta pela formalização contratual pelo simples consenso entre as partes, no Direito Administrativo caracterizar-se-á o consenso a partir da abertura do envelope de documentação.

Da adesão, de igual teor à característica de natureza de contrato de adesão, já exposta anteriormente. Em regra, não se admite gratuidade no contrato administrativo, ou seja, é oneroso. Sinalagmático é a reciprocidade de obrigações entre as partes dispostas no contrato. Personalíssimo, de igual teor, da característica de natureza *intuitu personae* apresentada anteriormente. Formal, se refere a forma do contrato administrativo, disposta na legislação vigente, a qual se torna indispensável para a regularidade contratual.

4. Modalidades dos contratos administrativos

As modalidades dos contratos administrativos subdividem-se em cinco tipos específicos: contrato de obra pública (por empreitada ou por tarefa); contrato de serviço; contrato de fornecimento; contrato de gestão; e contrato de concessão.

O contrato de obra pública refere-se ao contrato administrativo de construção, reforma ou ampliação de determinada obra pública. Esta modalidade contratual só pode ser pactuada com profissionais ou empresas de engenharia registradas no CREA (Conselho Regional de Engenharia e Agronomia). Nesta modalidade é possível dois tipos de contrato, por empreitada (execução de determinada obra, total ou parcial) ou por tarefa (através de medições das tarefas executadas).

Em relação ao contrato de serviço, se dá através do contrato celebrado pela Administração com determinado particular para o fornecimento de serviços, p.ex., transporte, montagem, instalação, entre outros.

No que tange o contrato de fornecimento, este se dá através do contrato entre a Administração e contratado particular, com intuito de aquisição (compra) de bens, p.ex., contrato de fornecimento de materiais de escritório.

O contrato de gestão, este refere-se ao contrato celebrado pela Administração Pública para com uma entidade ou órgão da Administração Direta, Indireta e/ou Organizações não governamentais.

No que se refere ao contrato de concessão, atualmente as concessões de serviços públicos são regidas pela Lei nº 8.987/95, trata-se de contrato administrativo pelo qual o Estado transfere, através do poder concedente, a uma pessoa jurídica privada, denominada concessionária, a prestação de serviço público mediante tarifa paga diretamente pelo usuário.

5. Cláusulas exorbitantes

Conforme visto, os contratos administrativos se caracterizam por conter cláusulas exorbitantes que na definição de Alexandre Mazza são cláusulas que: “[...]conferem ao Poder Público, e dentro de certos limites, os termos do contrato”.^[10]

Estas cláusulas por sua vez estão dispostas na Lei nº 8.666/93. O artigo 56, § 1º da referida lei, dispõe quanto a faculdade de exigência de garantia, como visto, esta poderá se dar na forma de caução em dinheiro ou títulos da dívida pública, seguro garantia, e fiança bancária.

Por certo o artigo 58, II em combinação com 78, I a XII e 79, I trata da rescisão unilateral a qual ocorrerá nos casos de inadimplemento com culpa (quando não há o cumprimento de cláusulas contratuais ou o cumprimento irregular destas, p.ex., paralisação, atraso injustificado, cometimento reiterado de faltas, descumprimento do art. 7º, XXXIII, CF/88, entre outros); inadimplemento sem culpa (caracteriza-se por abranger situações de desaparecimento do sujeito, insolvência do sujeito, ou comprometimento da execução do contrato); razões de interesse público; caso fortuito ou de força maior. Vale ressaltar que nas duas primeiras hipóteses (inadimplemento com e sem culpa), a Administração Pública nada deverá ao contratado, restando a este responder por seus atos, se culposos, caberá ressarcimento de prejuízos, sanções administrativas, perda da garantia e assunção do objeto do contrato pela Administração.

A alteração unilateral prevista no artigo 65, § 1º, referente a extensão do objeto do contrato, permite à Administração Pública aumento ou diminuição de até 25% (vinte e cinco por cento) do objeto contratado no caso de obras, serviços ou compras. No caso de reforma de edifícios e equipamentos esse percentual será de 50% (cinquenta por cento), por sua vez o § 2º, II, esclarece as limitações, conforme segue:

§ 2º Nenhum acréscimo ou supressão poderá exceder os limites estabelecidos no parágrafo anterior, salvo:

II – as supressões resultantes de acordo celebrado entre os contratantes.

Por seu turno, disposto no artigo 78, XV, temos a continuidade na prestação que obriga o contratado a continuar a execução do contrato pelo período de 90 (noventa) dias, mesmo que interrompido o pagamento pela Administração Pública.

O artigo 87, por sua vez, prevê sanções administrativas, ou seja, a aplicação por parte da Administração Pública de punições ao contratado. Tais sanções poderão ocorrer na forma de advertência, multa, suspensão da participação em licitações e declaração de inidoneidade. Vale ressaltar, conforme previsto no § 2º deste artigo, a punição com multa será aplicada se cumulada com alguma outra sanção.

Alexandre Mazza nos atenta ao seguinte fato: “*sendo desdobramentos dos supra princípios da supremacia do interesse público sobre o privado, as cláusulas exorbitantes valem nos contratos administrativos, ainda que não escritas*”.[\[11\]](#)

Por fim, o artigo 67 prevê a fiscalização da execução do contrato por agente da Administração, especialmente designado para este fim. Todavia, permite-se a contratação de terceiros a fim de assisti-lo ou subsidiá-lo de informações inerentes a sua atribuição. O fiscal deverá anotar, as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, em livro próprio e devendo, também, determinar à regularização dos defeitos ou falta constatados. Vale ressaltar que, de acordo com o art. 68, o contratado deverá manter preposto, aceito pela Administração, no local do serviço ou obra, a fim de representa-lo. O contratado tem, por obrigação, corrigir, reparar, reconstruir ou substituir, remover, no todo ou em parte o objeto contratado em que se verifiquem vícios, incorreções ou defeitos provenientes da execução ou de materiais utilizados. Casos de desatendimento das determinações do fiscal, ou seus superiores, da Administração por parte do contratado é motivo para rescisão unilateral, conforme art. 78, VII, Lei nº 8.666/93.

6. Garantia do equilíbrio financeiro

Os contratos administrativos envolvem diversos riscos ao contratado, visto que, existem circunstâncias, além das cláusulas

exorbitantes, que podem vir a tornar o contrato mais oneroso, sendo assim o equilíbrio financeiro do contrato se torna essencial a fim de manter a lucratividade do contratado diante dos seguintes eventos: álea administrativa ou fato administrativo; fato do príncipe; e álea extraordinária.

Álea administrativa ou fato administrativo ocorre com o aumento do objeto contratual, o qual é decorrente do poder de alteração unilateral do contrato administrativo. O fato do príncipe refere-se a circunstâncias causadas pelo Estado, as quais acabam por tornar o contrato mais oneroso ao contrato, p.ex., aumento de impostos. No que se refere a álea extraordinária, diz respeito a fatos que ocorrem de maneira excepcional, sem qualquer interferência do Estado, p.ex., geada em plantações.

7. Forma contratual

De acordo com o exposto, vimos que os contratos administrativos devem respeitar determinada formalidade disposta na legislação, todavia, o artigo 60, parágrafo único da Lei nº 8.666/93 dispõe que:

Art. 60. Os contratos e seus aditamentos serão lavrados nas repartições interessadas, as quais manterão arquivo cronológico dos seus autógrafos e registro sistemático do seu extrato, salvo os relativos a direitos reais sobre imóveis, que se formalizam por instrumento lavrado em cartório de notas, de tudo juntando-se cópia no processo que lhe deu origem.

Parágrafo único. É nulo e de nenhum efeito o contrato verbal com a Administração, salvo o de pequenas compras de pronto pagamento, assim entendidas aquelas de valor não superior a 5% (cinco por cento) do limite estabelecido no art. 23, inciso II, alínea a desta Lei, feitas em regime de aditamento.

Art. 23. II – para compras e serviços não referidos no inciso anterior:

a) convite – até R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais).

Desta feita, as compras ou serviços que não superem o valor de R\$ 4.000,00 (quatro mil reais), o contrato administrativo será aceito na forma verbal.

8. Rescisão do contrato administrativo.

A rescisão do contrato administrativo, como posto anteriormente, pode se dar através da falta de cumprimento, da contratada no que se refere as cláusulas contratuais, sendo a rescisão unilateral uma das cláusulas exorbitantes, sendo denominada, portanto, de rescisão administrativa.

Há, também, a rescisão amigável decorre de razões de conveniência da Administração com aquiescência do contratado e somente poderá ser aplicada se demonstrado não haver prejuízo ao interesse público (aplica-se o princípio da indisponibilidade do interesse público).

Por seu turno, a rescisão judicial, por fim, decorre de decisão do Poder Judiciário, em face de ação proposta por aquele que tiver interesse e direito à rescisão.

A rescisão do contrato administrativo vincula-se às hipóteses e meios tratados na legislação, exigindo-se, para sua formalização, a demonstração, em processo próprio, dos motivos fáticos e jurídicos que a ensejam, acompanhada da devida justificativa e motivação.

9. Considerações finais

Diante da propositura temática demonstramos que o contrato administrativo, em regra, é regido pelo Direito Público (Direito Administrativo), porém existem casos que cabem regimento a esfera do Direito Civil.

Em suma, o contrato administrativo tem como premissa o atendimento das necessidades do interesse público, sem se desviar dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência que regem a Administração Pública.

A partir do exposto apresentamos uma introdução conceitual sobre o contrato administrativo, fornecendo embasamento teórico ao leitor, com intuito de alicerçar estudos mais aprofundados sobre o tema.

Por fim, de extrema importância para um futuro estudo, far-se-á necessário o aprofundamento sobre a Lei de Licitações, bem como, a Lei de Acesso à informação.

10. Referências bibliográficas

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acessado em: 06/10/2017.

BANDEIRA DE MELLO, Osvaldo Aranha. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1979.

CARVALHO, Matheus. *Manual de Direito Administrativo*. 4ªed. Salvador: JusPODIUM. 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27ªed. São Paulo: Atlas. 2014.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 16ªed. São Paulo, RT: 2014.

MAZZA, Alexandre. *Direito Administrativo, Coleção OAB Nacional*. 3ªed. São Paulo: Saraiva. 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e Contrato Administrativo*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

NOTAS:

[1] Graduando em Direito Universidade Paulista UNIP

[2] BANDEIRA DE MELLO, Osvaldo Aranha. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1979.

[3] MAZZA, Alexandre. *Direito Administrativo, Coleção OAB Nacional*. 3ªed. São Paulo: Saraiva. 2011. p.142.

[4] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 32ªed. São Paulo: Malheiros. 2015. p. 632.

[5] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27ªed. São Paulo: Atlas. 2014, p. 265.

[6] JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 16ªed. São Paulo, RT: 2014, p. 922 e 923.

[7] MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e Contrato Administrativo*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, pp. 362 e ss.

[8] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 27ªed. São Paulo: Atlas. 2014, p. 273 e ss.

[9] CARVALHO, Matheus. *Manual de Direito Administrativo*. 4ªed. Salvador: JusPODIUM. 2017, p. 540 e ss.

[10] MAZZA, Alexandre. *Direito Administrativo, Coleção OAB Nacional*. 3ªed. São Paulo: Saraiva. 2011. p.142.

[11] MAZZA, Alexandre. *Direito Administrativo, Coleção OAB Nacional*. 3ªed. São Paulo: Saraiva. 2011. p.143.

A RELATIVIZAÇÃO DA VULNERABILIDADE NO CRIME DE ESTUPRO DO MENOR DE CATORZE ANOS

JORDANA PEREIRA LOPES GOULART:

Graduada em direito pela Universidade Federal de Goiás (UFG). Pós- graduanda em Direito do Trabalho e Processual do Trabalho. Procuradora do Estado do Mato Grosso do Sul.

RESUMO: O presente estudo visa examinar a natureza da vulnerabilidade do menor de catorze anos prevista no artigo 217-A do Código Penal, a fim de verificar se é admissível a produção de provas em sentido contrário ou se o critério etário, por si só, é suficiente para a caracterização da vulnerabilidade e, conseqüentemente, do crime de estupro de vulnerável. Para tanto, far-se-á uma pesquisa bibliográfica a partir de doutrinas, artigos, legislações e entendimentos jurisprudenciais, bem como uma análise comparada e crítica das decisões a respeito da possibilidade ou impossibilidade da relativização. A questão merece destaque, em razão da alteração legislativa provocada pela lei n. 12.015/2009, que extinguiu a figura da “presunção de violência”, cujo caráter – absoluto ou relativo – era bastante controvertido, e instituiu o delito em análise. A referida mudança não pôs fim à discussão doutrinária e jurisprudencial existente, passando-se a questionar a possibilidade de relativizar a presunção de vulnerabilidade do menor frente às especificidades do caso concreto. Ao adotar a vulnerabilidade como absoluta, colocam-se em xeque vários princípios constitucionais e princípios norteadores do Direito Penal. Portanto, a solução que melhor coaduna com o ordenamento jurídico brasileiro e atual desenvolvimento sociocultural é entender que a vulnerabilidade é sim passível de flexibilização.

PALAVRAS-CHAVE: Estupro, vulnerável, presunção, relativização.

ABSTRACT: This study aims to examine the nature of the younger thanfourteen-year-old children's vulnerability written in the article 217-A of the Penal Code, in order to verify whether the production of evidences to prove the contrary is admissible or the age criterion, by itself, is sufficient to characterize the vulnerability and, consequently, the crime of vulnerable's rape. To this end, a bibliographic search will be done in doctrines, articles, laws and jurisprudential understandings, as well as a comparative and critical analysis of decisions about the possibility or impossibility of relativization. The subject deserves attention because of the legislative change caused by the law n. 12.015/2009, that abolished the figure of the "violence's presumption", whose feature- absolute or relative- was very controversial, and instituted the crime in question. Such change did not put

an end to the doctrinal and jurisprudential debate, and it started the discussion about the possibility to relativize the minor's vulnerability presumption according to the particular case. By adopting the vulnerability as absolute, we put in check various constitutional principles and principles of criminal law. So the solution that best fit with the Brazilian legal system and current sociocultural development is to understand that vulnerability is susceptible to relativization.

KEY-WORDS: rape, vulnerable, presumption, relativization.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Do crime de estupro de vulnerável: 1.1 Conceito. 1.2 Sujeitos ativo e passivo. 1.3 Objeto material e bem juridicamente protegido. 1.4 Elemento subjetivo. 1.5 Erro de tipo e erro de proibição. 1.6 Ação penal e segredo de justiça. 2. Da vulnerabilidade: 2.1 Conceito de vulnerável. 2.2 A presunção de violência (art. 224) e a vulnerabilidade instituída pela lei n. 12.015/2009. 2.3 O caráter absoluto da vulnerabilidade e os princípios constitucionais. 2.4 Princípios da fragmentariedade, da intervenção mínima e da ofensividade. 2.5 Responsabilidade penal objetiva x princípio da culpabilidade. 2.6 O critério etário e o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). 2.7 O desenvolvimento social e o acesso às informações. 2.8 Da relativização da vulnerabilidade no caso concreto: 2.8.1 O consentimento da vítima e sua liberdade sexual. 2.8.2 A questão da prostituição. 2.8.3 Absolvição por atipicidade. 2.8.4 Jurisprudências dos Tribunais. Conclusão. Referências Bibliográficas

INTRODUÇÃO

A lei n. 12.015 de 07 de agosto de 2009 provocou alterações relevantes no Título VI do Código Penal que trata “Dos crimes contra a dignidade sexual”, antes intitulado “Dos crimes contra os costumes”, criando novos tipos penais incriminadores e unificando alguns já existentes, a fim de adequá-los ao desenvolvimento sociocultural brasileiro e solucionar divergências doutrinárias e jurisprudenciais decorrentes da exegese legislativa.

Dentre as modificações, têm-se a introdução do tipo penal “estupro de vulnerável” (artigo 217-A do Código Penal), resultante da combinação dos artigos 213 ou 214 (atentado violento ao pudor) com o artigo 224, todos da redação anterior do Código Penal. O extinto artigo 224 trazia a figura da “presunção de violência”, cuja natureza - se absoluta ou relativa - era bastante controversa, mormente no que tange aos menores de catorze anos.

Com o intuito de sanar a supramencionada divergência, o tipo penal autônomo do artigo 217-A substituiu o termo “presunção” pela “vulnerabilidade”. No entanto, apesar de o preceito primário do dispositivo legal em análise ser bastante enfático ao criminalizar a conduta de “Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos”, vários doutrinadores, dentre os quais se destacam Guilherme de Souza Nucci e Cezar Roberto Bittencourt, defendem a possibilidade de relativização da vulnerabilidade, ante as peculiaridades do caso concreto, como o grau de maturidade sexual da vítima.

Diante disso e da ressonância da posição doutrinária nos Tribunais Superiores surge a problemática acerca do caráter absoluto ou relativo da vulnerabilidade - especialmente no tocante às vítimas menores de catorze anos - e sua relação com os princípios constitucionais, notadamente o do contraditório, da ampla defesa, e o confronto entre o princípio da culpabilidade e a responsabilização penal objetiva. Além disso, deve-se analisar a questão sob o enfoque dos princípios da intervenção mínima, da ofensividade e da fragmentariedade, para que o Direito Penal se constitua a *ultima ratio*.

Assim, este trabalho objetiva identificar o conceito de “vulnerabilidade” e averiguar, no caso concreto, se a idade da vítima (menor de 14 anos) é o bastante para afirmar a sua fragilidade, situação que busca o legislador proteger, consoante o próprio *nomen juris*. Além disso, demonstrar-se-á a ausência de tipicidade material de muitas condutas que se subsumem à descrição típica do artigo 217-A.

1. DO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL

1.1 Conceito

O tipo penal autônomo do artigo 217-A do Código Penal de 1940, denominado “Estupro de vulnerável”, foi introduzido no ordenamento jurídico pela Lei n. 12.015 de 07 de agosto de 2009 e resulta da combinação dos artigos 213 (estupro) ou 214 (atentado violento ao pudor) com o artigo 224, todos da redação anterior do Código Penal de 1940.

O preceito primário desse novo dispositivo criminaliza a conduta de: “Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze anos)”, cominando uma pena de reclusão de 8 (oito) a 15 (quinze) anos, superior àquela prevista para o crime de estupro, ante a especificidade das vítimas por ele mencionadas.

Na mesma pena incorre “quem pratica as ações descritas no *caput* com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência”, conforme dispõe o §1º do artigo 217-A, do *Codex Penal* de 1940.

Assim, verifica-se que as condutas previstas nos artigos 217-A e 213 são as mesmas, englobando tanto a conjunção carnal (cópula pênis-vagina) como a prática de outros atos libidinosos, antes descritos pelo crime de atentado violento ao pudor.

De acordo com Luiz Regis Prado (2014, p. 1047):

Ato libidinoso, também elemento normativo extrajurídico, é toda conduta perpetrada pelo sujeito ativo que se consubstancia numa manifestação de sua concupiscência. Como exemplo de atos libidinosos podem ser citados: *fellatio* ou *irrumatio* *in ore*, *cunnilingus*, *pennilingus*, *annilingus* (casos de sexo oral ou lingual); coito anal, penetração *interfemora*; masturbação; toques e apalpadelas no corpo ou membros inferiores da vítima; contemplação lasciva; contatos voluptuosos, uso de instrumentos mecânicos ou artificiais, entre outros.

No entanto, a nova norma penal incriminadora proíbe o relacionamento sexual com aqueles que se encontram em situação de vulnerabilidade, ou seja, o menor de 14 (catorze) anos ou o incapaz de consentir validamente para a prática sexual por enfermidade ou deficiência mental, eliminando a presunção de violência contida no revogado artigo 224 do Código Penal de 1940.

Além disso, diferentemente do crime de estupro, que exige para a sua configuração o constrangimento, não é necessário para a caracterização do delito tipificado no artigo 217-A o emprego de violência ou grave ameaça. Nesse sentido, oportuno transcrever a lição de Rogério Greco (2012, p.533):

O núcleo *ter*, previsto pelo mencionado tipo penal, ao contrário do verbo *constranger*, não exige que a conduta seja cometida mediante violência ou grave ameaça. Basta, portanto, que

o agente tenha, efetivamente, *conjunção carnal*, que poderá até mesmo ser consentida pela vítima, ou que com ela pratique outro ato libidinoso. Na verdade, esses comportamentos previstos pelo tipo penal podem ou não terem sido levados a efeito mediante o emprego de violência ou grave ameaça, característicos do constrangimento ilegal, ou praticados com o consentimento da vítima (...)

Impende esclarecer que o crime de estupro de vulnerável não se trata, portanto, de uma espécie do crime de estupro, já que ausente o elemento “constranger” naquele tipo penal, e como cediço “ um crime só é espécie de outro, quando contiver todos os mesmos elementos do outro e mais um ou alguns, ditos especializantes” (TELES, S/D).

Os §§3º, 4º do dispositivo legal em tela preveem as modalidades de estupro de vulnerável qualificadas pelo resultado lesão corporal de natureza grave (pena de reclusão de 10 a 20 anos) e morte (pena de reclusão de 12 a 30 anos), respectivamente. Tais resultados devem decorrer da conduta utilizada para a prática do estupro.

Parcela da doutrina entende que as referidas qualificadoras só são aplicáveis a título de culpa, ou seja, quando a lesão corporal grave ou a morte da vítima não foram queridas e nem o risco de sua produção assumido pelo agente, tratando-se de crimes preterdolosos (dolo no antecedente e culpa no consequente).

Entretanto, como bem assevera Cezar Roberto Bitencourt (2012, p.102-103), apesar de ser um posicionamento minoritário, essas qualificadoras devem incidir mesmo que o resultado agravador seja produto de dolo, em virtude do princípio da razoabilidade. Isso porque se fosse aplicado o concurso material ou formal impróprio de crimes na hipótese de dolo, a pena resultante poderia ser inferior àquelas das figuras qualificadas. Assim, punir-se-ia a culpa de forma mais severa que o dolo.

Registra-se, outrossim, que a Lei n. 12.015/2009 pôs fim à discussão doutrinária e jurisprudencial acerca do caráter hediondo do estupro de vulnerável, sem violência ou grave ameaça, incluindo-o, expressamente, no rol do artigo 1º da Lei n.8.072/1990. [\[1\]](#)

1.2 Sujeitos ativo e passivo

Qualquer pessoa pode figurar como sujeito ativo do crime de estupro de vulnerável, seja ela homem ou mulher, podendo, inclusive, ser praticado contra vítima do mesmo sexo.

Porém, segundo Mirabete (2010, p. 409), apesar de ambos os gêneros poderem ser autores do estupro há de se ter a oposição de gêneros para que se configure o primeiro núcleo (verbo) do tipo penal, qual seja a conjunção carnal; já a prática de qualquer outro ato libidinoso independe de oposição de sexos, podendo ser o sujeito ativo e o passivo do mesmo gênero.

É importante ressaltar a possibilidade de haver concurso de agentes no delito em análise, tratando-se, portanto, de concurso eventual e não, necessário, uma vez que o tipo penal em testilha não faz referência a um determinado número de pessoas como condição para sua execução.

Ademais, incidirá a causa de aumento de pena prevista no artigo 226, inciso II, do Código Penal de 1940 quando o agente é ascendente, padrasto ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tem autoridade sobre ela, em razão da maior reprovabilidade da conduta, já que essas pessoas possuem um dever de cuidado, proteção ou vigilância em relação à vítima.

Quanto ao sujeito passivo, este “deve ser pessoa vulnerável (menor de 14 anos, enfermo ou deficiente mental, sem discernimento para a prática do ato, ou pessoa com incapacidade de resistência)” (NUCCI, 2009, p. 36).

Verifica-se que um dos critérios utilizados pelo legislador para identificar a vulnerabilidade do ofendido é a sua idade, que consiste em um dado meramente objetivo, cronológico, motivo pelo qual será objeto de uma análise mais aprofundada no decorrer deste trabalho.

O outro critério é a ausência de discernimento para o ato sexual por enfermidade ou deficiência mental (artigo 217-A, §1º, do Código Penal de 1940). Neste caso, para se constatar a situação de vulnerabilidade é necessária a presença tanto do aspecto biológico como do psicológico, devendo ser feito um estudo casuístico, a fim de avaliar o grau de influência da enfermidade ou deficiência na capacidade de consentimento do sujeito passivo para atos desta natureza.

Por fim, quando a vítima não puder, por qualquer outra causa, oferecer resistência, também restará configurado o tipo penal em questão,

o que também demanda um exame caso a caso. Exemplificando as situações de impossibilidade de resistência têm-se os casos de embriaguez letárgica, tetraplegia, hipnose e quando houver deficiência do potencial motor, conforme aduz o autor Odon Ramos Maranhão (2005, p.209).

1.3 Objeto material e bem juridicamente protegido

Entende-se por objeto material de um crime o “objeto corpóreo (coisa ou pessoa), incluído na definição do delito, sobre o qual recai a ação punível” (FRAGOSO, 1977, p. 1). No delito em estudo, o objeto material coincide com o sujeito passivo, e é o vulnerável, isto é, a criança ou o adolescente menor de 14 (catorze) anos, bem como aqueles que, por enfermidade ou deficiência mental, não têm o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não podem oferecer resistência.

Em relação ao conceito de “bem jurídico” assiste razão a Roxin (*apud* GRECO e RASSI, 2011, p. 69) ao afirmar que este é prévio à lei penal, e serve para o legislador como um critério político-criminal pelo qual escolherá as condutas que serão punidas, sendo a Constituição Federal seu limite. Portanto, a tutela penal recai apenas sobre bens úteis ao livre desenvolvimento do ser humano, protegendo sua dignidade, que é fundamento do Estado Democrático de Direito.

Os bens juridicamente protegidos no crime *sub examensão*: a dignidade e liberdade sexual, além do desenvolvimento sexual do vulnerável.

A liberdade, um dos bens jurídicos mais importantes da sociedade, é frequentemente utilizada como meio para afrontar outros bens jurídicos, como se verifica em alguns crimes contra o patrimônio (roubo – artigo 157; extorsão mediante sequestro – artigo 159), contra a administração da justiça (exercício arbitrário das próprias razões - artigo 345), e contra a dignidade sexual (estupro – artigo 213; estupro de vulnerável – artigo 217- A) (BITENCOURT, 2012, p. 40).

Nos crimes sexuais a liberdade individual desempenha um papel secundário, visto que, ao seu lado, lesam-se outros bens jurídicos que, no contexto, possuem um papel mais importante na ordem sociojurídica.

Assim, destaca Muñoz Conde (*apud* BITENCOURT, 2012, p.40-41) que:

(...) a *liberdade sexual*, entendida como aquela parte da liberdade referida ao exercício da própria sexualidade e, de certo modo, a disposição do próprio corpo, aparece como um bem jurídico merecedor de uma proteção penal específica, não sendo suficiente para abranger toda sua dimensão a proteção genérica concedida à liberdade geral.

Nucci (2009, p. 36) aponta que o objeto jurídico é a liberdade sexual e, por sua vez, Rogério Sanches (2012, p. 419) aduz ser a dignidade sexual do vulnerável.

Enquanto o doutrinador Luiz Regis Prado (2014, p.1046) assevera que “A tutela penal, no caso em epígrafe, visa preservar a liberdade sexual em sentido amplo, especialmente a indenidade ou intangibilidade sexual das pessoas vulneráveis (...)”.

No concernente à proteção do desenvolvimento da formação sexual do menor, sustenta-se que o bem jurídico não tem o objetivo de interiorização, pela juventude, de certos valores morais da conduta sexual, mas sim protegê-los de certos estímulos, até que eles sejam capazes de decidir por si próprios acerca de sua sexualidade (NATSCHERADETZ, 1985, p. 153).

Para Greco (2012, p.539):

A lei, portanto, tutela o direito de liberdade que qualquer pessoa tem de dispor sobre o próprio corpo no que diz respeito aos atos sexuais. O estupro de vulnerável, atingindo a liberdade sexual, agride, simultaneamente, a dignidade do ser humano, presumivelmente incapaz de consentir para o ato, como também seu desenvolvimento sexual.

Em contrapartida, Bitencourt (2012, p. 95) ensina que:

(...) Na realidade, na hipótese de *crime sexual contra vulnerável*, não se pode falar em *liberdade sexual* como bem jurídico protegido, pois se reconhece que não há a plena disponibilidade do exercício dessa liberdade, que é exatamente o que caracteriza

sua *vulnerabilidade*. Na verdade, a criminalização da conduta descrita no art. 217-A procura proteger a evolução e o desenvolvimento normal da personalidade do menor, para que, na sua fase adulta, possa decidir livremente, e sem traumas psicológicos, seu comportamento sexual.

Nesse passo, a liberdade sexual consiste no direito de cada indivíduo de autodeterminar-se no âmbito das relações sexuais de acordo com seus anseios, podendo escolher livremente com quem, como e quando praticá-las, sem se ver tolhido pela ação de outra pessoa.

Considerando que a vulnerabilidade do menor de 14 (catorze) anos deve ser averiguada *in casu*, sendo, portanto, passível de relativização, a liberdade sexual não deixa de ser um dos bens tutelados por esse tipo penal.

No entanto, ao entender que se trata de uma vulnerabilidade absoluta, a norma incriminadora do artigo 217-A do Diploma Repressivo atua muito mais restringindo a liberdade sexual do menor do que tutelando-a.

1.4 Elemento subjetivo

Conforme preleciona Nucci (2009, p.36): “O elemento subjetivo é o dolo, não se punindo a forma culposa. Cremos existente o elemento subjetivo específico, consistente na busca da satisfação da lascívia.”.

Assim, para configurar o crime em questão é necessário que o sujeito ativo tenha consciência atual de todos os elementos do tipo, isso quer dizer que o agente deverá agir com pleno conhecimento de sua conduta, que consiste na prática de conjunção carnal ou outro ato libidinoso; além de saber que realiza o ato sexual com menor de 14 (catorze) anos ou com alguém que, em virtude de sua deficiência mental, não tem o discernimento necessário para tanto, ou que, por outra causa, não possa oferecer resistência; sob pena de incidência do chamado erro de tipo, que exclui a tipicidade do fato.

O dolo pode ser direto, quando o autor tem ciência da menoridade da vítima; ou eventual, no qual ele, embora não tenha certeza da idade do sujeito passivo, cujas características físicas evidenciam sua tenra idade, assume o risco de sua conduta.

Exige-se, ainda, o elemento volitivo, que é a intenção de satisfazer a própria libido. Porém essa questão é bastante polêmica, haja vista que não restaria configurado o delito de estupro de vulnerável quando a intenção do agente fosse, por exemplo, divulgar imagens da vítima praticando atos sexuais, já que não visava satisfazer sua libido.

Nesse sentido, segue o magistério de Bitencourt (2012, p. 101):

(...) a *vontade* deve abranger, igualmente, a *ação* (prática de conjunção carnal ou outro ato libidinoso), o *resultado* (execução efetiva da ação proibida), os *meios* (de forma livre ou algum *meio* que impeça ou dificulte a livre manifestação de vontade da vítima) e o *nexo causal* (relação de causa de efeito). Por isso, quando o processo *intelectual-volitivo* não atinge um dos componentes da ação descrita na lei, o dolo não se aperfeiçoa, isto é, não se realiza. Na realidade, o *dolo* somente se completa com a *presença simultânea* da *consciência* e da *vontade* de todos os elementos constitutivos do tipo penal. Com efeito, quando o processo *intelectual-volitivo* não abrange qualquer dos requisitos da ação descrita na lei, não se pode falar em dolo, configurando-se o *erro de tipo*, e sem dolo não há crime, ante a ausência de previsão da modalidade culposa.

O referido autor concluiu que o delito de estupro de vulnerável enquadra-se na tipologia que Welzel (*apud* BITENCOURT, 2012, p.101) denominava “crimes de tendência”, nos quais:

(...) a ação encontra-se envolvida por determinado ânimo cuja ausência impossibilita a sua concepção. Em tais crimes não é a vontade do autor que determina o caráter lesivo do acontecer externo, mas outros extratos específicos, inclusive inconscientes (...)

Portanto, ainda que haja dolo por parte do agente, é necessário um elemento subjetivo especial, que é o especial fim de agir, para completar-se o tipo subjetivo desse injusto penal.

1.5 Erro de tipo e erro de proibição

De acordo com a lição de Rogério Greco (2010, p.286):

Entende-se por erro de tipo aquele que recai sobre as elementares, circunstâncias ou qualquer dado que se agregue a determinada figura típica, ou ainda aquele, segundo Damásio, incidente sobre os 'pressupostos de fato de uma causa de justificação ou dados secundários da norma penal incriminadora'.

O erro de tipo está previsto no artigo 20 do Código Penal de 1940 com suas sucessivas alterações e exclui o dolo, afastando-se, por conseguinte, a tipicidade penal da conduta. Ele ocorrerá, por exemplo, na hipótese em que o agente desconhecia ser a vítima menor de 14 (catorze) anos, uma vez que esta apresentava atribuições físicas bem desenvolvidas que não condizem com sua real idade.

De igual modo, se o sujeito ativo ignorar o fato de que a vítima, em razão de enfermidade ou deficiência mental, não possuía o necessário discernimento para a prática de atos de natureza sexual, incorrerá no supramencionado erro, por se tratar de uma elementar do tipo penal insculpido no artigo 217-A do Código Penal de 1940 com suas sucessivas alterações.

Quanto ao erro de proibição, este está disposto no artigo 21 desse mesmo diploma legale recai sobre a antijuridicidade do ato, podendo eliminar a culpabilidade. Segundo Luiz Flávio Gomes (2012):

Pode-se conceituar o erro de proibição como o erro do agente que recai sobre a ilicitude do fato. O agente pensa que é lícito o que, na verdade, é ilícito. Geralmente aquele que atua em erro de proibição ignora a lei. Há o desconhecimento da ilicitude da conduta.

Ocorrerá o erro de proibição quando alguém pratica relações sexuais com deficiente mental, desconhecendo o fato de que essa conduta caracteriza uma infração penal. Sobre este aspecto, Nucci (2009, p. 39) menciona que:

(...) deve-se supor o conhecimento do ilícito em relação à vedação de relacionamento sexual com menores de 14 anos. Aliás, nesse ponto, as medidas de divulgação contra a pedofilia têm servido de alerta. Porém, o relacionamento sexual consentido com enfermo ou deficiente mental, incluindo-se nesse cenário o retardado, desde que consentido, entre adultos, é ponto

problemático. Nem todo mundo tem exata noção da vedação posta em lei.

Dessa forma, o renomado doutrinador alerta que, de acordo com o caso concreto, é perfeitamente escusável o eventual erro de proibição, que acarretará no afastamento da culpabilidade (artigo 21 do Código Penal de 1940), devendo ser analisado o tipo de enfermidade ou deficiência mental e o seu impacto na validade do consentimento da vítima no âmbito sexual.

Em sua obra, Rogério Greco (2012, p. 546) afirma que não se pode aceitar o argumento de erro de proibição no caso de o agente manter relações sexuais com menor de 14 (catorze) anos que já se prostituía, tendo em vista que a mídia conscientiza constantemente a população acerca da pedofilia e da criminalização da prática de qualquer ato libidinoso com crianças e adolescentes menores de 14 (catorze) anos.

1.6 Ação penal e segredo de justiça

Antes da Lei n. 12.015/2009, os chamados crimes contra os costumes estavam submetidos, em regra, à ação penal privada (artigo 225, *caput*, do Código Penal de 1940^[2]), visando evitar o *streptus iudicci*, ou seja, o escândalo provocado pelo ajuizamento da ação penal e possíveis outros danos que poderiam ser causados à vítima, conforme assinala Tourinho Filho (apud PIERANGELI, 2005, p. 837):

Algumas infrações penais afetam tão profunda e assinaladamente a esfera íntima do cidadão que, em face do conflito de interesses entre a necessidade de reprimi-las e o respeito à incolumidade pessoal da vítima e de sua família, o Estado prefere deixar ao arbítrio do ofendido a apreciação dos interesses familiares, íntimos e sociais que podem estar em jogo.

Entretanto, grande parte da doutrina não concordava com o fato de o início da persecução penal em crimes de extrema gravidade, como o estupro e o atentado violento ao pudor, ficar nas mãos, exclusivamente, do particular, estando sujeita à perempção (artigo 60, inciso II, do Código de Processo Penal) e, por conseguinte, à extinção da punibilidade do querelado.

Nesses termos, Luiz Regis Prado (apud PIERANGELI, 2005, p. 837) salienta a contradição criada pelo legislador da época:

Criou-se, por outro lado, um grave paradoxo na legislação penal. Por um lado, têm-se crimes que são considerados hediondos, como no caso do estupro e do atentado violento ao pudor, merecedores de tratamento rigoroso do legislador, que não permite ao réu o benefício da

liberdade provisória nem, como regra, o direito de apelar em liberdade (art. 2º, inc. II e §2º, da Lei 8.072/1990). Por outro lado, permite este mesmo legislador que a ação penal fique não só ao alvedrio da vítima ou dos seus representantes legais, como também que esta disponha do conteúdo material do processo (lide), perdendo o acusado (art. 105 do CP) ou abandonando a causa, dando lugar à perempção (art. 60 do CPP).

Destarte, era nítido o interesse estatal na punição dos agentes delitivos, devendo o Ministério Público, como representante do Estado, ter o poder de deflagrar a ação penal nesses crimes, ainda mais diante das prerrogativas que lhe são conferidas, das quais o particular não dispõe.

Em razão disso, a Lei n.12.015/2009, atendendo aos clamores doutrinários, estabeleceu no caput do artigo 225 do Código Penal de 1940, que nos crimes contra a liberdade sexual e nos crimes sexuais contra vulnerável, dispostos, respectivamente, nos Capítulos I e II do Título VI, a ação penal será pública condicionada à representação. Assim, continuou-se respeitando a vontade do ofendido, já que a denúncia somente pode ser ofertada após a representação.

Todavia, o parágrafo único do supracitado dispositivo legal preceitua que sendo a vítima menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa vulnerável (na hipótese dos crimes previstos no Capítulo II do Título VI do Código Penal de 1940), proceder-se-á mediante ação penal pública incondicionada.

Verifica-se, portanto, um claro paradoxo, já que há duas previsões legais para os crimes descritos no Capítulo II (crimes sexuais contra vulnerável): segundo o caput do artigo 225, seriam de ação penal pública condicionada à representação, em contrapartida, seriam de ação pública incondicionada, de acordo com determinação de seu parágrafo único.

Visando solucionar tal contradição, Rogério Greco (2011, p. 679) assevera que:

Assim, temos de entender que como regra, as ações penais serão de iniciativa pública condicionada à representação quando disserem respeito ao capítulo I (dos crimes contra a liberdade sexual) (...). No que diz respeito ao capítulo II (dos crimes sexuais contra vulnerável) que prevê os delitos de estupro de vulnerável (art. 217-A) (...) a ação será sempre de iniciativa pública incondicionada (...).

Com esse entendimento corrobora Paulo Rangel (2009, p. 301):

Pensamos que o que se quis dizer (aqui o terreno é movediço: adivinhar o que o legislador quis dizer) no caput do art. 225, é que nos crimes definidos no capítulo I (apenas o capítulo I) a ação penal será pública condicionada à representação, e no parágrafo único do mesmo artigo, será pública incondicionada quando a vítima for pessoa menor de 18 anos ou pessoa vulnerável.

Noutro passo, Bitencourt (2012, p.140) reconhece que a norma constante do *caput* do artigo 225, que define a ação penal como pública condicionada, é duplamente mais vantajosa, tanto para a vítima, que tem a preponderância de seu interesse frente ao interesse público, como para o infrator, já que a *persecutio criminis* depende da iniciativa do ofendido.

Ademais, defende que:

(...) a despeito da correção do raciocínio de Rogério Greco, quando invoca os *princípios da proibição do excesso e da proteção deficiente*, acreditamos ser razoável sustentar que se trata – nos crimes contra vulnerável – de *ação penal pública condicionada*, que é a interpretação mais consentânea com um Estado Democrático de Direito. Reconhecemos, contudo, que a solução definitiva dessa *vexata quaestiosamente de lege ferenda* poderá ser encontrada (BITENCOURT, 2012, p. 141).

Imperioso salientar que, em que pese haja divergência doutrinária quanto ao assunto, prevalece na doutrina e jurisprudência que no crime de estupro de vulnerável a ação penal é pública incondicionada, nos termos do parágrafo único do artigo 225 do Código Penal de 1940, após a reforma legislativa.

Bitencourt (2012, p. 142-144) ataca veementemente a publicização da ação penal, sustentando que a nova política criminal prioriza o interesse estatal em prejuízo do interesse privado da vítima. Acrescenta que tal modificação não confere maior proteção às vítimas de violência sexual e representa uma violência tanto à liberdade sexual como ao seu exercício, haja vista que o Estado obriga a vítima a se submeter publicamente ao *strepitusfori*.

Nos casos de estupro qualificado pela lesão corporal de natureza grave e pelo resultado morte, aplica-se a súmula 608 do STF, que assim dispõe: “No crime de estupro, praticado mediante violência real, a ação penal é pública incondicionada”.

Isso porque tratar-se-á de um crime complexo, em que a natureza da ação penal segue a natureza da infração penal, conforme disciplina do aludido diploma legal.

Conforme o artigo 234-B do Código Penal de 1940, os processos relativos aos crimes contra a dignidade sexual (Título VI) correrão em segredo de justiça, a fim de preservar a imagem e intimidade da vítima e do acusado contra certos inconvenientes e sensacionalismos. “Apesar de o Código falar de *processo*, o sigilo deve atingir também o respectivo *inquérito policial*, porque, do contrário, semelhante previsão seria inútil.” (QUEIROZ, 2013, p. 516). Destaca-se que essa restrição de publicidade não alcança as partes e seus advogados.

2. DA VULNERABILIDADE

Far-se-á uma análise crítica da vulnerabilidade no crime em debate, identificando seu conceito no âmbito legal e jurídico, a fim de inquirir se, no caso concreto, a idade da vítima (menor de 14 anos) é o bastante para caracterizá-la como sujeito vulnerável.

Posteriormente, frente às mudanças inseridas pela Lei n. 12.015/2009, se discutirá a possibilidade de relativizar a supracitada vulnerabilidade diante de cada casuística, considerando o grau de maturidade sexual do ofendido, seu consentimento, o desenvolvimento sociocultural atual e a influência dos meios de comunicação.

Nesse passo, será demonstrado o confronto existente entre o caráter absoluto da vulnerabilidade, os princípios constitucionais - dignidade da pessoa humana, contraditório, ampla defesa, presunção de inocência - a responsabilidade penal objetiva e a intervenção mínima do Direito Penal.

Por fim, mediante a colação de jurisprudências pertinentes, apresentar-se-á o tratamento dado ao tema na prática forense.

2.1 Conceito de vulnerável

A definição do adjetivo “vulnerável” é imprescindível para a problemática central, eis que integra o próprio *nomen juris* do crime tipificado no artigo 217-A do Código Penal de 1940, após a Lei n. 12.015/2009.

Segundo o dicionário da língua portuguesa Houaiss, “vulnerável” é o que pode ser fisicamente ferido; sujeito a ser atacado, derrotado, prejudicado ou ofendido.

Para Andreucci (2010, p.134) “vulnerável” é:

(...) frágil, com poucas defesas, indicando a condição daquela pessoa que se encontra suscetível ou fragilizada numa determinada circunstância. Pode ainda indicar pessoas que por condições sociais, culturais, étnicas, políticas, econômicas, educacionais e de saúde têm as diferenças, estabelecidas entre elas e a sociedade envolvente, transformadas em desigualdade.

Na esfera constitucional, foi dado um tratamento diferenciado aos “vulneráveis”, assim entendidos as crianças e os adolescentes, visto que o artigo 227^[3] da Carta Magna de 1988 consagrou os princípios da proteção integral e da prioridade absoluta dada às crianças e adolescentes, dispondo acerca de seus direitos fundamentais.

Do mesmo modo, a Lei Federal n. 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA) preconizou a Doutrina da Proteção Integral, estabelecendo em seus artigos 3º e 4º^[4] o dever conjunto da família, da sociedade e do poder público na efetivação dos direitos das crianças e adolescentes.

Esse sistema especial de proteção decorre do fato de tais sujeitos estarem em peculiar condição de pessoas humanas em desenvolvimento, o que justifica sua vulnerabilidade, sendo que é na infância que ocorre todo o processo de formação do indivíduo, tanto no plano biológico, como no psicológico e moral (LEAL e LEAL, 2012).

Em outro diapasão, a Lei n. 12.015/2009 utilizou a palavra “vulnerabilidade” para referir-se às situações que a doutrina estrangeira denomina “abuso sexual”, ou seja, nos casos em que o consentimento da vítima não é considerado.

Conforme assevera Francisco Dirceu Barros (2010), o conceito de “vulnerável” deverá ser nos termos da lei, ou seja, bem objetivo, já que o Direito Penal não permite interpretação extensiva e nem o uso da analogia *in malam partem*.

Destaque-se que o legislador criou dois conceitos para “vulnerável”, aquele previsto no artigo 217-A do Diploma repressivo, isto é, o menor de 14 (catorze) anos; e toda pessoa que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato sexual ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência. E o “vulnerável” para os fins de configuração do delito de

favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável (artigo 218-B do Código Penal), que seria o menor de 18 (dezoito) anos; e alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, facilitá-la, impedir ou dificultar que a abandone.

Nessa mesma linha de raciocínio, corrobora o estudioso Cezar Roberto Bitencourt (2012, p. 96-97):

Na realidade, o legislador utiliza o conceito de *vulnerabilidade* para diversos enfoques, em condições distintas. Esses aspectos autorizam-nos a concluir *que há concepções distintas de vulnerabilidade*. Na ótica do legislador, devem existir duas espécies ou modalidades de vulnerabilidade, ou seja, uma *vulnerabilidade absoluta* e outra *relativa*; aquela refere-se ao menor de quatorze anos, configuradora da hipótese de *estupro de vulnerável* (art. 217-A); esta refere-se ao menor de dezoito anos, empregada ao contemplar a figura do *favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual* (art. 218-B). Aliás, os dois dispositivos legais usam a mesma fórmula para contemplar a *equiparação de vulnerabilidade*, nas respectivas menoridades (quatorze e dezoito anos), qual seja, 'ou a quem, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência' (...).

De fato o critério etário utilizado pelo legislador para caracterizar a vulnerabilidade é bastante objetivo e elucidativo. No entanto, partindo-se de uma interpretação teleológica da norma jurídica, constata-se que a finalidade do dispositivo em questão é tutelar a dignidade sexual do menor de catorze anos que não possui maturidade necessária e discernimento mínimo para a prática de atos sexuais.

Não seria plausível considerar que a lei visa proibir, sob ameaça de severa sanção penal, a prática de todo e qualquer ato libidinoso com todo menor de catorze anos, indistintamente, incluindo-se aí os jovens maiores de doze anos e menores de catorze que apresentam pleno desenvolvimento físico e psíquico, capazes de discernir sobre atos da sexualidade e aptos a exercê-los.

Isso porque os adolescentes com as referidas características que se relacionam afetivamente e praticam atos libidinosos com o consentimento de seus pais, não se encontram em situação de fragilidade

e incapacidade física ou mental, os quais são ínsitos ao conceito de “vulnerabilidade” exposto acima.

Sendo assim, é necessário interpretar o *caput* do artigo 217-A em harmonia com seu §1º e daí extrair o conceito de “vulnerável”. Logo, só é vulnerável, e por isso, alcançado pela proteção da norma, o menor de catorze anos que não tem discernimento ou não pode resistir, isto é, quem não pode ter vontade livre. Quem não sabe discernir, ou seja, quem não tem capacidade de entendimento, não pode escolher entre fazer ou não fazer. E quem, mesmo tendo capacidade de entendimento, não pode, por qualquer razão, resistir, não tem liberdade de agir. Por isso está na situação de vulnerabilidade (TELES, S/D).

Guilherme Souza Nucci (2009, p.35) conceitua o “vulnerável” como um sujeito passível de lesão, despido de proteção, que é incapaz de consentir validamente para o ato sexual.

Destarte, há que ser tido por “vulnerável” e, portanto, merecedor da tutela penal, no campo dos delitos contra a dignidade sexual, aquele que realmente se mostrar impossibilitado de externar o seu consentimento racional, seguro e pleno. Ora, um adolescente hoje já é dotado de capacidade intelectual para compreender a seriedade do ato sexual, podendo, por conseguinte, externar sua opinião e desejo ao se deparar com tal situação (ARAUJO e COELHO, 2012).

Consoante lição de DíezRipollés (*apud* PRADO, 2014, p.1047):

A vulnerabilidade, seja em razão da idade, seja em razão do estado ou condição da pessoa, diz respeito a sua capacidade de reagir a intervenções de terceiros quando no exercício de sua sexualidade. É dizer: o sujeito passivo é caracterizado como vulnerável quando é ou está mais suscetível à ação de quem pretende intervir em sua liberdade sexual, de modo a lesioná-la.

Desse modo, resta patente a polissemia do vocábulo “vulnerabilidade”, que pode ser tido como “capacidade de compreensão” – no caso do artigo 217-A, “caput” e §1º e artigo 218-B, última parte, todos do Código Penal – e, ainda, como “vícios do consentimento” – na hipótese do artigo 218-B, primeira parte (RASSI, 2011, p.71).

Quanto ao menor de catorze anos, elementar do delito do artigo 217-A, “vulnerável” seria aquele que não possui capacidade de compreensão, que é pressuposto do consentimento válido e eficaz.

Todavia, de acordo com os ensinamentos de João Daniel Rassi (2011, p. 75-76), a menoridade é um elemento normativo que não possui natureza absoluta quando se estiver diante de um menor entre 12 e 14 anos, caso em que sua vulnerabilidade será constatada no caso concreto, tendo em vista sua relativa capacidade. Assim, é possível encontrar uma aplicação razoável da capacidade de compreensão da vítima, a informar a situação de vulnerabilidade ou não desta, no caso concreto.

Frisa-se que não há dúvidas quanto à vulnerabilidade das crianças (menores de doze anos), que deve ser considerada absoluta na seara dos crimes contra elas perpetrados.

Importa destacar que o §1º do artigo 217-A prevê outras hipóteses que podem configurar a vulnerabilidade da vítima, vale dizer, enfermidade ou deficiência mental que exclua o necessário discernimento para a prática do ato, ou qualquer outra causa que a impeça de oferecer resistência. Infere-se, então, que tanto o critério biológico quanto o psicológico devem estar presentes para que se aplique o preceito legal em testilha.

Enfermidade mental compreende “toda doença ou moléstia que comprometa o funcionamento adequado do aparelho mental. Nessa conceituação devem ser considerados os casos de neuroses, psicopatias e demências mentais” (GOMES, *apud*GRECO, 2012, p.535).

Deficiência, por outro lado, significa “insuficiência, imperfeição, carência, fraqueza, debilidade. Por deficiência mental entende-se o atraso no desenvolvimento psíquico” (GOMES, *apud*GRECO, 2012, p.535).

Tais causas devem ser aferidas no caso concreto por perícia técnica, a qual irá verificar a ausência do necessário discernimento para a prática do ato libidinoso, haja vista que o objetivo do legislador não é tolher a liberdade sexual e o direito à sexualidade das pessoas acometidas das aludidas enfermidades ou deficiências.

Diante disso, conclui-se que essa condição de vulnerabilidade emerge da incapacidade de compreensão por parte da vítima, que se encontra privada de sua razão ou sentido de forma permanente, temporária ou mesmo acidental (DONNA, *apud*PRADO, 2014, p. 1048).

2.2 A presunção de violência (art. 224) e a vulnerabilidade instituída pela lei n. 12.015/2009

Como já fora pontuado acima, após o advento da Lei n. 12.015/2009, a figura da “presunção de violência” ou “violência ficta ou induzida” estabelecida no revogado artigo 224 do Código Penal de 1940

cedeu lugar à “vulnerabilidade” insculpida no novel artigo 217-A do Código Penal.

A antiga “violência presumida” consistia em uma ficção legal, por meio da qual se atribuía ao agente uma conduta violenta que na realidade fática não existiu.

Conforme relembra SILVA (2006, p. 223-224):

No plano do direito penal internacional, o primeiro a estabelecê-la foi Carpzovio, que formulou o princípio *quivelle non potuit, ergo noluit* – quem não pode querer, conseqüentemente dissente (...) Embora a teoria tivesse encontrado seguidores, foi asperamente criticada pela incoerência que apresentava: um desses críticos foi Hommel, que demonstrou que o incapaz de querer é também incapaz de *não querer*, não havendo, logicamente, o porquê de se presumir o dissenso. Distinguiu também, o mestre alemão, o perigo de se argumentar com critérios de índole do direito civil em matéria criminal – o que, nota Fragoso, constitui uma ‘lição até hoje não suficientemente aprendida por certos penalistas’ (...).

Aplicava-se a supracitada presunção quando: a vítima não era maior de catorze anos; era alienada ou débil mental, e o agente tinha ciência desta circunstância; não podia oferecer, por qualquer motivo, resistência (artigo 224).

Segundo a Exposição de Motivos do Código Penal (n. 70), o fundamento da existência da ficção legal “no caso dos adolescentes, é a *innocentia consillido* sujeito passivo, ou seja, a sua completa insciência em relação aos fatos sexuais, de modo que não se pode dar valor algum ao seu *consentimento*”.

Nesses termos, o consentimento do menor, como manifestação de sua vontade, poderia até existir no plano objetivo, porém não teria nenhuma validade jurídica, presumindo-se, assim, a existência de violência.

Magalhães Noronha (*apud* PIERANGELI, 2005, p. 832-833) insurgiu-se contra a fixação de uma idade como limite de validade de

consentimento, sustentando que o amadurecimento fisiológico de uma pessoa não segue padrões fixos, variando de indivíduo para indivíduo, consoante os fatores étnicos, mesológicos, etc.

A ausência de consentimento válido também serviu de fundamento para estender a presunção ao alienado ou débil mental, e em relação a eles não havia dúvida na doutrina sobre a relatividade da presunção (GOMES, 2001, p. 17).

Sobre o tema surgiram três teorias: absoluta, relativa e a posição constitucional^[5]. Para os adeptos da corrente absoluta, a presunção de violência era *juris et de jure*, não aceitando prova em sentido contrário. Tal teoria retrata um nítido positivismo legalista. Eram seus defensores: Andreucci^[6], Bento de Faria e Eneida Taquary^[7]. Vale lembrar que esses doutrinadores apenas consideraram como absoluta a presunção atinente à menoridade da vítima, não fazendo menção explícita às demais hipóteses elencadas no artigo 224.

Na literatura jurídico-penal brasileira predominou a teoria relativa da presunção de violência, segundo a qual a presunção possuía natureza *juris tantum*, isto é, admitia prova em contrário, afastando, desse modo, a incidência da responsabilidade penal objetiva. Diferentemente da corrente absoluta, as ideias dessa teoria, de um modo geral, estendiam essa sua compreensão para todas as hipóteses contempladas no artigo 224, abarcando, assim, desde a *menoridade da vítima, alienação ou debilidade*, até as hipóteses de outra *causa que impossibilite a resistência* da pessoa ofendida (SILVA, 2006, p. 229).

Quanto à menoridade da vítima, a teoria relativa entendia ser admissível, a fim de afastar a presunção de violência e descaracterizar o delito, o agente provar que incorreu em erro, seja qual for sua motivação, como a aparência da pessoa por seu porte físico (NORONHA, 1954, p. 318), uma certidão de nascimento falsa exibida ao agente (JESUS, 2002, p. 141), “o fato de ser a vítima uma prostituta de porta aberta” (HUNGRIA, 1956, p. 240), ou mesmo se a pessoa já se mostra experiente em matéria sexual (MIRABETE, 2003, p. 450).

A jurisprudência acolhia quase que pacificamente a supracitada teoria, sendo paradigmático o voto proferido com tamanha exatidão pelo ministro do Supremo Tribunal Federal, Marco Aurélio de Mello, em sede do Habeas Corpus n. 73.662/MG, conforme transcrito abaixo:

(...) Nos nossos dias não há crianças, mas moças de doze anos. Precocemente amadurecidas, a maioria delas já conta com

discernimento bastante para reagir ante eventuais adversidades, ainda que não possuam escala de valores definida a ponto de vislumbrarem toda a sorte de consequências que lhes pode advir. (...) De qualquer forma, o núcleo do tipo é o constrangimento e à medida em que a **vítima deixou patentado haver mantido relações sexuais espontaneamente**, não se tem, mesmo a mercê da potencialização da idade, como concluir, na espécie, pela caracterização. **A presunção não é absoluta, cedendo as peculiaridades do caso como são as já apontadas, ou seja, o fato de a vítima aparentar mais idade, levar vida dissoluta, saindo altas horas da noite e mantendo relações sexuais com outros rapazes, como reconhecido no depoimento e era de conhecimento público. (grifou-se)**

Por fim, havia ainda aqueles que propugnavam pela inconstitucionalidade da presunção de violência, destacadamente Luiza Eluf (1999, p. 97) e Moura Teles (2004, p. 54):

(...) é evidente que essa norma é inconstitucional (...) se [a violência] não existiu não pode haver estupro. Nem a lei pode mandar que seja presumida, porque aí o sujeito é punido pelo que não fez, pelo que não aconteceu, por algo apenas imaginado pela norma.

Luiz Flávio Gomes (2001) também era partidário da teoria constitucional, tendo como base argumentativa o fato de que a presunção de violência ofendia vários princípios constitucionais, tais como: o princípio do fato, do *nullum crimen sine iniuria*, da culpabilidade e da inocência.

Com a lei n. 12.015/2009 o legislador visava solucionar as divergências apresentadas acima, criando um tipo penal autônomo (artigo 217-A - estupro de vulnerável) em substituição às hipóteses de presunção de violência constantes do revogado artigo 224 do Código Penal de 1940.

Em que pese o polêmico termo “presunção de violência” não estar, atualmente, positivado na legislação penal brasileira, ela figura implicitamente na nomenclatura “vulnerabilidade” criada pela lei ora em tela.

Isso porque as causas que antes caracterizavam a “presunção de violência”, hoje configuram a chamada “vulnerabilidade”, sendo que a

menoridade passou a ser uma elementar do crime de estupro de vulnerável, optando o legislador por manter a posição doutrinária de que o menor não tem liberdade, ou se tem, não tem consentimento para exercê-la em razão da idade (RASSI, 2011, p. 75).

Além disso, o §1º do artigo 217-A consagrou as demais hipóteses da antiga “violência ficta”, quais sejam, a incapacidade de resistência da vítima por enfermidade ou doença mental, que não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

Outrossim, essa presunção implícita da violência fica ainda mais evidente em razão de não ter o legislador, ao criar esse novo delito, utilizado a “violência ou grave ameaça” reais, presentes no crime de estupro (artigo 213), substituindo-as pela menoridade e figuras equiparadas.

Destarte, a mudança terminológica operada pela nova lei não se mostrou suficiente para alterar as peculiaridades da vida humana, bem como não foi capaz de por fim ao debate, discutindo-se agora sobre a natureza absoluta ou relativa da vulnerabilidade. Cezar Roberto Bitencourt (2012, p. 97) critica tal alteração:

De notar-se que o legislador, *dissimuladamente*, usa os mesmos enunciados que foram utilizados pelo legislador de 1940 para *presumir a violência sexual*. Constata-se que o legislador anterior foi *democraticamente transparente* (mesmo em período de ditadura), destacando expressamente as causas que levavam à *presunção de violência*; curiosamente, no entanto, quando nosso ordenamento jurídico deve redemocratizar-se sob os auspícios de um novo modelo de Estado Constitucional e Democrático de Direito, o legislador contemporâneo usa a mesma *presunção de violência*, porém, *disfarçadamente*, na ineficaz pretensão de ludibriar o intérprete e o aplicador da lei.

Nessa mesma linha, tem-se o brilhante entendimento de Guilherme de Souza Nucci (2009, p. 37):

A proteção conferida aos menores de 14 anos, considerados vulneráveis, continuará a despertar debate doutrinário e jurisprudencial. O nascimento de tipo penal inédito não tornará

sepulta a discussão acerca do caráter relativo ou absoluto da anterior presunção de violência. Agora, subsumida na figura da *vulnerabilidade*, pode-se tratar da mesma como sendo absoluta ou relativa. Pode-se considerar o menor, com 13 anos, absolutamente vulnerável, a ponto de seu consentimento para a prática sexual ser completamente inoperante, ainda que tenha experiência sexual comprovada? Ou será possível considerar relativa a vulnerabilidade em alguns casos especiais, avaliando-se o grau de conscientização do menor para a prática sexual? Essa é a posição que nos parece acertada. A lei não poderá, jamais, modificar a realidade e muito menos afastar a aplicação do princípio da intervenção mínima e seu correlato princípio da ofensividade. Se durante anos debateu-se, no Brasil, o caráter da presunção de violência – se relativo ou absoluto -, sem consenso, a bem da verdade, não será a criação de novo tipo penal o elemento extraordinário a fechar as portas para a vida real. O legislador brasileiro encontra-se travado na idade de 14 anos, no cenário dos atos sexuais, há décadas. É incapaz de acompanhar a evolução dos comportamentos na sociedade (...).

Não compartilha desse entendimento o doutrinador Delmanto (2010, p. 756):

Com a revogação do antigo art. 224 do CP, que previa para essa hipótese a chamada presunção de violência, objeto de inúmeras discussões (principalmente se ela era relativa ou absoluta), basta, agora, para a configuração desse grave crime que a vítima tenha menos de 14 anos e o agente saiba dessa circunstância. Observe-se que ao contrário do art. 213, neste art. 217-A não é necessário que haja constrangimento da vítima mediante violência ou grave ameaça, mesmo porque seu eventual consentimento, para fins penais, não é válido. A idade de 14 anos foi uma opção do legislador, a

nosso ver acertada, não sendo admitida relativização com fundamento no ECA que dispõe ser criança quem tiver até 12 anos em adolescente, de 12 até 18 anos.

Data máxima vênia ao posicionamento supratranscrito, é forçoso concluir que a presunção de vulnerabilidade presente no novo texto legal, a despeito da dissimulação do legislador, é relativa, recomendando avaliação casuisticamente (BITENCOURT, 2012, p. 98), conforme se demonstrará adiante.

2.3 O caráter absoluto da vulnerabilidade e os princípios constitucionais

Mesmo diante do atual desenvolvimento sociocultural brasileiro e da realidade circundante, que evidencia o contato cada vez mais precoce dos jovens com fatos de conteúdo sexual e um amadurecimento antecipado dos adolescentes para a sexualidade, muitos autores defendem que a vulnerabilidade do menor de catorze anos não é passível de relativização.

Nesse sentido, Greco (2012, p.533) argumenta que a determinação da idade foi uma eleição político-criminal feita pelo legislador. Acrescenta que o tipo penal não está presumindo nada, ou seja, está tão somente proibindo que alguém tenha conjunção carnal ou pratique outro ato libidinoso com menor de catorze anos, bem como com aqueles mencionados no § 1º do art. 217-A do Código Penal.

Assevera, ainda, que a lei penal determinou, de maneira absoluta e objetiva, que uma criança menor de catorze anos, independentemente de sua vida sexual desregrada, ainda não é desenvolvida o suficiente para decidir sobre os seus atos sexuais, eis que a sua personalidade ainda está em formação e seus conceitos e opiniões ainda não estão consolidados.

Rodrigo e João Leal (2012, p. 52-77) seguem essa mesma opinião, destacando que a ideia da legislação é a proteção integral do ser humano ainda criança, visando a preservar a sua integridade sexual de todas as formas, o que inviabiliza qualquer debate sobre relativização do consentimento para atos sexuais proferidos por vulneráveis.

Nada obstante tais posições doutrinárias é imperioso reconhecer que ao considerar como absoluta a vulnerabilidade trava-se um confronto direto com vários princípios constitucionais, notadamente: o da presunção

de inocência, do contraditório, da ampla defesa, da harmonia familiar e o da paternidade responsável.

Preliminarmente, é importante delinear um breve conceito de princípio constitucional. Na concepção de Luís Roberto Barroso (1999, p. 147-149):

Os princípios constitucionais são as normas eleitas pelo constituinte como fundamentos ou qualificações essenciais da ordem jurídica que institui. A atividade de interpretação da constituição deve começar pela identificação do princípio maior que rege o tema a ser apreciado, descendo do mais genérico ao mais específico, até chegar à formulação da regra concreta que vai reger a espécie [...] Em toda ordem jurídica existem valores superiores e diretrizes fundamentais que 'costuram' suas diferentes partes. Os princípios constitucionais consubstanciam as premissas básicas de uma dada ordem jurídica, irradiando-se por todo o sistema. Eles indicam o ponto de partida e os caminhos a serem percorridos.

Destaca-se também a lição de Celso Bastos (2000, p. 57):

Os princípios constituem idéias gerais e abstratas, que expressam em menor ou maior escala todas as normas que compõem a seara do direito. Poderíamos mesmo dizer que cada área do direito não é senão a concretização de certo número de princípios, que constituem o seu núcleo central. Eles possuem uma força que permeia todo o campo sob seu alcance. Daí por que todas as normas que compõem o direito constitucional devem ser estudadas, interpretadas, compreendidas à luz desses princípios. Quanto os princípios consagrados constitucionalmente, servem, a um só tempo, como objeto da interpretação constitucional e como diretriz para a atividade interpretativa, como guias a nortear a opção de interpretação.

Observa-se que os princípios constitucionais são o ápice do sistema jurídico, servindo de diretrizes para a elaboração das normas infraconstitucionais, que devem com eles guardar conformidade. Ademais, orientam o aplicador do direito na atividade interpretativa e integrativa da norma jurídica.

Desse modo, não pode o intérprete da lei entender como absoluta a vulnerabilidade, pois atenta contra o princípio constitucional da inocência ou não culpabilidade, disposto no artigo 5º, inciso LVII^[8], da Carta Magna, já que o contato sexual com menor de catorze anos configuraria, por si só, o delito tipificado no artigo 217-A do Código Penal, independentemente da experiência sexual do menor ou de suas condições individuais.

Tal fato implica em uma culpabilidade antecipada do acusado quando comprovada a autoria e não se tratar de erro de tipo inevitável. Insta ressaltar que quando atingido o critério objetivo de idade da vítima, o réu fica impossibilitado de provar sua inocência.

É pertinente transcrever os dizeres de Alexandre Bizzotto (2003, p. 248-250) no tocante ao aludido princípio:

(...) O sistema constitucional revolta-se com qualquer modalidade de presunção legal ou interferência exegética que possa levar a caminhos hipotéticos que auxiliem a formação de convicção jurisdicional condenatória. Exige-se um alicerce probatório marcante para se destruir a situação da não-culpabilidade. A prova é toda da acusação (*nulla accusatio sine probatione*). Ela é quem tem todo o encargo de modificar a situação constitucional (...) **Conclui-se que o vigor do princípio da não-culpabilidade faz com que o juiz, ao se deparar em dilema interpretativo, com mais de uma situação processual possível à defesa, seja no âmbito do tratamento ou da avaliação das provas, escolha aquela que mais se aproxima da não-culpabilidade.** (grifou-se)

Portanto, resta patente que entender a vulnerabilidade como absoluta cuida-se de uma interferência exegética que auxilia na formação da convicção condenatória do juiz, afastando-se do princípio da não

culpabilidade e criando uma situação não legitimada pelo Estado Democrático de Direito.

Também é evidente a violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa previstos no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, *in verbis*: “Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.”.

O princípio do contraditório é o meio ou instrumento técnico para a efetivação da ampla defesa, e consiste praticamente em poder contrariar a acusação; poder requerer a produção de provas que devem ser obrigatoriamente produzidas, se pertinentes; acompanhar sua produção e manifestar-se sempre e em todos os atos e termos processuais (GRECO FILHO, 1991, p. 65).

Por sua vez, o princípio da ampla defesa, de acordo com Edilson Mougenot Bonfim (2012, p. 83): “(...) consubstancia-se no direito das partes de oferecer argumentos em seu favor e de demonstrá-los, nos limites em que isso seja possível.”.

A natureza *juris et de jure* da vulnerabilidade elimina a possibilidade de produção probatória em contrário por parte do acusado no sentido de demonstrar que a realidade fática diverge daquela presumida pelo legislador, principalmente, quando se está diante do consentimento do menor que possui pleno discernimento para a prática de atos sexuais.

Assim, não há que se falar em defesa “ampla”, uma vez que o agente fica limitado às teses de negativa de autoria e erro de tipo. Registra-se que nada o impede de alegar em sua defesa a ausência de vulnerabilidade do ofendido, menor de catorze anos, com quem se relacionava amorosamente, por exemplo. Contudo, tais alegações não serão capazes de influenciar a formação da convicção do magistrado, cujo “livre convencimento motivado” foi tolhido por esse caráter absoluto.

Outro problema decorrente da vulnerabilidade absoluta é a ofensa aos princípios da paternidade responsável, garantido expressamente no artigo 226, §7º[9], da Magna Carta, e da harmonia familiar.

A paternidade responsável diz respeito à responsabilidade que deve ser observada desde a concepção até a manutenção da família, objetivando o planejamento familiar.

Assim, Barros (2010) exemplifica que um homem que engravida uma moça com 13 anos de idade hesitará em reconhecer a paternidade, haja vista que, se assim o fizer, correrá o risco de ser condenado pelo crime de estupro de vulnerável, cuja pena varia entre 8 (oito) e 15 (quinze) anos de reclusão, além da causa de aumento de pena decorrente da gravidez.

Quanto à harmonia familiar, o artigo 1520 do Código Civil de 2002 dispõe que: "Excepcionalmente, será permitido o casamento de quem ainda não alcançou a idade núbil (art. 1.517), para evitar imposição ou cumprimento de pena criminal ou em caso de gravidez."

É comum na sociedade moças de 13 (treze) anos de idade se relacionarem com rapazes de 18 (dezoito) anos, resultando em gravidez, desejada ou não. Muitos casais residem juntos e visam constituir uma família, no entanto, o Direito Penal figura como óbice a essa união, cominando uma grave reprimenda.

Nesses termos, Barros (2010) acrescenta que se o pai quiser reconhecer a paternidade e se casar com a jovem de 13 (treze) anos, deverá requerer a habilitação de casamento. Porém, o Promotor de Justiça, em contato com a referida habilitação e em atendimento ao princípio da obrigatoriedade da ação penal, terá que requerer a instauração de inquérito policial e futuramente terá que denunciar o autor da gravidez, para que ele possa ser condenado em uma pena mínima de 8 (oito) anos de reclusão.

Destaca-se que o casamento da vítima com o autor do crime não extingue a punibilidade, pois o inciso VII do Código Penal, que autorizava tal extinção, foi revogado pela Lei n. 11.106/2005. Nem é cabível a concessão do perdão do ofendido por parte do representante legal da vítima, já que a Lei n.12.015/2009 tornou o estupro de vulnerável crime de ação penal pública incondicionada.

Conclui-se, então, que o entendimento perfilhado por parte da doutrina e da jurisprudência de que a vulnerabilidade do menor não comporta prova em contrário (natureza absoluta) fere todos os princípios supracitados, não guardando harmonia com o texto constitucional.

2.4 Princípios da fragmentariedade, da intervenção mínima e da ofensividade

A natureza da vulnerabilidade discutida no presente trabalho deve ser analisada em consonância com os princípios da intervenção

mínima, da ofensividade e da fragmentariedade, sendo este corolário dos primeiros.

Desse modo, o princípio da intervenção mínima, também chamado da subsidiariedade ou da *ultima ratio*, constitui princípio limitador do *jus puniendi* estatal e é considerado um dos princípios constitucionais implícitos aplicados ao Direito Penal.

Segundo Luiz Regis Prado (2014, p. 115), este princípio decorre das ideias de necessidade e de utilidade da intervenção penal, e estabelece que o Direito Penal só deve atuar na defesa dos bens jurídicos imprescindíveis à coexistência pacífica dos homens e que não podem ser eficazmente protegidos de forma menos gravosa. Isso porque a sanção penal reveste-se de especial gravidade, acabando por impor as mais sérias restrições aos direitos fundamentais.

Conforme preleciona Cezar Roberto Bitencourt (2007, p. 13):

(...) a criminalização de uma conduta só é legítima se constituir meio necessário à proteção de determinado bem jurídico. Se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada e não recomendável. Se para o restabelecimento da ordem jurídica violada forem suficientes medidas civis e administrativas, são essas que devem ser empregadas e não as penas (...).

Nesses termos, é interessante salientar que o papel do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos considerados essenciais ao indivíduo e à coletividade. No entanto, a tutela penal só é legítima quando fundamental à manutenção da dignidade e liberdade humana, bem como da paz e convívio social; e quando os demais ramos do direito não se revelarem meios idôneos, adequados ou eficazes para a proteção de tais bens relevantes à própria existência humana.

Portanto, as limitações da liberdade sexual dos alienados e dos menores só são possíveis quando estas suponham um ataque à sua dignidade ou ao seu livre desenvolvimento, e isso não pode ser valorado de uma forma genérica por meio de presunções *juris et de jure*, ou seja, pelo simples fato de ser menor de catorze anos ou alienado mental (SANCHEZ TOMAS, *apud* GRECO e RASSI, 2011, p. 74-75).

Não se pode antever que todo contato sexual estabelecido com um menor de catorze anos, que assentiu livremente para tanto, prejudicará seu desenvolvimento futuro e ofenderá sua dignidade. Assim, de acordo com a lição de Natscheradetz (1985, p.154), certos contatos entre os jovens não podem ser qualificados como casos de exploração ou abuso e, sabendo-se que as experiências sexuais entre eles são benéficas para seu crescimento sexual, devem ser elas excluídas do campo de atuação penal.

Ademais, o uso indiscriminado da sanção penal não confere uma maior proteção de bens jurídicos, pelo contrário, afasta-se do princípio da efetividade, condenando o sistema criminal a uma função meramente simbólica e ineficaz.

Em sua obra *Dos delitos e das penas*, Beccaria (2009, p. 20) aduz sabiamente que:

As penas que vão além da necessidade de manter o depósito da salvação pública são injustas por sua natureza; e tanto mais justas serão quanto mais sagrada e inviolável for a segurança e maior a liberdade que o soberano propiciar aos súditos.

Ainda sobre a classificação do Direito Penal como *ultima ratio*, o renomado autor Mir Puig (2002, p. 109-110) assevera que:

A *ultima ratio* parte do pressuposto de que o Direito Penal, e seu caráter sancionatório da pena e da medida de segurança, não são os únicos meios para se impor, no controle social, o respeito à dignidade da pessoa humana. Assim, quando da existência de outros mecanismos menos lesivos que os meios próprios do Direito Penal, deverão ser eles os aplicados, já que apresentam um caráter menos agressivo, e, muitas vezes, são mais eficazes para o fim a que se destinam. No entanto, se nenhum desses meios desprovidos de caráter de sanção apresentarem-se suficientes, em último caso, estará legitimado o recurso da pena e da medida de segurança.

Dessarte, restou evidenciado que o sistema penal é um meio de controle social extremo, eis que limita um dos bens jurídicos mais preciosos do ser humano, qual seja, sua liberdade pessoal. Em razão da coerção penal, que é um caráter que o diferencia dos outros ramos do

direito, o Direito Penal somente deve atuar quando as demais formas de resposta social e de atuação estatal não conseguem atingir seu objetivo.

O princípio da ofensividade está diretamente relacionado ao princípio da intervenção mínima, pois enquanto este permite a interferência do Direito Penal unicamente nos casos de violação a bens jurídicos imprescindíveis e diante da insuficiência das demais áreas do direito; o princípio da ofensividade limita ainda mais sua atuação, estabelecendo que apenas as condutas que representem, de fato, uma ofensa a bens jurídicos socialmente relevantes podem ser criminalizadas pela lei penal.

Para Luiz Flávio Gomes (2002, p.28) o mencionado princípio exerce duas funções na seara penal:

- (a) função político-criminal (momento em que se decide pela criminalização da conduta) e
- (b) função interpretativa ou dogmática (instante em que se interpreta e se aplica concretamente o Direito penal). A primeira função do princípio da ofensividade constitui um limite ao direito de punir do Estado (ao *ius puniendi*) (sentido subjetivo). Está dirigida ao legislador. A segunda configura um limite ao Direito penal (ao *ius poenale*) (sentido objetivo). Está dirigida ao intérprete e ao juiz (ao aplicador da lei penal).

O mesmo autor adverte que ambas as funções são complementares, na medida em que, quando o legislador não cumpre o seu papel e criminaliza condutas independentemente de possuírem conteúdo lesivo, nos termos do princípio ora em exame, essa tarefa é transferida ao juiz e ao intérprete da lei.

No tocante à função interpretativa, compete ao juiz juntamente com o intérprete averiguar, no caso concreto, qual o bem jurídico tutelado pela norma e se esse bem foi lesionado ou colocado em perigo.

Ao aplicar as disposições do artigo 217-A do Diploma repressivo, cujos bens jurídicos tutelados são a dignidade e liberdade sexual do vulnerável, além de seu desenvolvimento sexual, o magistrado deve se ater às peculiaridades do caso e se questionar se houve lesão ou ameaça de ofensa a tais bens.

Isso quer dizer que diante de uma relação amorosa entre um jovem maior de dezoito anos e outra de treze anos, por exemplo, em que há a prática de conjunção carnal ou outros atos libidinosos, livremente consentidos e sem violência, deve o juiz verificar se a adolescente possui

maturidade e discernimento para os referidos atos e, por conseguinte, apreciar se ocorreu ofensa concreta aos bens protegidos por essa norma jurídica.

Em observância ao princípio da ofensividade, não se pode admitir que o aplicador da lei penal feche os olhos para as especificidades dos autos e, ao constatar a menoridade da vítima, dado meramente objetivo, já presuma uma suposta lesão aos bens jurídicos.

Assim, o juiz pode deixar de aplicar a pena contra conduta que, embora seja formalmente típica, na realidade fática não se mostra nada ofensiva aos bens jurídicos previamente tutelados.

Nessa esteira, segue a doutrina de Francisco de Assis Toledo (1991, p. 130-131):

A conduta, para ser crime, precisa ser típica, precisa ajustar-se formalmente a um tipo legal de delito (*nullum crimen sine lege*). Não obstante, não se pode falar ainda em tipicidade sem que a conduta seja, ao mesmo tempo, materialmente ofensiva a bens jurídicos.

É inconcebível a criação de uma presunção *juris et de jure* de que todo contato sexual desejado pelo menor de catorze anos e com ele praticado importará violação à sua dignidade e prejudicará seu desenvolvimento, merecendo, assim, a intervenção penal. Pelo contrário, se assim se entender, a norma penal servirá para restringir a liberdade sexual do menor e não para tutelá-la.

Por fim, o princípio da fragmentariedade preconiza que nem todos os comportamentos que lesionam bens jurídicos merecem a tutela penal, mas tão somente aqueles que ofendem de forma mais violenta os bens mais relevantes ao indivíduo e à comunidade, daí o caráter fragmentário do Direito Penal.

De acordo com Muñoz Conde (1975, p. 71-72):

(...) nem todas as ações que atacam bens jurídicos são proibidas pelo Direito Penal, nem tampouco todos os bens jurídicos são protegidos por ele. O Direito Penal, repito mais uma vez, se limita somente a castigar as ações mais graves contra os bens jurídicos mais importantes, daí seu caráter 'fragmentário', pois que de toda a gama de ações proibidas e bens jurídicos protegidos pelo ordenamento jurídico, o Direito

Penal só se ocupa de uma parte, fragmentos, se bem que da maior importância.

Prado (2014, p. 116) afirma que a fragmentariedade é o “limite necessário a um totalitarismo de tutela, prejudicial para a liberdade.”.

Diante do exposto, conclui-se que ao adotar a vulnerabilidade do menor de catorze anos (maior de doze anos) como absoluta, a norma passa a tutelar a moralidade sexual (pudor), e não mais os bens jurídicos inicialmente pretendidos pelo legislador. Desse modo, é relevante a análise da possibilidade de sua relativização, a fim de que o Direito Penal atue exclusivamente na proteção de bens jurídicos cruciais gravemente lesionados ou colocados em risco, para que ele não se afaste de seus preceitos fundamentais, constituindo-se sempre a *ultima ratio*.

2.5 Responsabilidade penal objetiva x princípio da culpabilidade

No início da vigência do Código Penal de 1940, Magalhães Noronha (*apud* LEAL e LEAL, 2009) defendia que era inadmissível a ideia de presunção de violência absoluta, porque se puníssemos "sempre o agente que tivesse contato carnal com um menor, estaríamos consagrando a responsabilidade objetiva, coisa, entretanto, que nossa lei repudia".

Após a Lei n. 12.015/2009 a situação jurídica mudou, mas apenas formalmente. Não se pode mais falar em “presunção de violência”, já que se criou a vulnerabilidade. Conquanto, tem-se agora uma presunção de *innocentia consilli* do menor de catorze anos para a prática de qualquer ato de natureza sexual, denominando-o “vulnerável”.

Dessa forma, considerar como absoluta a vulnerabilidade do menor de catorze anos significa responsabilizar criminalmente todo sujeito que com ele mantiver contato sexual, independentemente da existência de dolo ou culpa, infringindo, assim, o princípio da *nullum crimen sine culpa* (não há crime sem culpa).

Portanto, restaria configurada uma situação de responsabilidade penal objetiva, a qual é refutada pelo ordenamento jurídico brasileiro, ante a adoção do princípio da culpabilidade.

O princípio da culpabilidade deve ser entendido sob três enfoques. Em sua primeira concepção, a culpabilidade atua como terceiro elemento integrante do conceito analítico de crime, ao lado da tipicidade e da antijuridicidade, revelando um juízo de reprovabilidade e censura do injusto praticado pelo agente, o qual podia agir de modo diverso, mas não

o fez. O segundo sentido da culpabilidade refere-se à aplicação da pena, atuando como fundamento e limite da imposição da reprimenda, conforme preceitua o artigo 59 do Código Penal e o princípio constitucional da individualização da pena.

Por fim, sua terceira face é a de repúdio a qualquer espécie de responsabilidade penal objetiva, ou seja, sem culpa. Nesta vertente, Nilo Batista (*apud* GRECO, 2012, p. 87) afirma que o princípio da culpabilidade

(...) impõe a subjetividade da responsabilidade penal. Não cabe, em direito penal, uma responsabilidade objetiva, derivada tão-só de uma associação causal entre a conduta e um resultado de lesão ou perigo para um bem jurídico.

Sobre a responsabilidade objetiva, discorre Zaffaroni e Pierangeli (2013, p. 470-471):

A imputação da produção de um resultado, fundada na causação dele, é o que se chama responsabilidade objetiva. A 'responsabilidade objetiva' é a forma de violar o princípio de que não há delito sem culpa, isto é, diz respeito a uma terceira forma de tipicidade, que se configuraria com a proibição de uma conduta pela mera causação de um resultado, sem exigir-se que esta causação tenha ocorrido dolosa ou culposamente. (...) Estas formas de responsabilidade objetiva estão quase erradicadas no direito penal contemporâneo, sobrevivendo no direito anglo-saxão com o nome de *strictliability*, e que é criticada por quase toda a doutrina desses países.

O Código Penal de 1940 com suas sucessivas alterações consagrou em seus artigos 18, parágrafo único, e 19 a responsabilidade penal subjetiva ou imputação subjetiva, segundo a qual ninguém pode ser responsabilizado criminalmente por uma ação ou omissão se não tiver atuado ao menos culposamente.

Assim sendo, repara-se que se a idade cronológica da vítima for o bastante para a constatação de sua vulnerabilidade e, conseqüentemente, para a configuração do delito tipificado no artigo 217-A do Código Penal, estar-se-á diante de uma clara hipótese de inobservância do princípio da culpabilidade, já que pouco importa o aspecto subjetivo da

conduta do agente, o qual responde simplesmente por ter causado materialmente o evento.

Imperioso ressaltar que a possibilidade de relativizar a vulnerabilidade vai ao encontro do supradito princípio, que condiz com os ditames de um Estado democrático de Direito, além de ser uma conquista da modernidade, pois o direito penal primitivo caracterizava-se por responsabilizar fundamentalmente em razão do resultado.

Ademais, conforme preleciona Luiz Regis Prado (2014, p.111): “De relação direta com a legalidade penal, esse princípio reafirma o caráter inviolável do respeito à dignidade do ser humano. É postulado garantista essencial ao Estado democrático de Direito.”.

2.6 O critério etário e o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)

Analisando detidamente as disposições do ECA e do Código Penal, é possível notar uma discrepância entre os conceitos de criança e adolescente, principalmente em relação à idade, abordados nesses dois diplomas legais.

Enquanto o primeiro disciplina, coerentemente, em seu artigo 2º que “Considera-se **criança**, para os efeitos desta Lei, a pessoa **até doze anos de idade incompletos**, e **adolescente** aquela **entre doze e dezoito anos de idade**.” (grifou-se); a lei n. 12.015/2009, ao criminalizar a conduta de ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com **menor de catorze anos**, ultrapassa o limite temporal do conceito de criança, estendendo seus efeitos ao adolescente.

Em que pese seja louvável a iniciativa do legislador em dar maior proteção ao desenvolvimento futuro, à integridade e dignidade dos adolescentes, conforme preconiza o artigo 5º [10](#) do ECA; não se pode subsumir todo contato sexual com menor de catorze anos a esse tipo penal.

Isso porque em razão do critério etário previsto no artigo 217-A do Código Penal, até mesmo o adolescente, menor de catorze anos, detentor de uma maturidade sexual (precoce) e pleno de volição estaria impedido de se relacionar sexualmente, uma vez que recairiam sobre seu parceiro as severas sanções penais cominadas para o referido tipo.

Outra questão curiosa que merece ser pontuada é o fato de que o ECA atribui ao adolescente a capacidade de discernimento acerca da ilicitude de seus atos, imputando-lhe o cometimento de ato infracional (conduta descrita como crime ou contravenção penal – artigo 103) e, conseqüentemente, sua sujeição às medidas socioeducativas, dentre elas,

a privação de liberdade por meio de internação (artigo 112, inciso VI, do ECA).

Por outro lado, o legislador “retira” do adolescente (entre doze e catorze anos) a capacidade de decidir sobre os atos sexuais que queira praticar, presumindo-o vulnerável. Tem-se aí uma evidente incoerência, pois o mesmo adolescente que pode ser punido pela prática de ato infracional não pode decidir livremente sobre sua sexualidade.

A esse respeito, Nucci (2010, p. 928) corrobora que:

Perdemos uma oportunidade ímpar para equiparar os conceitos com o [Estatuto da Criança e do Adolescente](#), ou seja, criança é a pessoa menor de 12 anos; adolescente, quem é maior de 12 anos. Logo, a idade de 14 anos deveria ser eliminada desse cenário. A tutela do direito penal, no campo dos crimes sexuais, deve ser absoluta, quando se tratar de criança (menor de 12 anos), mas relativa ao cuidar do adolescente (maior de 12 anos). É que demanda a lógica do sistema legislativo, se analisado em conjunto. Desse modo, continuamos a sustentar ser viável debater a capacidade de consentimento de que possua 12 ou 13 anos, no contexto do estupro de vulnerável.

Oportuno ainda, trazer à colação o excerto de Greco e Rassi (2011, p. 175):

As alterações do Código, mantendo a idade de 14 anos, não acompanharam o conceito de criança do Estatuto da Criança e do Adolescente, no qual a idade da criança vai somente até 12 anos. Em princípio, poderia se afirmar que as leis são autônomas e, portanto, no caso, não teriam influência recíproca. No entanto, consideramos que a elementar da menoridade da vítima é normativa e, como tal, não é absoluta e sua interpretação estará condicionada a existência do abuso sexual sofrido pelo menor.

Isto posto, como o legislador não se aproveitou do ensejo da lei n. 12.015/2009 para unificar os conceitos de criança e adolescente de acordo com o ECA, cabe ao juiz, ao se deparar com o caso concreto,

realizar uma interpretação sistemática de todo o arcabouço jurídico, não podendo considerar como absoluto o critério etário prescrito no artigo 217-A do Código Penal.

2.7 O desenvolvimento social e o acesso às informações

Através do esboço histórico realizado no capítulo inicial do presente trabalho constata-se que a realidade social, os costumes e a moral sempre influenciaram o controle exercido pelo Direito Penal na esfera da sexualidade. Assim, “a construção social é o elemento central do estudo da sexualidade, já que fornece subsídios para se estabelecer a relação entre o comportamento sexual e o tratamento jurídico que lhe é dispensado” (GRECO E RASSI, 2011, p. 4).

É notório, na sociedade contemporânea, o amplo e indiscriminado acesso de crianças e adolescentes às informações de conteúdo sexual, seja por meio escrito, televisivo e, sobretudo, pela internet. Isso decorre do avanço tecnológico que propicia uma maior rapidez e difusão de informações, as quais influenciam de forma decisiva no contato precoce dos jovens com atos dessa natureza.

Diante disso, a fim de conscientizá-los a respeito da sexualidade e dos riscos que lhe são inerentes, muitas grades escolares ofertam, já no ensino fundamental, disciplinas com esse enfoque. Ademais, elas ampliam o conhecimento dos jovens quanto ao desenvolvimento de seu próprio corpo e as transformações sofridas em virtude da puberdade, período em que corpo se desenvolve física e mentalmente.

Ora, ante o atual desenvolvimento social, não se pode olvidar que uma adolescente de treze anos detém conhecimento do que é a conjunção carnal ou outro ato libidinoso e possui discernimento bastante para se autodeterminar sexualmente. Desse modo, não pode o legislador presumir de maneira absoluta que todo menor de catorze anos seja despido de maturidade sexual, intitulando-o vulnerável.

Nesse diapasão, é pertinente invocar um trecho do já mencionado voto proferido pelo ministro do Supremo Tribunal Federal, Marco Aurélio de Mello, no Habeas Corpus n. 73.662/MG, o qual, apesar de datar de 1996, se encaixa perfeitamente à realidade pós-moderna:

(...) A presunção de violência prevista no artigo 224 do Código Penal cede à realidade. Até porque não há como deixar de reconhecer a modificação de costumes havida, de maneira

assustadoramente vertiginosa, nas últimas décadas, mormente na atual quadra. Os meios de comunicação de um modo geral e, particularmente, a televisão são responsáveis pela divulgação maciça de informações, não as selecionando sequer de acordo com medianos e saudáveis critérios que pudessem atender às menores exigências de uma sociedade marcada pela dessemelhança. Assim é que, sendo irrestrito o acesso à mídia, não se mostra incomum reparar-se a precocidade com que as crianças de hoje lidam, sem embaraços quaisquer, com assuntos concernentes à sexualidade, tudo de forma espontânea, quase natural. Tanto não se diria no idos dos anos 40, época em que exsurgia, glorioso e como símbolo da modernidade e do liberalismo, o nosso vetusto e ainda vigente Código Penal. Àquela altura, uma pessoa que contasse doze anos de idade era, de fato, considerada criança e, como tal, indefesa e despreparada para os sustos da vida.

O direito, que tem como fim precípua proporcionar a convivência harmônica dos indivíduos na sociedade, deve acompanhar a evolução do comportamento humano, visando atender aos anseios dessa coletividade que está em constante transformação. Como é cediço, as mudanças sempre estarão à frente da legislação, incumbindo ao intérprete flexibilizar o texto normativo face à realidade fática.

Insta salientar que a moral sexual contemporânea sofreu uma grande alteração, o que pode ser verificado nos vestuários, comportamentos, gestos e modismos, especialmente em virtude do grande apelo sexual realizado pela mídia. Segundo argumenta Paulo Queiroz (S/D):

Além da autodeterminação sexual, o legislador, confessada ou inconfessadamente, pretende também ditar uma determinada moral sexual (dominante), que, segundo a sua perspectiva, seria a moral sexual saudável, honesta, *digna*, enfim. E mais, trata-se, em geral, de uma pretensão de moralização da sexualidade grandemente conservadora, anti-hedonista e pouco secular, que de algum modo

vê o ato sexual como perigoso e capaz de corromper e degradar o sujeito. Cuida-se, enfim, de uma moral sexual que, a pretexto de ditar a moral sexual *digna*, parece não perceber que a atividade sexual é, antes de tudo, uma atividade fisiológica tão natural e necessária e prazerosa quanto qualquer outra, a exemplo de comer, beber etc.

Ainda quanto à tendência moralizadora do Direito Penal sexual, Greco e Rassi (2011, p. 25) explicam que:

Fato é que, não obstante a própria moral ter variado ao longo dos tempos, na medida em que o comportamento sexual foi se modificando, dando novas dimensões sobre a sexualidade (...) as leis penais que foram produzidas no passado, sob influência de determinada moral, seguem, em grande parte, firmemente integradas no Direito, pensamento e prática dos tempos modernos. Tais circunstâncias tem gerado inúmeras críticas por parte da doutrina, que sempre denunciou a tendência moralizadora dessa seara do Direito Penal. O que se questiona a esse respeito é a legitimidade da criminalização de condutas ofensivas à moral social sexual não substantiva.

Entretanto, é imperioso advertir que a referida moral sexual diverge conforme o segmento social e o meio em que o jovem se encontra, daí a importância de se averiguar as peculiaridades do caso *sub examen*, relativizando a vulnerabilidade quando necessário.

2.8 Da relativização da vulnerabilidade no caso concreto

Como já fora exhaustivamente discorrido, a vulnerabilidade em razão do fator etário é sim passível de relativização, mormente nas hipóteses em que há o consentimento válido da vítima. A relevância ou não desse consentimento é objeto de muitas discussões doutrinárias e jurisprudenciais a ser debatida adiante.

A partir da análise de cada caso concreto, caberá ao juiz verificar se é legítimo, naquela hipótese, afastar a vulnerabilidade, tornando a conduta do agente atípica.

Paulo Queiroz (2013, p. 548-549) elenca as situações em que a relativização da condição legal de vulnerável é, em princípio, legítima, são elas: a) relações afetivas/sexuais entre crianças e adolescentes; b)

relações entre casais de namorados; c) quando não houver indício algum de abuso.

E acrescenta, acertadamente, o autor que:

Além do mais, a proteção penal não pode ter lugar quando for perfeitamente possível uma autoproteção por parte do próprio indivíduo, sob pena de violação ao princípio de lesividade.

Finalmente, a iniciação sexual na adolescência não é necessariamente nociva, motivo pelo qual a presumida nocividade constitui, em verdade, um preconceito moral.

Assim, ao menos em relação a adolescentes (maiores de doze anos), é razoável admitir-se prova em sentido contrário à previsão legal de vulnerabilidade, de modo a afastar a imputação de crime sempre que se provar que, em razão da maturidade (precoce), o indivíduo de fato não sofreu absolutamente constrangimento ilegal algum, inclusive porque lhe era perfeitamente possível resistir, sem mais, ao ato.

2.8.1 O consentimento da vítima e sua liberdade sexual

Pela vitimologia, constata-se uma valorização do papel da vítima no Direito Penal, que pode ser vista por dois ângulos distintos. Inicialmente, tem-se nos crimes sexuais a chamada vitimização secundária, que é “a violência institucional do sistema processual penal, fazendo das vítimas infanto-juvenis novas vítimas, agora do estigma processual-investigatório” (BITENCOURT, 2012, p. 93).

Por outro lado, de acordo com a lição de Rassi (2011, p. 63):

(...) a própria vitimologia tem mostrado que certas vítimas, de um modo ou de outro, contribuem para a lesão do bem jurídico de que são titulares, podendo ser consideradas, pelo menos em um sentido amplo, como parcialmente corresponsáveis por tal lesão (...)

Nos delitos sexuais, o dissenso do ofendido é fundamental para a caracterização do tipo penal, em contrapartida, seu consentimento válido é capaz de afastar a tipicidade do comportamento.

Muito se questiona acerca da relevância penal do consentimento do menor de catorze anos no crime de estupro de vulnerável, haja vista que o legislador presumiu sua incapacidade absoluta para assentir com a prática de atos sexuais, devido a sua completa insciência em relação a esses fatos.

No entanto, na atual época, considerar que um adolescente de treze anos não possui conhecimento de sexualidade e suas consequências é abstrair hipocritamente a realidade.

O consentimento é visto como a capacidade de compreensão atrelada à exteriorização inequívoca da vontade. “A doutrina penal considera como vícios do consentimento a fraude, a violência física e a ameaça” (ROXIN *apud* RASSI, 2011, p. 82). Portanto, nos casos em que restar bem caracterizada a prova da capacidade de compreensão da vítima sobre atos de natureza sexual e ficar evidenciado que sua manifestação de vontade não foi eivada de vícios, é forçoso reconhecer a validade de seu consentimento, o qual é capaz de elidir a presunção de vulnerabilidade.

Em sentido contrário, Prado (2011, p. 832) aduz que o delito em análise se configura ainda que a vítima tenha consentido no ato, pois:

(...) a lei ao adotar o critério cronológico acaba por presumir *iuris et de iure*, pela razão biológica da idade, que o menor carece de capacidade e discernimento para compreender o significado do ato sexual. Daí negar-se existência válida a seu consentimento, não tendo ele nenhuma relevância jurídica para fins de tipificação do delito.

Tal entendimento encontra ressonância na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. NEGATIVA DE VIGÊNCIA AO ART. 217-A DO CP. OCORRÊNCIA. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. CONSENTIMENTO. IRRELEVÂNCIA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Pacificou-se a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, segundo o sistema normativo em vigor após a edição da Lei n.º 12.015/09, a conjunção carnal ou outro ato

libidinoso com menor de 14 (catorze) anos configura o crime do artigo 217-A do Código Penal independentemente de grave ameaça ou violência (real ou presumida), razão pela qual **tornou-se irrelevante eventual consentimento ou autodeterminação da vítima para a configuração do delito.** 2.

Agravo regimental a que se nega provimento.
(BRASIL, 2014) (grifou-se).

Data vênia ao posicionamento da douta Corte Superior, Sanchez Thomaz (*apud* GRECO e RASSI, 2011, p. 73) bem sustenta que:

(...) a doutrina reconhece o consentimento do menor ou do alienado mental quando este é negativo, ou seja, se não consente ao ato sexual, seu não consentimento é válido, de modo que haverá crime sexual violento, com violência real. Se consentir, ao revés, seu consentimento é inválido porque se presume a violência. Não se podem estabelecer dois pesos e duas medidas sem uma razão lógica: considerar válido o não consentimento ao ato sexual, e não considerar válido o consentimento.

Aliás, “o consentimento deve ser sempre visto como expressão da liberdade de ação em geral” (RASSI, 2011, p. 63). Assim, de qual modo o legislador estaria tutelando a liberdade sexual do menor, cuja manifestação de vontade é simplesmente ignorada?

Nesse diapasão, Sanchez Thomaz (*apud* GRECO e RASSI, 2011, p. 73) indica a dupla opção doutrinária que se apresenta:

(a) entender que os menores e doentes mentais gozam de liberdade sexual, mas a lei presume de modo *iure et de iure* que não está facultado a exercê-la, o que vale dizer, só se pode ofender a liberdade sexual através de uma ficção normativa; (b) entender que ditos sujeitos não gozam de liberdade sexual, na medida em que é pressuposto da mesma uma certa capacidade de conhecimento e vontade, características que eles não têm pela situação objetiva que se encontram e, portanto, não será este o bem jurídico protegido, senão a intangibilidade sexual.

Finalmente, vale ressaltar que a incapacidade absoluta do menor de doze anos é indubitável. Nos demais casos, para se editar um decreto absolutório é necessário aferir se houve o consentimento da vítima, se esta era apta a consentir, nos termos expostos, e a ausência de abuso ou exploração por parte do autor.

2.8.2 A questão da prostituição

A tese defensiva consistente no fato de que a vítima já se prostituía ao tempo do crime não se apresenta viável para fins de

relativização da vulnerabilidade, dado que é notória sua situação de vulnerabilidade social e econômica, igualmente sua maior suscetibilidade de exposição a danos físicos e morais.

Não se pode perder de vista que é a “vulnerabilidade” que legitima a criminalização do ato sexual com o menor, a qual está ainda mais presente quando o adolescente já exerce a prostituição. Na maioria das vezes, tal adolescente não tem a exata noção de sua conduta e de sua respectiva consequência, mas, face às precárias condições sociais a que está submetido, não pode escolher entre fazer ou não fazer, ficando evidente sua maior fragilidade.

Quanto ao afastamento da vulnerabilidade na hipótese em tela, Paulo Queiroz (2013, p. 549) elucida que:

Não cabe afastá-la, porém, relativamente a criança ou incapazes que exerçam a prostituição, uma vez que, em geral, são crianças e adolescentes que estão numa situação de maior vulnerabilidade social/material, e por vezes com histórico de abuso sexual, a justificar, plenamente, o reconhecimento do crime de estupro por parte de quem, aproveitando-se dessa condição, pratica conjunção carnal ou ato libidinoso com tais pessoas.

Destaca-se que quando as circunstâncias fáticas conduzirem o agente a um inevitável erro sobre a idade da vítima devem ser aplicadas as disposições atinentes ao erro de tipo (vide item 2.6).

Nesses termos, Leal e Leal (2009, p. 1) alegam que:

(...) a exemplo da violência presumida, a nosso ver a presunção de vulnerabilidade do menor de 14 anos pode, também, ser afastada diante da prova inequívoca de que a vítima de estupro possui experiência da prática sexual e apresenta comportamento incompatível com a regra de proteção jurídica pré-constituída. Esta é uma questão delicada, mas cremos que, em casos especiais, é possível admitir-se a exceção à regra geral, **desde que essa condição de experiência sexual do sujeito passivo venha a constituir um fator determinante para o agente incidir em erro de tipo.** (grifou-se)

Nessa mesma linha de raciocínio, no dia 16 de junho de 2014, a 1ª Câmara Criminal Extraordinária do Tribunal de Justiça de São Paulo absolveu um fazendeiro, hoje com 79 anos de idade, da acusação de estupro de uma menina de 13 anos, sob os fundamentos a seguir transcritos:

Não se pode perder de vista que em determinadas ocasiões podemos encontrar menores de 14 anos que aparentam ter mais idade, mormente nos casos em que eles se dedicam à prostituição, usam substâncias entorpecentes e ingerem bebidas alcoólicas, pois em tais casos é evidente que não só a aparência física como também a mental desses menores se destoa do comumente notado em pessoas de terra idade.

(...) justamente pelo meio de vida da vítima e da sua compleição física é que não se pode afirmar, categoricamente, que o réu teve o dolo adequado à espécie(MIGALHAS, 2014).

A decisão supracitada foi alvo de muita polêmica, com várias manifestações no sentido de que o órgão julgador estaria incentivando a exploração sexual e ferindo gravemente os direitos fundamentais das crianças e adolescentes assegurados pelo ECA.

Outro acórdão que ganhou bastante repercussão foi o proferido, em 2012, pela 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, da relatoria da eminente Ministra Maria Thereza de Assis Moura, que inocentou, por maioria de votos, um homem da acusação de ter estuprado três meninas menores de 14 e maiores de 12 anos. A absolvição baseou-se no fato de que não se pode considerar crime a conduta que não viola a liberdade sexual do menor – bem jurídico tutelado –, já que “as menores a que se referia o processo julgado se prostituíam havia tempos quando do suposto crime”. Dessa forma, ratificou a sentença de primeiro grau, a qual, após a análise dos depoimentos prestados por todos os envolvidos, pais e conselheiros tutelares da comarca – os quais confirmaram que as vítimas não eram ingênuas ou desinformadas –, decidiu por absolver o acusado (VILARES, 2012).

A despeito de ambos órgãos julgadores terem absolvido os acusados que mantiveram relação sexual com menor de catorze anos já prostituída, é importante salientar que os fundamentos suscitados pelo egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo e pela Corte Superior são divergentes.

O primeiro alega a ocorrência de erro de tipo no tocante à idade da vítima, capaz de ensejar a atipicidade da conduta. Noutra vertente, o Superior Tribunal de Justiça pondera que as menores possuíam consciência para a prática de atos sexuais, razão pela qual não houve violação ao bem jurídico tutelado pela lei penal.

Frente ao exposto, mostra-se plausível a absolvição em decorrência de erro de tipo escusável. Contudo, o édito absolutório não pode se pautar na ausência de vulnerabilidade do menor, tendo em vista o cenário de comercialização do corpo em que se encontra.

Atualmente, o agente que pratica atos sexuais com uma prostituta menor de dezoito anos responde pelo crime previsto no artigo 218-B do Código Penal (favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável). Nesse passo, se a vulnerabilidade do menor de catorze anos for tida como relativa devido ao fato de se prostituir, tem-se uma grave ruptura do ordenamento jurídico brasileiro, pois o menor entre doze e catorze anos ficaria despido da proteção legal.

2.8.3 Absolvição por atipicidade

Como bem se observa até o momento, foram expostos os fatores jurídicos e sociais que contribuem para a defesa da natureza relativa da vulnerabilidade insculpida no artigo 217-A do Código Penal. Cabe, agora, ser feita uma análise das consequências da relativização no plano do Direito.

A inexistência de vulnerabilidade concreta do menor de catorze anos impõe a absolvição do agente que com ele se relaciona sexualmente, em virtude da atipicidade material de sua conduta, com fulcro no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

No que tange à tipicidade, esta se subdivide em objetiva e subjetiva; aquela pode ser formal, que é a perfeita adequação do fato à pura letra da lei (tipo penal) e material, a qual é formada por juízos valorativos e relaciona-se com o conteúdo da norma proibitiva (grau de ofensividade do comportamento ao bem jurídico protegido pela lei).

Desta feita, para que uma conduta seja considerada crime é necessário que preencha os requisitos formais e materiais do tipo penal. A esse respeito:

(...) não se deve pensar que, quando uma conduta se adequa formalmente a uma descrição típica, só por esta circunstância é penalmente típica. Que uma conduta seja típica

não significa necessariamente que é antinormativa, isto é, que esteja *proibida* pela norma (pelo ‘não matarás’, ‘não furtarás’ etc). O tipo é criado pelo legislador para tutelar o bem contra as condutas proibidas pela norma, de modo que o juiz jamais pode considerar incluídas no tipo aquelas condutas que, embora formalmente se adequem à descrição típica, realmente não podem ser consideradas contrárias à norma e nem lesivas do bem jurídico tutelado (ZAFFARONI e PIERANGELI, 2013, p. 411).

Ora, não obstante o preceito primário do artigo 217-A do Código Penal criminalizar o comportamento de “ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com **menor de catorze anos**”, não restará configurado o delito em tela quando se verificar, nas singularidades do caso, a maturidade e capacidade de autodeterminação sexual da vítima menor de catorze anos. Decorre disso a ausência de ofensa à sua dignidade e liberdade sexual, não havendo, então, tipicidade material.

Outro aspecto que exclui também a tipicidade, mas agora a formal, é o consentimento válido do menor:

(...) quando o tipo penal exige o dissentimento da vítima, expresso (estupro, invasão de domicílio), havendo consentimento válido, não há dúvida que fica excluída a tipicidade, mais precisamente a tipicidade formal (porque não concretizados todos os requisitos objetivos formais do tipo). Só existe estupro se a vítima dissente. Sendo ela maior de catorze anos (há discussão sobre a validade do consentimento da vítima com mais de doze anos), seu consentimento válido exclui a tipicidade (formal) do estupro. Não há que se falar em estupro. Nesse caso o consentimento (que parte da doutrina chama de *acordo*) exclui indubitavelmente a tipicidade formal (ou sistemática, como diria ZAFFARONI) (GOMES, 2009, p. 185-186).

Sobre o consentimento do ofendido maior de doze anos, defende-se, no presente trabalho, sua validade (vide item 2.8.1).

Assim sendo, na hipótese de existência de aliança afetiva entre o agente e a vítima, robustamente comprovada pela prova coligida aos autos, em que o menor consente de forma livre e voluntária para a prática de atos sexuais, e após a análise do perfil subjetivo do ofendido, é imperiosa a absolvição ante a ausência de tipicidade material e formal da conduta.

2.8.4 Jurisprudências dos Tribunais

Após essa breve exposição acerca da vulnerabilidade e dos entendimentos doutrinários quanto à possibilidade ou não de ser flexibilizada diante da situação fática, é pertinente apresentar o tratamento dado à matéria nos julgados pátrios, sobretudo para evidenciar o quão antiga é a discussão, a qual ainda não possui um consenso.

Ademais, vislumbram-se claras mudanças de posicionamentos dentro de um mesmo Tribunal. Dessa maneira, dar-se-á ênfase aos argumentos jurídicos utilizados tanto por aqueles que sustentam a absolvição, em razão do caráter *juris tantum* da vulnerabilidade, como nos casos de condenação, em que se refuta a relativização.

Preliminarmente, impende colacionar a ementa do já apontado Habeas Corpus n. 73.662/MG - que entendeu pela presunção relativa de violência - devido à contemporaneidade da decisão, em que pese fora proferida antes da edição da Lei n. 12.015/2009:

COMPETÊNCIA - HABEAS-CORPUS - ATO DE TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Na dicção da ilustrada maioria (seis votos a favor e cinco contra), em relação à qual guardo reservas, compete ao Supremo Tribunal Federal julgar todo e qualquer habeas-corpus impetrado contra ato de tribunal, tenha esse, ou não, qualificação de superior. **ESTUPRO - PROVA - DEPOIMENTO DA VÍTIMA.** Nos crimes contra os costumes, o depoimento da vítima reveste-se de valia maior, considerado o fato de serem praticados sem a presença de terceiros. **ESTUPRO - CONFIGURAÇÃO - VIOLÊNCIA PRESUMIDA - IDADE DA VÍTIMA - NATUREZA.** O estupro pressupõe o constrangimento de mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça - artigo 213 do Código Penal . A presunção desta última, por ser a vítima menor de 14

anos, é relativa. Confessada ou demonstrada a aquiescência da mulher e exurgindo da prova dos autos a aparência, física e mental, de tratar-se de pessoa com idade superior aos 14 anos, impõe-se a conclusão sobre a ausência de configuração do tipo penal. Alcance dos artigos 213 e 224 , alínea a, do Código Penal (BRASIL, 1996). (grifou-se)

A *contrario sensu*, mas na mesma época, segue abaixo a posição conservadora do Superior Tribunal de Justiça:

PENAL. ESTUPRO PRESUMIDO. PRESUNÇÃO, DOLO E CONSENTIMENTO. ART. 224, ALINEA "A" DO C. PENAL. MAJORANTE DO ART. 226, INC. III DO C. PENAL. I - A PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA, PREVISTA NO ART. 224, ALINEA "A" DO C. PENAL, EXIGE QUE O DOLO, DIRETO OU EVENTUAL, CONSIDERE O ELEMENTO REFERENTE A IDADE DA VITIMA, NÃO PODENDO SER, ASSIM, ADMITIDA A RESPONSABILIDADE OBJETIVA. II - NO ESTUPRO FICTO, A NORMA IMPÕE UM DEVER GERAL DE ABSTENÇÃO DA PRÁTICA DE CONJUNÇÃO CARNAL COM AS JOVENS QUE NÃO SEJAM MAIORES DE 14 ANOS. III - **O CONSENTIMENTO DA VITIMA, NO CASO, NÃO TEM RELEVANCIA JURIDICO-PENAL.** IV - **AO CONTRARIO DO QUE ACONTECER NOS DELITOS DE SEDUÇÃO E DE CORRUPÇÃO DE MENORES, A ANTERIOR EXPERIENCIA SEXUAL DA OFENDIDA NÃO DESCARACTERIZA O ESTUPRO PRESUMIDO.** V - A MAJORAÇÃO DO ART. 226, INC. III DO C. PENAL EXIGE PROVA NA FORMA DO ART. 155 DO CPP. VI - RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO (BRASIL, 1997). (grifou-se)

Com o advento da Lei n. 12.015/2009, que, conforme visto não pôs fim à discussão, a Corte Superior, diante de um caso de assentimento da vítima menor de catorze anos e prévia experiência sexual, nos mesmos moldes da jurisprudência supratranscrita, firmou o entendimento de que a natureza da presunção de violência seria relativa:

ESTUPRO. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. CONSENTIMENTO DA VÍTIMA E PRÉVIA EXPERIÊNCIA SEXUAL. PRESUNÇÃO RELATIVA DE VIOLÊNCIA. ATUAL ENTENDIMENTO DESTA CORTE SUPERIOR. 1. O Superior Tribunal de Justiça, em recente julgado da 3ª Seção (EResp-1.021.634/SP), firmou o entendimento de que a presunção de violência nos crimes sexuais, antes disciplinada no art. 224, 'a', do Código Penal, seria de natureza relativa. 2. Agravo regimental a que se nega provimento (BRASIL, 2012).

Curiosamente, nos últimos dois anos, a Ministra Maria Thereza de Assis Moura alterou seu posicionamento, defendendo que a presunção de violência é absoluta, independente de eventual consentimento ou autodeterminação da vítima.

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. NEGATIVA DE VIGÊNCIA AO ART. 217-A DO CP. OCORRÊNCIA. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. CONSENTIMENTO. IRRELEVÂNCIA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. **Pacificou-se a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, segundo o sistema normativo em vigor após a edição da Lei n.º 12.015/09, a conjunção carnal ou outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos configura o crime do artigo 217-A do Código Penal independentemente de grave ameaça ou violência (real ou presumida), razão pela qual tornou-se irrelevante eventual consentimento ou autodeterminação da vítima para a configuração do delito.** 2. Agravo regimental a que se nega provimento (BRASIL, 2014). (grifou-se)

Prevalecia no egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Goiás a natureza relativa da vulnerabilidade:

RELAÇÕES SEXUAIS CONSENTIDAS. O conjunto probatório está a revelar que a adolescente, à época dos fatos com 13 anos de idade e o réu mantiveram relacionamento amoroso as escondidas advindo atos sexuais consentidos.

2- VULNERABILIDADE RELATIVA. Os atos sexuais que não derivaram de exploração sexual, mas do desenrolar de um relacionamento afetivo, onde era perfeitamente possível à vítima resistir, descaracterizam a ocorrência do artigo 217-A do CP, frente a inexistência de vulnerabilidade concreta da ofendida e, de consequência, ausência da tipicidade material, impondo-se, assim, a manutenção da absolvição com base no art. 386, inc. III, do Código de Processo Penal. 3 - RECURSO CONHECIDO E PROVIDO (GOIÁS, 2013). (grifou-se)

APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. VÍTIMA ADOLESCENTE MENOR DE 14 ANOS. PRESUNÇÃO RELATIVA DE VULNERABILIDADE. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. MANUTENÇÃO. 1 - O art. 217-A do Código Penal deve ser interpretado sistematicamente com a Lei 8.069/90, sendo desarrazoado que o adolescente menor de 14 anos, não obstante detenha maturidade reconhecida em lei para ser apenado com medida socioeducativa, caso venha a praticar ato infracional, seja presumido destituído de capacidade de autodeterminação sexual. 2 - **Confirma-se o juízo absolutório do processado do cometimento do delito de estupro de vulnerável quando os elementos informativos e probatórios colhidos revelam que a vítima nutria sentimentos afetivos por aquele agente, sendo a diferença de idade entre ambos diminuta e a adolescente menor de 14 anos praticou a relação sexual de maneira espontânea, consciente e consentida, porquanto o Direito Penal, como ultima ratio da intervenção estatal na**

dignidade humana, objetiva tutelar a liberdade, e não a moralidade sexual (pudor). APELO CONHECIDO E IMPROVIDO (GOIÁS, 2013). (grifou-se)

Os julgados dos demais Estados não destoavam desse entendimento:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO. PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA QUE CEDE DIANTE DAS PARTICULARIDADES DO CASO CONCRETO. CÓPULA CONSENTIDA. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA MANTIDA. Inviável a condenação apenas com base na equivocada ideia de que a presunção de violência nos crimes sexuais seja absoluta. Caso em que a prova dos autos deixou clara a prévia relação de namoro entre as partes, de conhecimento de ambas as famílias, bem como a prática livre e consentida de relação sexual entre réu e ofendida, ambos jovens e com pouca diferença de idade. **Contexto fático que não evidencia situação a configurar vulnerabilidade e ofensa a liberdade/dignidade sexual, não atraindo o interesse do Direito Penal.**APELO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DESPROVIDO. MAIORIA (RIO GRANDE DO SUL, 2013). (grifou-se)

Estupro de vulnerável Sentença absolutória - Vulnerabilidade relativa - Possibilidade diante das peculiaridades do caso concreto - Relação de namoro entre a vítima e o réu - Consentimento válido da ofendida, que confirmou em juízo, quando já contava com 14 (catorze) anos, que os atos foram consentidos - Absolvição mantida, nos termos do artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal Recurso ministerial improvido (SÃO PAULO, 2014). (grifou-se)

APELAÇÃO CRIMINAL -
ESTUPRO DE VULNERÁVEL -
VULNERABILIDADE NÃO COMPROVADA -

ABSOLVIÇÃO - POSSIBILIDADE. 1- A condição de vulnerabilidade da vítima, trazida pela Lei nº 12.015/09, é relativa, já que o direito penal não admite presunções absolutas, ainda mais nos dias atuais, onde as cenas sexo são temas dominantes na mídia televisiva. 2- Admitir-se hipocritamente que uma jovem com idade inferior a 14 anos seja ingênua e inexperiente, sem capacidade de se autodeterminar em relação à sua sexualidade, é fazer vista grossa à moderna realidade que aí está, onde as meninas, como no caso dos autos, tomam as iniciativas das relações sexuais, dizendo ao namorado que queria perder a virgindade com ele. 3- Restando comprovado que a conjunção carnal ocorreu de comum acordo, sem que tenha havido qualquer tipo de violência ou grave ameaça, não há que se falar em crime de estupro de vulnerável, pois a inexistência da innocentiaconsilii afasta vulnerabilidade da vítima. 3- Recurso defensivo provido. Recurso ministerial prejudicado (MINAS GERAIS, 2011).

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - ESTUPRO DE VULNERÁVEL - PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA - RELATIVIDADE - CONJUNÇÃO CARNAL CONSENTIDA - CASAL DE NAMORADOS -

PENAL. PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. RELAÇÃO CONSENTIDA. PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA. RELATIVA. CONSENTIMENTO VÁLIDO. AUSÊNCIA DE VÍCIO. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

1.A sentença absolutória deve ser mantida, pois, o principal fundamento da intervenção jurídico-penal no domínio da sexualidade é a proteção contra o abuso e a violência. Não é contra atos sexuais consentidos praticados em razão de relação de afeto.
2.Mesmo que se considere que o apelado tinha plena consciência da idade da vítima - apesar da sua compleição física avantajada

para sua idade, conforme se denota do Laudo Pericial, no qual, consta que ela possuía 1,56 m de altura, pesando 52 Kg, com desenvolvimento e saúde mental normais - o crime de estupro contra vulnerável não se configurou. 3. In casu, percebe-se claramente que a vítima não sofria de qualquer enfermidade ou deficiência mental, conforme atestaram os peritos criminais. Assim, há de se levantar em conta o seu consentimento nos atos sexuais, não havendo qualquer vício em sua vontade, uma vez que tinha pleno conhecimento sobre sexo, tendo em vista que afirmou em juízo que somente terminou o namoro com o recorrido porque ficou sabendo da sua infidelidade. 4. Recurso conhecido e não provido (DISTRITO FEDERAL, 2011). (grifou-se)

Todavia, em julgamento realizado pela Terceira Seção do STJ no dia 26 de agosto de 2015, sob o rito dos **recursos repetitivos** (artigo 543-C do Código de Processo Civil), de relatoria do ministro Rogerio Schietti Cruz, foi fixada a seguinte tese (tema 918): “Para a caracterização do crime de estupro de vulnerável previsto no art. 217-A, caput, do Código Penal, basta que o agente tenha conjunção carnal ou pratique qualquer ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos. O consentimento da vítima, sua eventual experiência sexual anterior ou a existência de relacionamento amoroso entre o agente e a vítima não afastam a ocorrência do crime.” Cumpre ressaltar que a aludida decisão orientará as instâncias inferiores sobre como proceder em casos idênticos, a fim de evitar que recursos que sustentam posições contrárias cheguem ao STJ.

Constata-se aí, uma visão retrógrada do Superior Tribunal de Justiça, que está se distanciando da realidade de uma sociedade pós-moderna, que pugna a todo tempo por uma separação entre as concepções morais e as condutas de fato ofensivas a um bem jurídico. Os comportamentos sexuais não são estáticos, eles evoluem com o decurso do tempo, ainda mais lidando com uma sociedade tão diversificada, onde a moral sexual não é uniforme.

Enfim, após visualizar a abordagem do tema na prática forense, infere-se que os argumentos invocados pelos magistrados tem supedâneo no ordenamento jurídico, notadamente nos princípios já trabalhados. As

decisões demonstram que os julgadores não devem ser meros aplicadores da pura letra da lei, eis que exercem um papel de garantia do equilíbrio e paz social, além do bem-estar, tranquilidade e harmonia da comunidade em que se encontram inseridos. Dessarte, a interpretação da norma penal deve se adaptar às mudanças de conceitos e preconceitos de uma sociedade plural.

CONCLUSÃO

A despeito de haver posicionamento doutrinário e jurisprudencial em sentido contrário, é imperioso o reconhecimento do caráter *juris tantum* da vulnerabilidade do adolescente menor de catorze anos, elementar da figura típica denominada “estupro de vulnerável”.

Diante da sociedade contemporânea, caracterizada pela preponderância dos meios de comunicação em massa, que veiculam a todo instante atos de conotação sexual para um público de todas as idades, indiscriminadamente; o juiz não deve se subordinar à estrita letra da lei, ignorando a realidade circundante. Cabe a ele fazer uma ponderação de interesses no caso concreto, a fim de proporcionar a verdadeira justiça social por meio da aplicação da norma.

Assim, é cada vez maior o número de julgados no sentido de reconhecer a possibilidade de relativizar a vulnerabilidade insculpida no artigo 217-A do Código Penal, buscando afastar a mera utilização do critério etário para aferir a capacidade de autodeterminação sexual da vítima. Principalmente porque a análise do contexto fático demonstra muitas vezes que, embora o ofendido seja adolescente menor de catorze anos, a situação não configura vulnerabilidade e ofensa à sua liberdade e dignidade sexual, já que se relacionava amorosamente com o acusado, sendo a relação sexual entre eles livre e consentida, despida de qualquer violência real.

Verifica-se, ainda, que ao adotar a vulnerabilidade como absoluta, a norma passa a tutelar a moralidade sexual (pudor), e não a liberdade e dignidade sexual, bens jurídicos pretendidos inicialmente pelo legislador. Isso porque ao “presumir” que o menor de catorze anos não tem maturidade para a prática de atos dessa natureza, desconsiderando as especificidades do caso concreto, a norma atua muito mais para restringir sua liberdade do que para proteger o aludido bem jurídico.

Outrossim, ao se filiar ao supradito entendimento, tem-se uma evidente hipótese de responsabilidade penal objetiva, a qual é incompatível

com o princípio da culpabilidade, que rege o ordenamento jurídico brasileiro.

Por fim, mister é admitir a relativização da vulnerabilidade, para que o Direito Penal não se distancie de seu propósito elementar, intervindo apenas nas situações de seu interesse, em homenagem aos princípios da intervenção mínima e da ofensividade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. A ação penal nos crimes contra a dignidade sexual após a Lei nº 12.015/09. **2009. Disponível em: >. Acesso em: 29 jul. 2014.**

ANDREUCCI, Ricardo Antônio. **Manual de Direito Penal:** parte especial. Saraiva: São Paulo, 2004. v. 3.

_____. **Manual de Direito Penal.** 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ARAUJO, Rodrigo da Silva Perez; COELHO, Alexs Gonçalves. **O estupro de vulnerável e sua aplicabilidade e interpretação à luz do Estatuto da Criança e do Adolescente.** 2012. Disponível em: . Acesso em: 6 ago. 2014.

BARROS, Francisco Dirceu. **Vulnerabilidade nos novos delitos sexuais.** 2010. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/vulnerabilidade-nos-novos-delitos-sexuais/5314>>. Acesso em: 8 ago. 2014.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora.** 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito constitucional.** 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas.** 2. ed. São Paulo: Martin Claret, 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal.** 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1.

_____. **Tratado de Direito Penal: parte especial. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 4.**

BIZZOTTO, Alexandre. **Valores e princípios constitucionais: exegese no sistema penal sob a égide do Estado Democrático de Direito.** Goiânia: AB, 2003.

BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de Processo Penal. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.**

BRASIL. 1996. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 73.662/MG.** Relator Ministro Marco Aurélio. Brasília. Julgamento: 21 maio 1996. Diário da Justiça da União, Brasília, 20 set. 1996.

_____. 1997. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 75765/MG.** Relator Ministro Felix Fischer. Brasília. Julgamento: 24 fev. 1997. Diário da Justiça da União, Brasília, 25 ago. 1997.

_____. 2012. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1303083/MG.** Relator Ministro Jorge Mussi. Brasília. Julgamento: 19 abr. 2012. Diário da Justiça da União, Brasília, 27 abr. 2012.

_____. 2012. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos no Recurso Especial nº 1.021.634/SP.** Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Brasília. Julgamento: 19 abr. 2012. Diário da Justiça da União, Brasília, 27 abr. 2012.

_____. 2013. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1280490/SC.** Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Brasília. Julgamento: 07 nov. 2013. Diário da Justiça da União, Brasília, 20 nov. 2013.

_____. 2014. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1363531/MG.** Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Brasília. Julgamento: 27 jun. 2014. Diário da Justiça da União, Brasília, 04 ago. 2014.

_____. **Constituição (1988).** Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao>. Acesso em: 15 ago. 2014.

_____. **Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Diário Oficial da União, **31 dez. 1940.** Disponível em: >. Acesso em: **30 jul. 2014.**

_____. **Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Diário Oficial da União, **31 dez. 1940.** Disponível em: . Acesso em: **21 ago. 2014.**

_____. **[Decreto-Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941.](#)** Diário Oficial da União, 13 out. 1941. Disponível em: . Acesso em: 21 ago. 2014.

_____. Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890. Disponível em: >. Acesso em: 30 jul. 2014.

_____. **[Lei do Império, de 16 de dezembro de 1830.](#)** **Secretaria de Estado dos Negócios da Justiça,** 08 jan. 1831. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim-16-12-1830.htm>. Acesso em: 30 jul. 2014.

_____. **[Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990.](#)** Diário Oficial da União, 27 set. 1990. Disponível em: . Acesso em: 21 ago. 2014.

_____. **[Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.](#)** Diário Oficial da União, 11 jan. 2002. Disponível em: . Acesso em: 15 ago. 2014.

_____. **[Lei n. 12.015, de 7 de agosto de 2009.](#)** Diário Oficial da União, 10 ago. 2009. Disponível em: . Acesso em: 21 ago. 2014.

COSTA, Alvaro Mayrink da. **Direito penal:** parte especial: Injustos contra a sociedade. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

[CUNHA, Rogério Sanches. Código Penal para concursos. 5. ed. Salvador: Jus Podivm, 2012.](#)

DELMANTO, Celso *et al.* **Código penal comentado.** 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DISTRITO FEDERAL. 2011. Tribunal de Justiça. **Apelação nº 20100310073825.** Relator Desembargador Cesar Laboissiere Loyola.

Brasília. Julgamento: 11 out. 2011. Diário da Justiça eletrônico, Brasília, 19 out. 2011.

_____. 2012. Tribunal de Justiça. **Apelação nº 27421620118070010 DF 0002742-16.2011.807.0010**. Relator Desembargador Roberval Casemiro Belinati. Brasília. Julgamento: 01 mar. 2012. Diário da Justiça eletrônico, Brasília, 16 mar. 2012.

ELUF, Luiza Nagib. **Crimes contra os Costumes e Assédio Sexual**. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1999.

ESPAÑA. Código Penal y legislación complementaria. Boletín oficial del Estado. Disponível em: Acesso em: 31 jul. 2014.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**: parte especial. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986. v. 2.

_____. **Objeto do crime**. 1977. Disponível em: . Acesso em: 20 dez. 2013.

FUHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. **Novos crimes sexuais**. São Paulo: Malheiros, 2009.

GOIÁS. 2013. Tribunal de Justiça. **Apelação nº 225831-95.2012.8.09.0171**. Relatora Desembargadora Carmecy Rosa Maria A. de Oliveira. Goiânia. Julgamento: 29 ago. 2013. Diário da Justiça eletrônico, Goiânia, 16 set. 2013.

_____. 2013. Tribunal de Justiça. **Apelação nº 235289-34.2011.8.09.0087**. Relator Desembargador Edison Miguel da Silva Junior. Goiânia. Julgamento: 16 maio 2013. Diário da Justiça eletrônico, Goiânia, 28 jun. 2013.

_____. 2013. Tribunal de Justiça. **Apelação nº 365244-53.2011.8.09.0141**. Relator Dr. Jairo Ferreira Junior. Goiânia. Julgamento: 02 jul. 2013. Diário da Justiça eletrônico, Goiânia, 07 ago. 2013.

_____. 2014. Tribunal de Justiça. **Revisão Criminal nº 346861-91.2013.8.09.0000**. Relator Desembargador João Waldeck Felix de Sousa. Goiânia. Julgamento: 07 maio 2014. Diário da Justiça eletrônico, Goiânia, 21 maio 2014.

GOMES, Luiz Flávio. **O que se entende por erro de proibição**. 2012. Disponível em: . Acesso em: 27 dez. 2013.

_____. **Presunção de violência nos crimes sexuais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. v. 4.

_____. **Princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. v. 1.

_____. **Princípio da ofensividade no Direito Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. v. 6.

GOMES, Luiz Flávio; SOUSA, Áurea Maria Ferraz de. **Estupro e atentado violento ao pudor: crime único ou concurso de crimes?** 2010. Disponível em: >. Acesso em: 6 ago. 2014.

GRECO, Alessandra Orcesi Pedro; RASSI, João Daniel. **Crimes contra a dignidade sexual**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 1991.

GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado**. 5. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

_____. **Curso de Direito Penal: parte especial**. 9. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012. v. 3.

_____. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 12. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010. v. 1.

HUNGRIA, Nelson Hoffbauer. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1956. v. 8.

JESUS, Damásio de. **Direito penal: parte especial**. São Paulo: Saraiva, 2002. v. 3.

LEAL, João José; LEAL, Rodrigo José. Estupro comum e a figura do estupro de pessoa vulnerável: Novo tipo penal unificado. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 32, p.52-77, 23 abr. 2012.

_____. **Novo tipo penal de estupro contra pessoa vulnerável.2009**. Disponível em: . Acesso em: 15 ago. 2014.

MARANHÃO, Odon Ramos. **Curso básico de medicina legal**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MIGALHAS. **Homem acusado de estupro de menor apontado como prostituta é absolvido**. 7 jul. 2014. Disponível em: >. Acesso em: 21 ago. 2014.

MINAS GERAIS.2011. Tribunal de Justiça.**Apelação nº1.0693.10.007817-1/001**. Relator Desembargador Antônio Armando dos Anjos. Belo Horizonte. Julgamento: 01 nov. 2011. Diário da Justiça eletrônico, Belo Horizonte, 03 fev. 2012.

_____. 2014. Tribunal de Justiça.**Embargos de Declaração nº1.0440.10.002153-2/002**. Relator Desembargador Silas Vieira. Belo Horizonte. Julgamento: 24 jun. 2014. Diário da Justiça eletrônico, Belo Horizonte, 04 jul. 2014.

MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de Direito Penal**:parte geral. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010. v. 1.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**:parte especial. São Paulo: Atlas, 2003. v. 2.

MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal**. São Paulo: Julio Cesar Faria, 2002.

MOSSIN, Heráclito Antônio. **Assédio sexual e crimes contra os costumes**. São Paulo: Ltr, 2002.

MULLER, Crisna Maria. Direitos Fundamentais: a proteção integral de crianças e adolescentes no Brasil. 2011. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artig_os_leitura&artigo_id=9619>. Acesso em: 6 ago. 2014.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción al derecho penal**. Barcelona: Bosch, 1975.

NATSCHERADETZ, Karl Prehaz. **O direito penal sexual: conteúdo e limites**. Coimbra: Almedina, 1985.

NORONHA, Edgard de Magalhães. **Código Penal Brasileiro Comentado**. Saraiva: São Paulo, 1954. v. 7.

_____. **Direito penal**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 1.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Crimes contra a dignidade sexual. Comentários à Lei nº. 12.015, de 7 de agosto de 2009**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PANDINI, Marina Brunetto. **A relativização no julgamento dos crimes de estupro de vulneráveis menores de 14 anos**. 2012. Trabalho de conclusão de curso (Curso de Direito) – Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL). Disponível em: >. Acesso em: 28 out. 2013.

PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: parte especial (arts. 121 a 234)**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

PORTINHO, João Pedro Carvalho. **História, Direito e violência sexual: a Idade Média e os Estados Modernos**. 2005. Disponível em: >. Acesso em: 31 jul. 2014.

PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de. CARVALHO, Gisele Mendes de. **Curso de direito penal brasileiro**. 13. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de direito penal brasileiro: parte especial**. 10. ed. Rio de Janeiro: Editora Revista dos Tribunais, 2011. v. 2.

QUEIROZ, Paulo *et al.* **Curso de Direito Penal: parte especial**. Salvador: Jus Podivm, 2013.

QUEIROZ, Paulo. [Sentido, fins e limites dos crimes contra a dignidade sexual](#). Disponível em: >. Acesso em: 29 jul. 2014.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

RASSI, João Daniel. [A questão da vulnerabilidade no direito penal sexual brasileiro](#). **Revista Brasileira de Ciências Criminas**, São Paulo, v. 19, n. 92, p. 61-96, 2011.

REHDER, Guilherme Augusto Corrêa. **Crimes sexuais: ensaios históricos**. Disponível em: >. Acesso em: 28 out. 2013.

RIO GRANDE DO SUL. 2013. Tribunal de Justiça. **Apelação Criminal nº 70050178045**. Relator Desembargador Ícaro Carvalho de Bem Osório.

Porto Alegre. Julgamento: 17 out. 2013. Diário da Justiça eletrônico, Porto Alegre, 30 out. 2013.

SÃO PAULO. 2014. Tribunal de Justiça. **Apelação^o 0004128-21.2009.8.26.0205**. Relator Desembargador Nelson Fonseca Júnior. São Paulo. Julgamento: 24 abr. 2014. Diário da Justiça eletrônico, São Paulo, 25 abr. 2014.

SILVA, Tadeu Antônio Dix. **Crimes sexuais: reflexões sobre a Nova Lei nº 11.106/2005**. Leme: J. H. Mizuno, 2006.

TAQUARY, Eneida Orbage de Brito. **Dos crimes contra os Costumes**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005.

TELES, Ney Moura. **Direito Penal: parte especial**. São Paulo: Atlas, 2004. v. 3.

_____. **Direito Penal: parte especial**. São Paulo: Atlas.v. 3. Disponível em: <<http://neymourateles.com.br/direito-penal/direito-penal-iii>>. Acesso em: 28 out. 2013.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos do direito penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

VIANNA, Erica Vasconcelos de Aguiar. **Crimes sexuais contra vulnerável: uma breve abordagem no contexto constitucional**. 2011. Disponível em: <<http://www2.tjce.jus.br:8080/dike/wp-content/uploads/2010/11/Erica-Vasconcelos-de-Aguiar.pdf>>. Acesso em: 10 de agosto de 2014.

VILARES, Fernanda Regina. **Relativização do estupro de vulnerável**. 2012. Disponível em: >. Acesso em: 21 de agosto de 2014.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral**. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

NOTAS:

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

VI - estupro de vulnerável (art. 217-A, **capute** §§ 1º, 2º, 3º e 4º); (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

[2] Art. 225 - Nos crimes definidos nos capítulos anteriores, somente se procede mediante queixa.

§ 1º - Procede-se, entretanto, mediante ação pública:

I - se a vítima ou seus pais não podem prover às despesas do processo, sem privar-se de recursos indispensáveis à manutenção própria ou da família;

II - se o crime é cometido com abuso do pátrio poder, ou da qualidade de padrasto, tutor ou curador.

§ 2º - No caso do nº I do parágrafo anterior, a ação do Ministério Público depende de representação.

[3] Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

[4] Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;

b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;

c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;

d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

[5] Apesar dessa teoria ser denominada “constitucional”, o Supremo Tribunal Federal considerou que a presunção de violência não padece do vício da inconstitucionalidade.

[6] “Entendemos que a presunção é absoluta, em face da nítida intenção do legislador de proteger as vítimas com idade igual ou inferior a 14 anos.” (ANDREUCCI, Ricardo Antônio, *Manual de Direito Penal*, p.17)

[7] “é presunção de caráter absoluto diante do texto constitucional que não admite concessões em relação à liberdade sexual da criança e do adolescente”. (TAQUARY, Eneida Orbage de Brito, *Dos crimes contra os Costumes*, p. 29-30)

[8] LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

[9] “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

(...)

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.”

[10] Art. 5º Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.

O CRITÉRIO OBJETIVO NA LEI DE DROGAS

BRENO EDUARDO CAMPOS ALVES:

Delegado de Polícia Civil do Estado do Tocantins; Graduado em Direito pela PUC-MINAS; Pós-graduado em Direito em Administração Pública; Pós-Graduado em Ciências Criminais.

Resumo: A Lei de Drogas promulgada em 2006 traz em seu bojo uma esteira de aplicação diferenciadora para traficantes e usuários, sendo que, para tanto, elenca critérios objetivos e subjetivos que devem ser analisados para o correto enquadramento legal, tipificação. Os critérios objetivos referentes à quantidade e natureza dos entorpecentes apreendidos em ações policiais acabam por ter grande relevância no processo de investigação, pois integram a complexa marcha de apuração de crimes desta estirpe. Neste pé, o presente artigo vislumbra percorrer o tema sob o enfoque do trabalho da polícia judiciária e seus reflexos, contemplando as bases lógicas e técnicas disponíveis para a atuação técnico-jurídica.

Palavras-chave: Lei de drogas; narcotráfico; investigação policial.

Summary: *The Drug Law promulgated in 2006 brings in its wake a differentiating application for traffickers and users, and for that, it lays down criteria that must be analyzed for the correct legal framework, typing. The objective criteria regarding the quantity and nature of the drugs seized in police actions end up having great relevance in the investigation process, since it is part of the complex process of investigating crimes of this kind. At this point, the present article aims to go through the theme under the focus of the work of the judicial police and its reflexes, the logical and technical bases available for the technical-legal action.*

Keywords: *Drug law; drug trafficking; police investigation.*

Sumário: 1. A Lei de Drogas. 2. O critério da natureza e quantidade da droga. 3. Digressões jurisprudenciais. Conclusão. Referências.

1 A LEI DE DROGAS

Em 23 de agosto de 2006 foi promulgada a Lei de número 11.343, conhecida como Lei de Drogas, estabelecendo novo regramento para as questões das drogas no país, sendo que instituiu o SISNAD (Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas), instituiu medidas de prevenção e reinserção social de usuários, bem como parâmetros de repressão com a definição dos crimes desta estirpe.

Nesta legislação houve uma nítida separação do tratamento pelo Estado entre as duas figuras simbióticas que alimentam todo o sistema escuso do comércio ilegal de drogas, tais sejam: usuário e traficante.

“No âmbito criminal, as principais inovações foram o tratamento diferenciado em relação ao usuário, a tipificação de crime específico para a cessão de pequena quantia de droga para consumo conjunto, o agravamento da pena do tráfico, a criação da figura do tráfico privilegiado, a tipificação do crime de financiamento do tráfico, bem como a regulamentação de novo rito processual. ” (GONÇALVES; JUNIOR; 2016, p. 79)

A Lei de Drogas previu duas espécies delitivas de teores semelhantes, mas que dão a linha tênue de divisão entre usuários e traficantes, tendo em relação aos primeiros, condutas tipificadas no artigo 28, e aos segundos, condutas tipificadas no artigo 33. Vejamos o artigo 28:

“Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:

I - advertência sobre os efeitos das drogas;

II - prestação de serviços à comunidade;

III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

§ 1o Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de

pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.

§ 2o Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.

§ 3o As penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 5 (cinco) meses.

§ 4o Em caso de reincidência, as penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 10 (dez) meses.

§ 5o A prestação de serviços à comunidade será cumprida em programas comunitários, entidades educacionais ou assistenciais, hospitais, estabelecimentos congêneres, públicos ou privados sem fins lucrativos, que se ocupem, preferencialmente, da prevenção do consumo ou da recuperação de usuários e dependentes de drogas.

§ 6o Para garantia do cumprimento das medidas educativas a que se refere o caput, nos incisos I, II e III, a que injustificadamente se recuse o agente, poderá o juiz submetê-lo, sucessivamente a:

I - admoestação verbal;

II - multa.

§ 7o O juiz determinará ao Poder Público que coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado.” (BRASIL, 2006)

Conforme elencado acima, a punição pelo Estado à conduta do usuário é bem leve em comparação à conduta do traficante, vejamos o tipo penal do artigo 33, o qual dá base de punição para este último:

“Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

§ 1o Nas mesmas penas incorre quem:

I - importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas;

II - semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas;

III - utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas.

§ 2o Induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga:

Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa de 100 (cem) a 300 (trezentos) dias-multa.

§ 3o Oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa, sem prejuízo das penas previstas no art. 28.

§ 4o Nos delitos definidos no caput e no § 1o deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.” (BRASIL, 2006)

Verifica-se uma grande similaridade dos tipos penais, entretanto, a questão crucial de diferença destes crimes se dá no aspecto do consumo pessoal ou não, gerando duas implicações com sanções totalmente diferentes.

Na mesma legislação especial temos a norma que dita a forma pela qual a autoridade de polícia judiciária deverá compor seu relatório, justificando as razões que a levaram à classificação do delito, indicando a quantidade e natureza das substâncias, ou seja, critérios objetivos, e, ainda, local e condições do desenvolvimento da ação da ação criminosa, circunstâncias da prisão, a conduta, a qualificação e os antecedentes, ou seja, critérios subjetivos.

“Art. 52. Findos os prazos a que se refere o art. 51 desta Lei, a autoridade de polícia judiciária, remetendo os autos do inquérito ao juízo:

I - relatará sumariamente as circunstâncias do fato, justificando as razões que a levaram à classificação do delito, indicando a quantidade e natureza da substância ou do produto apreendido, o local e as condições em que se desenvolveu a ação criminosa, as circunstâncias da prisão, a conduta, a qualificação e os antecedentes do agente; ou (...)” (BRASIL, 2006)

Ainda temos na Lei de Drogas a previsão de preponderância da análise da natureza e da quantidade da droga apreendida quando da fixação da pena pelo juiz, conforme norma do artigo 42, vejamos:

“Art. 42. O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente.” (BRASIL, 2006)

Diante de todo este contexto, passaremos a analisar os critérios da natureza e da quantidade das substâncias que dão materialidade aos crimes da lei de drogas.

2 OS CRITÉRIOS DA NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA

Na análise da natureza das substâncias temos uma combinação denominada drogas psicotrópicas, que por sua vez se dividem em três grupos. O primeiro grupo é identificado como drogas psicotrópicas depressoras da atividade do Sistema Nervoso Central, sendo estas aquelas capazes de diminuir a atividade de nosso cérebro, “deprimem seu funcionamento, o que significa dizer que a pessoa que faz uso desse tipo de droga fica ‘desligada’, ‘devagar’, desinteressada pelas coisas” (CEBRID, 2014, p. 7). O segundo grupo é identificado como drogas psicotrópicas estimulantes da atividade do Sistema Nervoso Central, sendo aquelas capazes de aumentar a atividade do nosso cérebro, “estimulam o funcionamento fazendo com que o usuário fique ‘ligado’, ‘elétrico’, sem sono” (CEBRID, 2014, p. 7). Por fim, o terceiro, identificado pelas drogas psicotrópicas perturbadoras da atividade do Sistema Nervoso Central, sendo aquelas ligadas não a quantidade de percepção, mas à qualidade, “o cérebro passa a funcionar fora de seu normal, e a pessoa fica com a mente perturbada” (CEBRID, 2014, p. 8).

No grupo das drogas psicotrópicas depressoras da atividade do Sistema Nervoso Central temos como exemplos: a heroína, a morfina, o ópio, os ansiolíticos, inalantes, solventes e outras. No grupo das drogas psicotrópicas estimulantes da atividade do Sistema Nervoso Central, temos como exemplos: a anfetamina, a cocaína, o crack e outras. No grupo das drogas psicotrópicas perturbadoras do Sistema Nervoso Central temos como exemplos: a maconha, o LSD, o haxixe, o Skank, e outras.

As drogas ilegais são inúmeras, dada a indicação legal de que são consideradas drogas para efeito de aplicação da Lei 11.343/06 todas as substâncias elencadas nas listas da Portaria n. 344 da ANVISA, sendo que esta portaria relaciona algumas centenas de substâncias.

Iremos categorizar adiante dados sobre algumas substâncias, tais sejam, a maconha, cocaína e o crack, tendo em vista serem as

substâncias que mais são apreendidas no cenário policial e jurídico brasileiro, correspondendo a 97,86% das apreensões do nosso país.

2.1 MACONHA

A maconha é o nome dado aqui no Brasil à planta chamada cientificamente de *Cannabis sativa*. Também é conhecida como marijuana e diamba em outros países latinos, e pelas gírias *bagulho* e *chá* aqui no Brasil. Conforme informações divulgadas pelo Centro Brasileiro de Informações Sobre Drogas (CEBRID, 2014) a maconha contém THC (tetraidrocanabinol), sendo substância responsável pelos efeitos do uso da maconha, vez que a planta pode ter maior ou menor nível do THC, os quais variam em razão do solo de plantio, pelo clima, estação do ano, tempo da colheita, etc. O uso da maconha causa efeitos físicos como olhos avermelhados, boca seca, taquicardia, e em caso de uso crônico, já que também tem a presença de alcatrão, substância cancerígena, pode aumentar a possibilidade de câncer de pulmão. O uso também causa efeitos psíquicos como sensação de bem-estar, relaxamento, hilaridade, podendo também gerar angústia, tremores, sudorese e outros.

O uso maconha é realizado em maior incidência na forma de cigarros artesanais, ou cachimbos. Após estudos realizados pela SETEC/SR/DPF no Rio Grande do Sul, onde diversos cigarros de maconha apreendidos em operações policiais foram pesados e classificados, obteve-se que, em média, um cigarro contém massa de 0,5 a 1,5 gramas, equivalente de um a cinco cigarros. (2013)

As barras de maconha comumente apreendidas em operações policiais, onde a maconha está embalada e prensada, tem massa aproximada de um quilo cada, o que nos permite operar a divisão simbólica desta em cigarros. Assim, teríamos a cada barra apreendida a quantia de 666 unidades a 2.000 unidades de cigarros artesanais.

No intuito de estabelecer informações sobre a capacidade de uso diário, ou seja, a habitualidade de uso por um dependente, foram realizadas pesquisas para responder qual a massa bruta de maconha

normalmente utilizada por um usuário de maconha em um dia, referendando uma porção/dia.

Assim, obteve-se a orientação dada pela Secretaria Nacional de Políticas e Drogas, que remeteu para o Congresso Nacional informações balizares para projeto de lei em tramitação naquelas casas, dando como critério de uso diário a quantidade de 2,5 gramas de maconha. (2014). Assim, se novamente pegarmos em suposição uma barra com massa de um quilo de maconha, teríamos em divisão a quantia de 400 dias/uso.

Nos países onde há a especificação legal de quantidade de drogas apreendidas para a tipificação e divisão entre usuários e traficantes, vislumbra-se um critério de mensuração em dias, ou seja, um subcritério, onde, após definir uma quantidade plausível para uso diário, estabelece-se uma aceitação de quantidade de dias uso. Neste sentido, o usuário, para ser assim definido, poderia portar até o limite de 3 dias uso, ou 4 dias uso, etc., e, assim, quando acima deste valor, teríamos a conduta presumida do tráfico, dada a quantidade superior.

Em comparação com legislações de outros países, no espeque acima delineado, apresentamos referências de quantidades de maconha previstas como compatíveis com o uso (usuário): Alemanha 30 gramas; Bélgica 3 gramas; Colômbia 20 gramas; Holanda 5 gramas; Paraguai 10 gramas. (GOMES, 2014, p. 11).

Tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei Complementar de número 37/2013, o qual detém como proa a indicação de 5 dias uso como tolerância para caracterizar o usuário. Neste passo, se calcularmos a quantidade de 2,5 gramas de uso diário para um usuário de maconha, teremos a quantidade de 12,5 gramas para o entendimento de que esse montante é compatível com o uso por 5 dias.

2.2 COCAÍNA

A cocaína assim é definida pelo CEBRID:

“A cocaína é uma substância natural extraída das folhas de uma planta encontrada exclusivamente na América do Sul, a Erythroxylon coca,

conhecida como coca ou epadu, este último nome dado pelos índios brasileiros. A cocaína pode chegar até o consumidor sob a forma de um sal, o cloridrato de cocaína, o “pó”, “farinha”, “neve” ou “branquinha”, que é solúvel em água e serve para ser aspirado (“cafungado”) ou dissolvido em água para uso intravenoso (“pelos canos”, “baque”). ” (CEBRID, 2014)

A planta da coca é muito usada em certos países da América do Sul, como Peru e Bolívia, sendo em ambos permitido por lei, fazendo parte da cultura. As folhas são mascadas ou usadas sob a forma de chá, inclusive servidos para hóspedes em hotéis, entretanto, usadas desta forma, poucos são os efeitos dessa substância.

O uso da cocaína é realizado em maior incidência por aspiração, nas quais o usuário se vale de um plano onde espalha o pó em forma de carreira e, valendo-se de um tubo/cone, muitas vezes notas de dinheiro enroladas, aspiram com as narinas a porção/pó.

No intuito de estabelecer informações sobre a capacidade de uso diário, ou seja, a habitualidade de uso por um dependente, foram realizadas novas pesquisas para responder qual a massa bruta de cocaína normalmente utilizada por um usuário viciado em um dia, referendando uma porção/dia.

Em pesquisa realizada na Santa Casa de Misericórdia de Curitiba no Estado do Paraná (NASSIF FILHO, 1999), houve a constatação mediante questionários de que os usuários lá internados, viciados em cocaína, utilizavam diariamente cerca de 3,8 gramas. Entretanto, tratavam-se de pacientes que se encontravam internados para o fim específico de deixarem o abuso do uso de drogas.

Ainda, obteve-se a orientação dada pela Secretaria Nacional de Políticas e Drogas, que remeteu para o congresso informações balizares para projeto de lei em tramitação naquelas casas, dando como critério de uso diário a quantidade de 0,2 gramas de cocaína. (2014).

Novamente na análise de legislações de países onde há a especificação legal de quantidade de drogas apreendidas, vislumbra-se o

mesmo critério de mensuração em dias, ou seja, um subcritério, onde, após definir uma quantidade plausível para uso diário, estabelece-se uma aceitação de quantidade de dias uso aceitável. Neste sentido, o usuário, para ser assim definido, poderia portar até o limite de 3 dias uso, ou 4 dias uso, etc., e, assim, quando acima deste valor, teríamos a conduta presumida do tráfico, dada a quantidade superior, conforme descrito no tópico referente à maconha.

Em comparação com legislações de outros países, no espeque acima delineado, apresentamos quantidades de cocaína previstas nas legislações que são compatíveis com o uso (usuário): Colômbia 1 grama; Paraguai 2 gramas; Venezuela 2 gramas; Peru 5 gramas. (GOMES, 2014, p. 11).

Conforme já delineado, tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei Complementar de número 37/2013, o qual detém como proa a indicação de 5 dias uso, para tolerância. Neste passo, se calcularmos a quantidade de 0,2 gramas de uso diário para um usuário de cocaína, teremos a quantidade de 1 grama para o entendimento de que esse montante é compatível com o uso por 5 dias.

2.3 CRACK

O crack (CEBRID, 2014) é a cocaína solidificada em cristais, obtendo este nome em razão do som realizado quando do uso das pedras e seu aquecimento com fogo. Assim que o crack é fumado alcança o pulmão e é intensivamente vascularizado, chegando ao cérebro. Em 10 a 15 segundos, os primeiros efeitos já ocorrem, enquanto os efeitos de cheirar o “pó” (cocaína) surgem após 10 a 15 minutos. Esse aspecto elencado faz do crack uma droga muito forte, de rápida ação. Entretanto, a duração também é rápida, cerca de 5 minutos, enquanto na cocaína tem-se os efeitos de 20 a 45 minutos. Daí a necessidade do usuário de crack fazer uso repetido, criando a dependência muito mais rápido.

O crack passou a ser um grande problema social nas cidades brasileiras, visto a total submissão do usuário desta droga ao seu vício, abandonando qualquer papel social que outrora o viciado desempenhava. Em metrópoles é comum haver áreas de concentração de usuários, denominando as chamadas “cracolândias”, onde corpos esqueléticos e

sujos se esgueiram pelos logradouros públicos e usam ao ar livre a referida droga. Os usuários valem-se normalmente de cachimbos artesanais, bem como latas, onde ateam fogo sobre a pedra e puxam a fumaça gerada através da sucção, consumindo por via oral.

Também sob o pretexto de estabelecer informações sobre a capacidade de uso diário, ou seja, a habitualidade de uso por um dependente químico do crack, foram realizadas pesquisas, como nos exemplos anteriores apontados, para responder qual a massa bruta de crack normalmente utilizada por um usuário viciado em um dia, referendando uma porção/dia.

A Fundação Oswaldo Cruz em parceria com a SENAD/MJ em uma pesquisa nacional do uso de crack, estabeleceu a média de uso diário de cocaína, na forma de crack, sendo de “11 a 16 pedras” (FIOCRUZ, 2014, p. 60). Em complementação temos a Informação Técnica n. 023/2013 SETEC/SR/DPF/RS, a qual constou que cada pedra de crack pode variar de 0,1 a 1,5 gramas de massa/peso, tendo em média 0,3 gramas.

Em pesquisa realizada na Santa Casa de Misericórdia de Curitiba no Estado do Paraná (NASSIF FILHO, 1999), houve a constatação mediante questionários de que os usuários lá internados, viciados em crack, utilizavam diariamente cerca de 5,2 gramas. Entretanto, tratavam-se de pacientes que se encontravam internados para o fim específico de deixarem o abuso do uso de drogas.

Tendo em vista o fato de que o crack ser uma variação da cocaína, as quantidades de referência se aproximam a da cocaína, entretanto, não se tem a possibilidade de deter mais do que a quantidade de um dia uso, dado o poder destruidor desta droga.

3 DIGRESSÕES JURISPRUDENCIAIS

Desde 2006, ano do implemento da Lei 11343, diversas situações fáticas foram levadas ao crivo judicial, criando uma infinidade de decisões que, mediante um processo judicial, obtiveram a análise jurisprudencial do requisito objetivo.

Após verificar estas decisões, valendo-se de um procedimento metodológico, foram encetadas pesquisas isoladas de apreensões em casos concretos, somente para se ter um norte. As pesquisas ocorreram nos Estados do Paraná, Santa Catarina, São Paulo, Mato Grosso do Sul e Bahia, nos Tribunais de Justiça dos respectivos entes federados.

No Estado do Paraná obteve-se 1 grama para crack e 15 gramas para maconha. No Estado de Santa Catarina obteve-se 2 gramas para crack. No Estado de São Paulo obteve-se 8,5 gramas para crack. No Estado de Mato Grosso do Sul obteve-se 6,2 gramas para cocaína e 20 gramas para maconha. No Estado da Bahia obteve-se 2,6 gramas para crack e 1,65 gramas para cocaína. (GOMES, 2014, p. 13)

Obviamente que não se trata de uma média, nem de uma pesquisa em larga escala, entretanto, são referências a casos pontuais analisados por desembargadores em seus respectivos tribunais.

CONCLUSÃO

Diante de todo exposto, verifica-se que obtivemos o incremento em nosso ordenamento jurídico da Lei n. 12.830 de 2013, que assim consignou, vejamos:

“Art. 2º As funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais exercidas pelo delegado de polícia são de natureza jurídica, essenciais e exclusivas de Estado.

§ 1º Ao delegado de polícia, na qualidade de autoridade policial, cabe a condução da investigação criminal por meio de inquérito policial ou outro procedimento previsto em lei, que tem como objetivo a apuração das circunstâncias, da materialidade e da autoria das infrações penais.

§ 2º Durante a investigação criminal, cabe ao delegado de polícia a requisição de perícia, informações, documentos e dados que interessem à apuração dos fatos.

§ 3º (VETADO).

§ 4o O inquérito policial ou outro procedimento previsto em lei em curso somente poderá ser avocado ou redistribuído por superior hierárquico, mediante despacho fundamentado, por motivo de interesse público ou nas hipóteses de inobservância dos procedimentos previstos em regulamento da corporação que prejudique a eficácia da investigação.

§ 5o A remoção do delegado de polícia dar-se-á somente por ato fundamentado.

§ 6o O indiciamento, privativo do delegado de polícia, dar-se-á por ato fundamentado, mediante análise técnico-jurídica do fato, que deverá indicar a autoria, materialidade e suas circunstâncias.” (grifo nosso) (BRASIL, 2013).

Observa-se que a condução investigativa para apurar a materialidade delitiva e a autoria de infrações penais e suas circunstâncias é atividade do Delegado de Polícia, autoridade policial constituída em lei para este mister. Mais adiante também se observa que o indiciamento se trata de ato privativo do Delegado de Polícia, e que este ato deve se dar de forma fundamentada pelo meio da análise técnico-jurídica do fato.

O Delegado de Polícia deve realizar a análise técnico-jurídica de um fato, sendo que ao observar um fato criminoso, deve proceder a raciocínios lógicos e técnicos próprios do trabalho policial, entretanto, também deve esquematizar os contornos jurídicos do mesmo fato. Trata-se de uma relação simbiótica em que a tecnicidade e a juridicidade se complementam e se nutrem para sintetizar a análise da autoridade policial.

Pois bem, valendo-se do acima exposto, os parâmetros indicados nas pesquisas colacionadas neste artigo acabam por fomentar elementos técnicos que não se tratam de regras instituídas, mas servem de base para a fundamentação exigida por lei quando do indiciamento por crimes da Lei de Drogas.

É sabido que a realidade policial brasileira se apregoa com unidades de plantão onde o volume de ocorrências policiais se acumulam em larga escala, obrigando a autoridade policial a trabalhar em ultra velocidade,

sendo necessário ter alguns elementos de fácil alcance para delimitar suas ordens e determinações. No tocante ao nacionais levados à presença da autoridade policial em posse de drogas, temos no presente elementos para a análise dos requisitos objetivos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

A.C.N. Nassif Filho, S.G. Bettega, S. Lunedo, J. E. Maestri, F. Gortz. **Repercussões otorrinolaringológicas do abuso de cocaína e/ou crack em dependentes de drogas.** Curitiba: Revista da Associação Médica Brasileira, 1999

BRASIL. **Lei 11343 de 23 de agosto de 2006.** Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em: 28 set. 2017.

BRASIL. **Lei 12.830 de 20 de junho de 2013.** Dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12830.htm>. Acesso em: 03 out. 2017.

CEBRID. **Livreto Informativo Sobre Drogas Psicotrópicas.** Out. de 2014. Disponível em: < <http://www.cebrid.com.br/livreto-informativo-sobre-drogas/>>. Acesso em: 25 jul. 2017.

DEPARTAMENTO DE POLÍCIA FEDERAL. **Informação técnica n. 023/2013.** Porto Alegre: Setor Técnico Científico da Superintendência Regional da Polícia Federal no Estado do Rio Grande do Sul (SETEC/SR/DPF/RS), 2013.

GOMES, Maria Tereza Uille. **Estudo técnico para sistematização de dados sobre informações do requisito objetivo da Lei 11.343/2006.**

Secretaria de Estado da Justiça, Cidadania e Direitos Humanos, Curitiba, 2014. Disponível em . Acesso em: 30 set. 2017.

Instituto de Comunicação e Informação Científica e Tecnológica em Saúde e Fundação Oswaldo Cruz. **Pesquisa Nacional sobre o Uso de Crack**. Rio de Janeiro: ICICT/FIOCRUZ, 2014.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios; JUNIOR, José Paulo Baltazar; coordenador Pedro Lenza. **Legislação Penal Especial**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Ofício 90/2014** – GAB/SENAD/MJ. Brasília: Secretaria Nacional de Políticas e Drogas (SENAD), 2014.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Portaria 344**, de 12 maio de 1998. Aprova o Regulamento Técnico sobre substâncias e medicamentos sujeitos a controle especial. Disponível em: http://www.anvisa.gov.br/hotsite/talidomida/legis/Portaria_344_98.pdf. Acesso em: 26 jul. 2017.

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: O BRASIL É CAPAZ DE ALÇAR OS PATAMARES IDEAIS DE UM ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO IDEAL.

PAULO BYRON OLIVEIRA SOARES NETO: Professor Efetivo do Governo do Estado de São Paulo; Licenciado e Bacharel em Matemática pela Universidade Ibirapuera; especialista em Gestão Escolar e Coordenação Pedagógica pela Uniasselvi; graduando em Direito (UNIP); Graduando em Engenharia de Produção (UNIVESP); Pós graduando em Ensino de Filosofia (UNIFESP); pós graduado em Direito Tributário e mestrando em Direito e Negócios Internacionais pela Universidade del Atlântico - Espanha.

Resumo: O presente artigo tem como objetivo apresentar ao leitor o controle de constitucionalidade existente na República Federativa do Brasil. Através de análise bibliográfica, procura-se demonstrar as relevâncias, institutos e, também, alicerçar o leitor para possíveis estudos e pesquisas futuras na área do Direito Constitucional.

Palavra-chave: Controle e constitucionalidade; Brasil; Direito Constitucional.

Abstract: The purpose of this article is to present to the reader the control of constitutionality existing in the Federative Republic of Brazil. Through bibliographical analysis, it is tried to demonstrate the relevance, institutes and, also, to support the reader for possible studies and future research in the area of Constitutional Law.

Keywords: Control and constitutionality; Brazil; Constitutional right.

Introdução

As interpretações das normas jurídicas sofreram adaptações ao longo do tempo, a fim de atender às necessidades decorrentes de uma sociedade em constante mutação e evolução. O Brasil acompanha tal evolução e, obviamente, contrariando alguns doutrinadores, a Constituição Federal deve sofrer alterações quanto a forma de interpretação de suas

normas, com intuito de atender os direitos e garantias fundamentais da população.

Destarte, apesar de críticas, a Hermenêutica Constitucional se torna de vital importância ao País que deseja alçar a condição concreta de Estado Democrático de Direito. Apesar das severas críticas em relação a esta interpretação jurídica das normas constitucionais, temos, p.ex., Konrad Hesse que defende tal método de interpretação, apenas em textos constitucionais que impossibilitem uma interpretação lógica, conforme trecho a seguir:

a função interpretadora admite a possibilidade de mudança constitucional, mas exclui o enfraquecimento constitucional – desvio do texto no caso concreto – e a reforma da Constituição por interpretação. Onde o intérprete se impõe à Constituição deixa de interpretá-la para mudá-la ou enfraquecê-la (HESSE, 2009, p. 116-117).

Cristalino que, ao ocorrer uma nova forma de interpretação de referida norma constitucional, esta não incorrerá em alteração da constituição ou, sequer, exclusão de texto ou esmorecimento da plenitude Constitucional, visto que, tal modo de compreensão da norma tem como intuito atender os anseios e necessidades emanados pelo povo.

A teoria positivista de Hans-Kelsen, apesar de inúmeros adeptos, não é cabível em um Estado Democrático de Direito, pois a mesma se tornaria atemporal, tornando insatisfatório a sua aplicação concreta, de tal forma a cercear de forma abrupta uma sociedade em constante desenvolvimento e alteração. Neste ponto nos cabe a citação de Nietzsche, a qual representa de maneira brilhante a mera aplicação positivista da norma constituição, cerceando os anseios provindos do povo, alicerce e detentor do poder do Estado Democrático de Direito:

Minha vista, seja forte ou fraca, enxerga apenas a certa distância, e neste espaço eu vivo e ajo, a linha deste horizonte é o meu destino imediato, pequeno

ou grande, a que não posso escapar. Assim, em torno a cada ser há um círculo concêntrico, que lhe é peculiar. De modo semelhante, o ouvido nos encerra num pequeno espaço, e assim também o tato. É de acordo com esses horizontes, nos quais, como em muros de prisão, nossos sentidos encerram cada um de nós, que medimos o mundo, que chamamos a isso perto e àquilo longe, a isso grande e àquilo pequeno, a isso duro e àquilo macio: a esse medir nós chamamos “perceber” – e tudo, tudo em si é erro!^[1]

Por seu turno, Peter Häberle apresenta uma nova Teoria, a qual prevê a participação dos principais atores políticos na interpretação constitucional, ou seja, grupos sociais e cidadãos envolvidos direta ou indiretamente influenciando de forma concreta a atuação dos legisladores na produção das leis, como, também, aos magistrados na hermenêutica constitucional, tornando-a participativa, pluralista. Conforme seu ensinamento:

A teoria da interpretação constitucional esteve muito vinculada a um modelo de interpretação de uma ‘sociedade fechada’. Ela reduz, ainda, seu âmbito de investigação, na medida em que se concentra, primeiramente, na interpretação constitucional dos juízes e nos procedimentos formalizados.^[2]

Diante desta breve introdução quanto à interpretação das normas constitucionais nos cabe, a partir deste momento, atentar a um fato histórico determinante ao controle de constitucionalidade.

1. Caso Marbury vs. Madison

Derivado de uma disputa política após a eleição presidencial em 1800, na qual Thomas Jefferson, fora eleito derrotando o então presidente em exercício John Adams. Nos últimos dias durante a sua gestão, o Congresso de maioria partidária a John Adams, criam diversos cargos no Judiciário, incluindo 42 (quarenta e dois) juízes de paz no Distrito de

Colúmbia. Após confirmação das nomeações pelo Senado, e sancionadas pelo presidente ainda em exercício, reservou-se a incumbência ao secretário de Estado entregar as respectivas nomeações, porém acabou por deixar de entrega 4 (quatro) nomeações, sendo uma delas a de William Marbury.

Sob a gestão de Thomas Jefferson, o novo secretário de Estado James Madison recusou-se a entregar as respectivas comissões, visto que, a nova administração postava-se indignada com o encaixe de membros do partido federalista na magistratura.

Por seu turno, coube a Marbury acionar a Suprema Corte a fim de exigir que Madison lhe entregasse a respectiva comissão.

Neste momento a Suprema Corte se vê defronte a um impasse, caso decidisse a favor de Marbury, Madison poderia, de qualquer modo, manter a recusa de entrega da comissão, pois a Corte não possuía meios de impor-lhe tal deliberação. Todavia, se a Suprema Corte fosse contrária a Marbury, acabaria por submeter o Judiciário aos pleitos da administração de Thomas Jefferson.

Diante do impasse, John Marshall, Presidente da Suprema Corte, resolveu a questão declarando a Seção 13 da Lei Judiciária, que apontava que tal poder era inconstitucional, visto que, ampliava os poderes da jurisdição originária da Corte, sendo assim, garantindo posição finalista nas questões legais.

Destarte, que a partir do caso exposto, ventre, do instituto de controle de constitucionalidade das leis.

2. Controle de constitucionalidade

Ao tratarmos de controle de constitucionalidade, devemos atentar a duas premissas a supremacia constitucional e sua rigidez. A supremacia constitucional refere-se à sua posição hierárquica perante as demais leis vigentes, já a rigidez constitucional perfaz pelo ato de controle

efetivo para que a norma constitucional tenha um processo de elaboração mais complexo do que os das normas infraconstitucionais.

O controle de constitucionalidade fundamenta-se na defesa dos direitos fundamentais, pressupõe, portanto, a existência de determinados valores materiais compartilhados pela sociedade que devem ser preservados.

Desta feita, podemos conceituar o controle de constitucionalidade como a verificação minuciosa da lei, ou ato normativo perante a Constituição da República Federativa do Brasil, tanto sob os requisitos, materiais, formais e volitivos que dela derivam.

Como define Alexandre de Moraes: “*Controlar a constitucionalidade significa verificar a adequação (compatibilidade) de uma lei ou de um ato normativo com a constituição, verificando seus requisitos formais e materiais.*”^[3]

Na conceituação de Bernardo Gonçalves Fernandes, temos:

O controle de constitucionalidade visa a garantir a supremacia e a defesa das normas constitucionais (explícitas ou implícitas) frente a possíveis usurpações, devendo ser entendido como a verificação de compatibilidade (ou adequação) de leis ou atos normativos em relação a uma Constituição, no que tange ao preenchimento de requisitos formais e materiais que as leis ou atos normativos devem necessariamente observar^[4].

Eis o ponto que distingue, em parte, a questão do nosso entendimento em relação a alguns doutrinadores, a questão volitiva das normas constitucionais, a qual não é abordada pela maioria doutrinária, porém como bem definida por Pedro Lenza o aspecto volitivo é o “*vício de decoro parlamentar*”^[5], ou seja, interferências que comprometem a decisão do legislador e em consequência atuando em desacordo com sua posição de representante dos interesses do povo.

2.1. Princípios do controle de constitucionalidade

Diante do exposto, podemos ter que os princípios ou pressupostos de controle de constitucionalidade podem ser apresentados da seguinte maneira: a supremacia da constituição; presunção relativa de constitucionalidade de normas infraconstitucionais e de normas constitucionais derivadas; presunção absoluta de constitucionalidade das normas originárias; e o princípio da rigidez constitucional.

O princípio da supremacia constitucional, conforme especificado anteriormente, se dá pela Constituição no topo do ordenamento jurídico brasileiro, sendo assim, as leis (*lato sensu*) devem estar materialmente e formalmente em conformidade com a Constituição Federal.

Em relação a presunção relativa, tem-se como base que tanto o Poder Legislativo, quanto o Poder Executivo tenham conhecimento pleno da Constituição Federal, desta forma, as normas geradas por tais poderes possuem tal relatividade de presunção. Por sua vez, as normas originárias possuem presunção absoluta de constitucionalidade, todavia, podem posteriormente ser reconhecida como inconstitucionais e eventuais conflitos terem resolução baseados nos princípios integradores.

No que tange a rigidez, esta se refere a necessidade de ritos solenes, com maior dificuldade para alteração das normas constitucionais, as quais estão no ápice do nosso ordenamento jurídico.

2.2. Espécies de controle de constitucionalidade

O controle de constitucionalidade pode se dar no momento de realização, ou seja, pelo ingresso de determinada lei ou ato normativo no ordenamento jurídico, porém apesar da existência do controle preventivo o qual tem por finalidade impedir que alguma norma que contrarie a nossa Lei Maior venha a tornar-se parte do ordenamento jurídico. Por sua vez, há o controle repressivo que extingue lei ou ato normativo que contrariem a Constituição Federal.

Vale ressaltar que, tanto o Poder Executivo quanto o Legislativo atuam, ou deveriam atuar preventivamente, para que determinada Lei ou ato normativo não contrariasse a Constituição Federal. Em regra, no Brasil,

a verificação da adequação, compatibilizando os atos normativos com a Constituição Federal é realizada através do Poder Judiciário.

Caracteriza-se no Brasil o controle de constitucionalidade devido a originalidade e diversidade de instrumentos destinados à fiscalização da constitucionalidade, contemplando assim um modelo difuso de controle de constitucionalidade, porém possui complementação através do controle abstrato proveniente do Supremo Tribunal Federal.

Desta feita de acordo com as possibilidades de controle de constitucionalidade, nos cabe, especificar o conceito de cada espécie e prover o leitor de conhecimento sobre tais.

2.2.1. Controle de constitucionalidade concentrado

Refere-se ao controle abstrato exercido, através de quem possua legitimidade para arguir a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo, por via de Ação Direta de Inconstitucionalidade, Arguição de Descumprimento de Preceito fundamental, Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva ou através da Ação Declaratória de constitucionalidade.

Os legitimados são: Presidente da República, Mesa do Senado Federal, Mesa da Câmara Federal dos Deputados, Mesa da Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, Governadores, Procurador-Geral da República, Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

Os legitimados são classificados em subespécies, conforme a possibilidade de arguição que a Lei vos atribuiu: universais ou genéricos (podem propor ação sobre qualquer matéria); e temáticos ou específicos (possuem o dever de demonstrar que a pretensão pleiteada guarda pertinência direta com seus objetivos institucionais – pertinência temática).

No que se refere ao grupo dos legitimados universais, temos o Presidente da República, Mesa do Senado Federal, Mesa da Câmara

Federal, Procurador-Geral da República, Conselho da Ordem dos Advogados do Brasil e partido político com representação no Congresso Nacional.

Por seu turno, os legitimados temáticos ou específicos são: confederações sindicais e entidades de classe de âmbito nacional, a Mesa da Assembleia Legislativa ou Câmara Distrital e os Governadores.

Por fim, devemos nos atentar a questão que são consideradas Confederações sindicais as quais são integradas por no mínimo três federações, de empregados, empregadores ou mesmo de profissionais liberais, e que tenham sede na Capital Federal, conforme art. 535 da CLT. Quanto as entidades de classe de âmbito nacional, é aquela com representatividade em, no mínimo, 1/3 dos Estados da Federação, porém o Supremo Tribunal Federal restringe a interpretação da legitimidade de tais entidades.

Conforme exposto, faz-se oportuno trazer ao leitor o entendimento de Luís Roberto Barroso:

Trata-se de controle exercido fora de um caso concreto, independente de uma disputa entre partes, tendo por objeto a discussão acerca da validade da lei em si. Não se cuida de mecanismo de tutela de direitos subjetivos, mas de preservação da harmonia do sistema jurídico, do qual deverá ser eliminada qualquer norma incompatível com a Constituição. A ação direta é veiculada através de um processo objetivo, no qual não há lide em sentido técnico, em artes. Devido a seu caráter institucional – e não de defesa de interesses -, a legitimação para suscitar o controle por via principal, isto é, para propor ação direta de inconstitucionalidade, é limitada a determinados órgãos e entidades. Em seu âmbito, como regra, será objeto de debate a norma existente e seu alegado contraste com a Constituição [6].

2.2.2. Controle de constitucionalidade difuso

No que tange o controle difuso, este enseja o exercício da jurisdição por qualquer membro do Poder Judiciário (magistrados), todavia a constituição reserva ao controle difuso a cláusula de reserva plenário, disposta no art. 97 da Constituição Federal, conforme segue: “*Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público*”.

Porém há o Incidente de Inconstitucionalidade, disposto no art 481 e ss. do Código de Processo Civil, e por consequência no faz trazer à baila:

A jurisprudência pacífica desta Corte, agora reafirmada em sede de repercussão geral, entende que é desnecessária a submissão de demanda judicial à regra da reserva de plenário na hipótese em que a decisão judicial estiver fundada em jurisprudência do Plenário do STF ou em Súmula deste Tribunal, nos termos dos arts. 97 da CF e 481, parágrafo único, do CPC.[ARE 914.045 RG, rel. min. Edson Fachin, j. 15-10-2015, P, DJE de 19-11-2015, tema 856.

Devemos salientar que o efeito da declaração de inconstitucionalidade no controle difuso é *inter partes*, ou seja, só valendo para o caso concreto e, via de regra, com eficácia *ex tunc*. Entretanto quando determinada Lei Federal, Estadual, Distrital ou Municipal de forma recursal, vier a apreciação do controle difuso, a inconstitucionalidade deve ser comunicada diretamente ao Senado Federal, o qual agirá como órgão nacional. Prevalecendo a suspensão esta terá efeito *ex nunc*.

Por fim, a fim de concluir o controle de constitucionalidade difuso, cabe apontarmos o ensinamento, Luís Roberto Barroso:

Assim, na modalidade de controle difuso, também chamado sistema americano, todos os órgãos judiciários, inferiores ou superiores, estaduais ou federais, têm o poder e o dever de não aplicar as

leis inconstitucionais nos casos levados a seu julgamento.

No Brasil, o controle difuso vem desde a primeira Constituição republicana, e subsiste até hoje sem maiores alterações. Do juiz estadual recém-concursado até o Presidente do Supremo Tribunal Federal, todos os órgãos judiciários têm o dever de recusar aplicação às leis incompatíveis com a Constituição[\[7\]](#).

3. Considerações finais

De acordo com exposto, o Brasil adota o sistema misto de controle de constitucionalidade. Todavia muito aquém de dispor as ferramentas necessárias para uma pluralidade ideal de participação e interpretação de normas constitucionais e controle das mesmas.

Notório que apesar do controle difuso e concentrado, este último requer uma maior adaptabilidade em relação aos anseios e necessidades da sociedade brasileira, cabendo, portanto, uma análise para o estudo de uma teoria que atenda a necessidade do cidadão brasileiro.

A passos lentos existe mudança, porém longe dos ideais teóricos de Peter Häberle, a participação pluralista existente e aplicada no Brasil, distorce o princípio ideológico, deixando a mercê a maioria da população de membros da sociedade que possuem determinado poder. Na lição deste mesmo autor: “*a teoria da interpretação deve ser garantida sob a influência da teoria democrática. Portanto, é impensável uma interpretação da Constituição sem o cidadão ativo e sem as políticas públicas mencionadas*[\[8\]](#)”.

Desta feita, a fim de participar da interpretação da Constituição da República Federativa do Brasil, bem como no controle de constitucionalidade pluralista, far-se-á necessário um vislumbrar inovador nas políticas públicas, principalmente no que tange a educação, visto que, para interpretar algo devemos conhecê-lo, ter contato com este, e as escolas são o cerne para o início de tal mudança, conforme já previsto em

projeto de Lei nº 70/2015 aprovado no Senado Federal, desta forma, alçaremos o Estado Democrático de Direito de fato.

4. Referências bibliográficas

BAHIA, Flávia. *Direito Constitucional*. Recife: Armador, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006

BRASIL. *A constituição e o Supremo*. Supremo Tribunal Federal (STF). Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp?item=1058>> Acessado em: 26 nov. 2017.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993.

DUTRA, Luciano. *Direito Constitucional Essencial*. 3ªed. São Paulo. Forense, 2016.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador. Juspodium, 2017.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – a Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Constituição para e Procedimental da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris editor, 1997.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 16ªed. São Paulo. Saraiva, 2013.

LIMA, Anderson Rodrigo Andrade de. *Interpretação aberta da Constituição: aplicabilidade da obra de Peter Häberle ao Direito brasileiro*. Santa Maria: Fadisma. 2015

MENDES, Gilmar F.; BRANCO, Paulo G. G., *Curso de direito constitucional*, 5. ed. São Paulo. Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar F. *Estado de Direito e Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Saraiva. 2011.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 32ª ed. São Paulo: Atlas. 2016.

NIETZCHE, Friedrich. *Na Prisão, in Aurora*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. *Direito Constitucional Descomplicado*. 16ªed. São Paulo. Forense, 2017.

PATUTO, Rogério. *Controle de Constitucionalidade – sinótico*. Disponível em:<<http://direitonunip013.wixsite.com/direitouniprs/copia-control-e-constitucionalidad>> Acessado em: 25 nov.2017

RAMOS, Elival da Silva. *Controle de Constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SCHUELLER, Larissa Pinheiro. *Controle Difuso de Constitucionalidade*. Série Aperfeiçoamento de Magistrados 2 – Curso de Controle de Constitucionalidade. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeicoamentodemagistrados/paginas/series/2/Controle_de_Constitucionalidade_140.pdf> Acessado em: 26 nov. 2017.

TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2008.

NOTAS:

[1] NIETZCHE, Friedrich. *Na Prisão, in Aurora*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004, Livro III, p.117.

[2] HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – a Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição*:

Constituição para e Procedimental da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre:

Sérgio Antônio Fabris editor, 1997, pág. 12.

[3] MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 32ª ed. São Paulo: Atlas. 2016, p. 1118.

[4] FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 6ªed. Bahia. Juris Podium. 2014. P.1082.

[5] LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. São Paulo: Saraiva. 2013, p. 273.

[6] BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 50

[7] BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 20

[8] HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – a Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição*:

Constituição para e Procedimental da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre:

Sérgio Antônio Fabris editor, 1997, pág. 14.

A INVALIDAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO POR INOBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA MOTIVAÇÃO: PEQUENAS REFLEXÕES À TEORIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES

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

Resumo: O objetivo do presente é analisar o cabimento da invalidação dos atos administrativos a partir da inobservância da motivação e da teoria dos motivos determinantes. A concepção de ato administrativo é a mesma empregado para o ato jurídico, encontrando como ponto de diferenciação o elemento *finalidade pública*. Assim, o ato jurídico administrativo é toda manifestação de vontade do Estado, por seus representantes, no exercício regular de suas funções ou, ainda, por qualquer pessoa que detenha parcela de poder reconhecido pelo Estado, que tem por finalidade imediata criar, reconhecer, modificar, resguardar ou extinguir direitos e obrigações sob o regime jurídico-administrativo. Ao lado disso, toda vontade emitida por agente da Administração Pública é advinda da impulsão de certos fatores fáticos ou jurídicos. Assim sendo, é inaceitável, em sede de direito público, a prática de ato administrativo sem que seu autor tenha tido, para tanto, razões de fato ou de direito, responsáveis pela materialização da vontade. A partir disso, a motivação exsurge como condição de validade do ato administrativo e sua inobservância, sobretudo em sede de atos discricionários, devido à teoria dos motivos determinantes, rendem ensejo à invalidação do ato. A metodologia empregada foi o método indutivo,

auxiliado de revisão de literatura e pesquisa bibliográfica como técnicas de pesquisa.

Palavras-chaves: Ato Administrativo. Princípio da Motivação. Teoria dos Motivos Determinantes. Invalidação.

Sumário: 1 Comento Introdutório: A Ciência Jurídica à luz do Pós-Positivismo; 2 Ato Administrativo: Concepção Introdutória e Condições de Validade; 3 Motivo e Motivação nos Atos Administrativos; 4 A Invalidade dos Atos Administrativos; 5 A Invalidação do Ato Administrativo por inobservância do Princípio da Motivação: Pequenas Reflexões à Teoria dos Motivos Determinantes; Referências

1 Comento Introdutório: A Ciência Jurídica à luz do Pós-Positivismo

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

Com escora em tais premissas, cuida hastear como pavilhão de interpretação o “prisma de avaliação o brocardo jurídico 'Ubi societas, ibi jus', ou seja, 'Onde está a sociedade, está o Direito', tornando explícita e cristalina a relação de interdependência que esse binômio mantém”^[1]. Deste modo, com clareza solar, denota-se que há uma interação consolidada na mútua dependência, já que o primeiro tem suas balizas fincadas no constante processo de evolução da sociedade, com o fito de que seus Diplomas Legislativos e institutos não fiquem inquinados de inaptidão e arcaísmo, em total descompasso com a realidade vigente.

A segunda, por sua vez, apresenta estrutural dependência das regras consolidadas pelo Ordenamento Pátrio, cujo escopo fundamental está assentado em assegurar que inexista a difusão da prática da vingança privada, afastando, por extensão, qualquer ranço que rememore priscas eras, nas quais o homem valorizava os aspectos estruturantes da Lei de Talião (“Olho por olho, dente por dente”), bem como para evitar que se robusteça um cenário caótico no seio da coletividade.

Afora isso, volvendo a análise do tema para o cenário pátrio, é possível evidenciar que com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, imprescindível se fez adotá-la como maciço axioma de sustentação do Ordenamento Brasileiro, primacialmente quando se objetiva a amoldagem do texto legal, genérico e abstrato, aos complexos anseios e múltiplas necessidades que influenciam a realidade contemporânea.

Ao lado disso, há que se citar o voto magistral voto proferido pelo Ministro Eros Grau, ao apreciar a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº. 46/DF, “o direito é um organismo vivo, peculiar porém porque não envelhece, nem permanece jovem, pois é contemporâneo à realidade. O direito é um dinamismo. Essa, a sua força, o seu fascínio, a sua beleza”^[2]. O fascínio da Ciência Jurídica jaz justamente na constante e imprescindível mutabilidade que apresenta, decorrente do dinamismo que reverbera na sociedade e orienta a aplicação dos Diplomas Legais.

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

Nesta tela, retratam-se os princípios jurídicos como elementos que trazem o condão de oferecer uma abrangência rotunda, albergando, de modo singular, as distintas espécies de normas que constituem o ordenamento pátrio – normas e leis. Os princípios passam a constituir verdadeiros estandartes pelos quais o arcabouço teórico que compõe o Direito se estrutura, segundo a brilhante exposição de Tovar^[4]. Como consequência do expendido, tais cânones passam a desempenhar papel de super-normas, ou seja, “preceitos que exprimem valor e, por tal fato, são como pontos de referências para as demais, que desdobram de seu conteúdo”^[5]. Por óbvio, essa concepção deve ser estendida a interpretação das normas que dão substrato de edificação à ramificação Administrativa do Direito.

2 Ato Administrativo: Concepção Introdutória e Condições de Validade

A concepção de ato administrativo é a mesma empregado para o ato jurídico, encontrando como ponto de diferenciação o elemento *finalidade pública*. Assim, o ato jurídico administrativo é toda manifestação de vontade do Estado, por seus representantes, no exercício regular de suas funções ou, ainda, por qualquer pessoa que detenha parcela de poder reconhecido pelo Estado, que tem por finalidade imediata criar, reconhecer, modificar, resguardar ou extinguir direitos e obrigações sob o regime jurídico-administrativo.

Com destaque, cuida reconhecer que o ato jurídico substancializa declaração jurídica, ou seja, manifestação que produz efeitos de direito, qual seja: certificar, criar, extinguir, transferir, declarar ou, ainda, qualquer outro moto de modificar direitos ou obrigações. É oriundo do Estado ou, ainda, de quem esteja investido em prerrogativas estatais. Ao lado disso, trata-se de providência jurídicas complementares da lei ou excepcionalmente do próprio Texto Constitucional, sendo, em tal perspectiva, estritamente vinculadas, a título de lhes conferir cumprimento.

A partir de tal concepção, passa-se a discorrer acerca das condições de validade do ato administrativo. A primeira está alicerçada na competência, pois nenhum ato, discricionário ou vinculado, pode ser realizado, de maneira válida, sem que o agente disponha de poder legal para praticá-lo. Para Carvalho Filho, “competência é o círculo definido por lei dentro do qual podem os agentes exercer legitimamente sua atividade. Na verdade, poder-se-ia qualificar esse tipo de competência como administrativa”^[6], com o escopo de coloca-la em plano diverso da legislativa e da jurisdicional.

Ora, em alinho, o poder atribuído ao agente da Administração para o desempenho específico das suas funções é compreendido por competência administrativa, advinda da lei e por ela delimitada. Desta feita, todo ato oriundo de agente incompetente ou, ainda, realizado além do limite de que dispõe a autoridade incumbida de sua prática, é inválido, porquanto lhe falta um elemento básico de sua perfeição, a saber: o poder jurídico para manifestar a vontade decorrente da Administração.

De acordo com Righetto^[7], tratando-se de um requisito de ordem pública, a competência administrativa é intransferível e improrrogável pela vontade de dos interessados. Carvalho Filho, ao explicar os elementos da competência, diz que “a inderrogabilidade: a competência de um órgão não se transfere a outro por acordo entre as partes, ou por assentimento do agente da Administração. Fixada em norma expressa, deve a competência ser rigidamente observada por todos”^[8]. Em relação à improrrogabilidade, a incompetência não se transmuda em competência, isto é, caso um órgão não possua competência para determinada função, não poderá vir a tê-la de maneira superveniente,

ressalvada a hipótese de a antiga norma definidora sofrer alteração em sua redação.

Righetto^[9], ainda, pondera que, apesar de tais aspectos caracterizadores, a competência pode ser delegada e avocada, desde que haja permissões nas normas reguladoras da Administração. Logo, sem que a lei faculte essa deslocação de função, diz-se não ser possível a modificação discricionária de competência, pois é elemento vinculado de todo ato administrativo e, em razão disso, insuscetível de ser fixada ou alterada à vontade do administrador ou ao arrepio da lei.

A segunda condição de validade está relacionada a finalidade do ato administrativo, ou seja, o escopo de interesse público a atingir. Ora, não se compreende ato administrativo sem um fim público. Dessa forma, a finalidade é elemento vinculado de todo ato administrativo, discricionário ou regrado, porquanto o Direito Positivo não concebe ato administrativo desprovido de finalidade pública ou, ainda, afastado de sua finalidade específica. Observa Righetto que “desde que a Administração Pública só se justifique como fator de realização do interesse coletivo, seus atos não de se dirigir para um fim público, sendo nulos quando satisfizerem pretensões descoincidentes do interesse coletivo”^[10].

Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que “finalidade é o bem jurídico objetivado pelo ato. Vale dizer, é o resultado previsto legalmente como correspondente à tipologia do ato administrativo, consistindo no alcance dos objetivos por ele comportados”^[11]. Ora, para cada finalidade estabelecida pela Administração Pública, existe um ato definido em lei, porquanto o ato administrativo é caracterizado por sua tipicidade, que é o atributo por meio do qual o ato administrativo deve corresponder às figuras estabelecidas previamente no ordenamento jurídico como aptas para produzir determinado resultado no plano concreto.

A finalidade está contida no conteúdo da norma, de maneira explícita ou implicitamente. Desta feita, descabe ao administrador outra ou mesmo substituir a indicada na norma administrativa, mesmo que ambas colimem fins públicos. Logo, nada resta para o alvitre do Administrador, que fica vinculado, integralmente, à vontade legislativa e a alteração da

finalidade expressa na norma legal ou implícita no ordenamento da Administrativa caracteriza o desvio de poder, rendendo, por via de consequência, ensejo à invalidação do ato, pois ausente está um elemento primário em sua formação, a saber: o fim público desejado pelo legislador^[12].

Em mesmo sentido, Bandeira de Mello^[13] sustenta que ocorre o desvio de poder e, portanto, invalidade, quando o agente se serve de um ato para atender a finalidade alheia à natureza do ato empregado. Ora, em consequência, se observa o mau uso da competência que o agente é detentor para praticar atos administrativos, substancializado na busca de uma finalidade que simplesmente que não pode ser buscada ou, ainda, quando possa, não pode sê-lo por meio do ato administrativo empregado. Não é concebida a faculdade da autoridade suprimir a continuidade, promovendo a substituição de uma finalidade legal do poder com que foi investido, conquanto pretenda um resultado materialmente lícito.

Avançando nas condições de validade, Carvalho Filho vai ditar que “a forma é o meio pelo qual se exterioriza a vontade. A vontade, tomada de modo isolado, reside na mente como elemento de caráter psíquico, interno. Quando se projeta, é necessário que o faça através da forma”^[14]. Em razão disso, a forma é elemento que constitui a própria formação do ato, logo, sem sua presença, o ato sequer completa o seu ciclo de existência. Bandeira de Mello acrescenta que “forma é o revestimento exterior do ato; portanto, o modo pelo qual este aparece e revela sua existência”^[15].

Nesta linha, a forma como concepção material não se identifica com a forma na concepção jurídica. De fato, uma coisa é o ato ter forma e outra, diversa, é o ato ter forma válida. Destarte, para ser considerada válida, a forma do ato deve encontrar compatibilidade com o que expressamente é disposto na lei ou em ato equivalente com força jurídica. Assim, “não basta simplesmente a exteriorização da vontade pelo agente administrativo; urge que o faça nos termos em que a lei estabeleceu, pena de ficar inquinado de vício de legalidade suficiente para provocar-lhe a invalidação”^[16].

O aspecto relativo à forma válida tem íntima conexão com os procedimentos administrativos. Tal fato deriva do ideário de que a impõe que certos atos sejam precedidos de uma série formal de atividade. Nesta linha, o ato administrativo é o ponto em que culmina a sequência de atos prévios. Em razão do exposto, estará sua validade comprometida, caso não seja observado o procedimento em toda a sua extensão, todo o *iter* contemplado na legislação, advindo do disposto no devido processo legal, consagrado como flâmula norteadora do sistema jurídico contemporâneo.

Ainda no que concerne à condição em comento, é oportuno invocar o princípio da solenidade das formas como regra norteadora, afastando-se, de maneira robusta, do princípio da liberdade das formas regente do direito privado. Assim, no tocante ao princípio da solenidade das formas, dois aspectos merecem destaque. O primeiro repousa na regra geral que deve orientar a exteriorização dos atos administrativos. De acordo com Righetto^[17] e Carvalho Filho^[18], o primeiro descansa na regra geral que deve orientar a exteriorização dos atos. Assim, o ato deve ser escrito, registrado (ou arquivado) e publicado. Admite-se, porém, que em situações singulares possa a vontade administrativa manifestar-se por meio de outros meios, como é o caso de gestos (de guardas de trânsito), palavras (atos de polícia de segurança pública) ou sinais (semáforos ou placas de trânsito). É importante frisar que se trata de situação especial. “O que convém fixar é que só se admite o ato administrativo não escrito em casos de urgência, de transitoriedade da manifestação da vontade administrativa ou de irrelevância do assunto para a Administração”^[19].

Outro aspecto está jungido ao silêncio como manifestação de vontade. “O grande defeito que incide sobre a forma do ato administrativo é a afronta à especificidade que a lei impõe para a exteriorização da vontade administrativa” ^[20], pois se a lei afixa determinada forma como revestimento do ato, não pode o administrador deixar de observá-la, sob pena de invalidação por vício de legalidade. Em mesma senda, a revogação ou a modificação do ato administrativo deve observar a mesma forma do ato originário, porquanto é elemento formal e vinculado tanto para sua formação quanto para seu desfazimento ou alteração, impondo-se distinguir a forma do ato do procedimento administrativo.

Logo, a forma é o revestimento material do ato; o procedimento configura o conjunto de operações exigidas para sua perfeição. Dessa forma, para uma concorrência há um procedimento que se inicia com o edital e se finda com a adjudicação da obra ou do serviço; e há um ato adjudicatório que se concretiza, afinal, pela forma estabelecida em lei. Neste quadrante, o procedimento é dinâmico; a forma é estática. A inobservância da forma vicia, substancialmente, o ato administrativo, ensejando a invalidação, desde que necessária à sua perfeição e eficácia.

3 Motivo e Motivação nos Atos Administrativos

Toda vontade emitida por agente da Administração Pública é advinda da impulsão de certos fatores fáticos ou jurídicos. Assim sendo, é inaceitável, em sede de direito público, a prática de ato administrativo sem que seu autor tenha tido, para tanto, razões de fato ou de direito, responsáveis pela materialização da vontade. Bandeira de Mello anuncia que “motivo é o pressuposto de fato que autoriza ou exige a prática do ato. É, pois, a situação do mundo empírico que deve ser tomada em conta para a prática do ato”^[21].

Carvalho Filho^[22] leciona que tendo em conta o tipo de situação por força da qual o ato é praticado, classifica-se o motivo em motivo de direito e motivo de fato. Diz-se que o motivo de direito é a situação de fato eleita pela norma legal como ensejadora da vontade administrativa; por sua vez, o motivo de fato é a própria situação de fato ocorrida no mundo empírico, sem descrição na norma legal. Sobre a temática, Bandeira de Mello^[23] leciona, em seu magistério, que quando o motivo encontrar-se previsto na norma legal, o agente só pode praticar o ato se houver ocorrido a situação prevista. Quando inexistente a previsão legal, o agente possui maior liberdade de escolha da situação (motivo) em vista da qual editará o ato.

Ademais, mesmo se a lei não aludir expressamente aos motivos propiciatórios ou exigentes de um ato, nem por isto haverá liberdade para expedi-lo sem motivo ou, ainda, perante um motivo qualquer. Neste quadrante, só é possível aceitar aqueles que possam ser considerados como implicitamente admitidos pela lei à vista do caso concreto, por

corresponderem a supostos fáticos idôneos para desafiar ou comportar a prática daquele específico ato, refletindo, dessa forma, sintonia com a finalidade legal. Neste quadrante, o motivo do ato administrativo não se confunde com a motivação do feita pela autoridade administrativa[24]. A motivação constitui a formalização do ato, sendo um requisito formalístico dele. Trata-se da exposição de motivos, a fundamentação na qual são enunciados: a) a regra de Direito habilitante; b) os fatos em que o agente se alicerçou para decidir e, comumente, obrigatoriamente; c) a enunciação da relação de pertinência lógica entre os fatos ocorridos e o ato praticado. “Na motivação transparece aquilo que o agente apresenta como ‘causa’ do ato administrativo”[25].

De acordo com Carvalho Filho[26], a presença da motivação dos atos administrativos se reveste de grande complexidade entre os publicistas. Tal fato decorre da presença de correntes doutrinárias que debatem a respeito da imprescindibilidade da motivação nos atos administrativos. Para parcela da doutrina, a motivação estaria circunscrita apenas aos atos administrativos vinculados, sendo dispensada dos atos discricionários. Corrente outra sustenta que os atos discricionários, em razão do princípio da legalidade e da presença do subjetivismo do agente público, reclama a motivação, em nome da transparência, a fim de permitir, inclusive, a sindicabilidade da congruência entre as justificativas apresentadas e a realidade física na qual se abalizou a vontade administrativa.

4 A Invalidade dos Atos Administrativos

Os atos administrativos praticados em desconformidade com as prescrições jurídicas são inválidos. Diz-se que a invalidação consiste na supressão de um ato administrativo ou de uma relação jurídica dele oriunda, por haverem sido produzidos em descompasso com a ordem jurídica. A acepção de inválido é antitética à de conformidade com o Direito. Bandeira de Mello pondera que “o que fundamenta o ato invalidador é o dever de obediência à legalidade, o que implica obrigação de restaurá-la quando violada”[27]. Neste talvegue, o motivo da invalidação repousa na ilegitimidade do ato ou da relação por ele gerada, que se tem de eliminar.

De acordo com Carvalho Filho[28], o pressuposto da invalidação repousa na presença do vício de legalidade, porquanto o ato administrativo precisa observar os requisitos de validade para que possa produzir seus efeitos. Sem a presença dos requisitos, o ato não poderá ter a eficácia ambicionada pelo administrador, logo, para se processar a invalidação do ato é imprescindível que esteja ausente um desses requisitos. Sendo assim, o vício no elemento *competência* é advindo da inadequação entre a conduta e as atribuições do agente. Ora, trata-se da situação em que o agente pratica ato que exaspera ao círculo de suas atribuições.

Em atinência ao elemento *finalidade*, o vício é advindo da prática de ato direcionado a interesses privados e não ao interesse público, como seria o esperado. Tem-se, na situação concreta, o desvio de finalidade. Além disso, o vício afronta diretamente o postulado da impessoalidade, expressamente consagrado no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal de 1988[29], que norteia o agir da Administração Pública. O vício de *forma*, por seu turno, é proveniente do ato que não se atenta ou omite o meio de exteriorização exigido para o ato ou, ainda, que não atende ao procedimento cominado em lei como necessário à decisão que a Administração deseja tomar[30].

No que tange ao vício do elemento *motivo*, entende-se que pode ocorrer sob três formas distintas, a saber: (i) inexistência de fundamento do ato; (ii) fundamento falso, ou seja, aquele que é incompatível com a verdade real; (iii) fundamento desconexo com o escopo precedido pela Administração. Se o agente pratica o ato sem qualquer razão, há vício no elemento *motivo*. Igual cenário se apresenta, se o agente fundamenta sua vontade em fato que não existiu. No que atina ao *objeto*, existe o vício na prática de ato dotado de conteúdo diverso daquele autorizado ou determinado por lei, bem como se o objeto é ilícito, impossível ou indeterminável.

No que se refere à invalidação, emerge o debate se há o dever ou a faculdade de invalidar o ato administrativo eivado de vício de legalidade por parte da Administração Pública. Em consonância com Carvalho Filho[31], a doutrina mais abalizada orienta no sentido de que a Administração, ao atuar em conformidade com o princípio da legalidade,

deverá invalidar o ato administrativo inquinado de vício, com o escopo de restaurar a legalidade malferida. Em princípio, não se apresenta possível conciliar a exigência da legalidade dos atos com a complacência e tolerância do administrador público em deixá-lo no mundo jurídico produzindo normalmente seus efeitos; tal omissão ofende diretamente o princípio da legalidade.

Ora, se tal cenário configura a regra geral, há que se reconhecer que, em determinadas situações, poderão aflorar possibilidades que conduzirão a Administração a manter o ato inválido. É oportuno consignar que tais possibilidades não advirão da discricionariedade do administrador, mas configurará a única conduta juridicamente viável. As situações configuram verdadeiras limitações ao dever de invalidação dos atos e podem apresentar-se sob duas formas: (i) o decurso do tempo; (ii) a consolidação dos efeitos produzidos. Na primeira forma, é cediço que o decurso do tempo tem o condão de estabilizar certas situações fáticas, convertendo-as em situações jurídicas. Aparecem como hipóteses a prescrição e a decadência para resguardar o princípio da estabilidade das relações jurídicas.

Igualmente, haverá limitação quando as consequências jurídicas do ato produzirem tal consolidação fática que a manutenção do ato atenderá mais ao interesse público do que a invalidação. Ora, com arrimo em tais atos, determinadas situações são instauradas e, na dinâmica da realidade, podem converter-se em situações reclamadoras e merecedoras de proteção, seja em razão de terem encontrado apoio em alguma regra específica, seja por encontrarem abrigo em algum princípio do Direito. As singulares situações supramencionadas são responsáveis por materializar, no Direito Administrativo, a teoria do fato consumado. “É de se considerar o surgimento de inafastável barreira ao dever de invalidar da Administração, certo que o exercício desse dever provocaria agravos maiores ao Direito do que aceitar a subsistência do ato e de seus efeitos na ordem jurídica”^[32]. Trata-se da prevalência do interesse público sobre o da legalidade estrita.

A invalidação opera efeito *ex tunc*, ou seja, os atos nulos não se convalidam nem pelo decurso do tempo. Desta feita, a decretação da

invalidade de um ato administrativo vai abarcar o momento de sua edição. Tal consequência implica no desfazimento de todas as relações jurídicas que tiveram como nascedouro o ato inválido, com o que as partes que nelas figuram hão de retornar ao *status quo ante*. Com o escopo de evitar a violação do direito de terceiros, que, de nenhuma forma contribuíram para a invalidação do ato, se resguardam tais direitos da esfera de incidência do desfazimento, desde que tenham procedido de boa-fé. Em magistério acurado, Carvalho Filho^[33] assinala que o ato nulo, por ser constituído de vício insanável, não pode redundar na criação de qualquer direito. Inclusive, nesta toada, o STF, em sede de súmula 473, já assentou que a Administração pode anular seus próprios atos ilegais, porque deles não se originam direitos.

5 A Invalidação do Ato Administrativo por inobservância do Princípio da Motivação: Pequenas Reflexões à Teoria dos Motivos Determinantes

Escorando-se no espancado alhures, faz-se mister ter em conta que o princípio jurídico é um enunciado de aspecto lógico, de característico explícito ou implícito, que, em decorrência de sua generalidade, goza de posição proeminente nos amplos segmentos do Direito, e, por tal motivo, de modo implacável, atrela o entendimento e a aplicação das normas jurídicas à sua essência. Com realce, é uma flâmula desfraldada que reclamada a observância das diversas ramificações da Ciência Jurídica, vinculando, comumente, aplicação das normas abstratas, diante de situações concretas, o que permite uma amoldagem das múltiplas normas que constituem o ordenamento aos anseios apresentados pela sociedade. Gasparini, nesta toada, afirma que “constituem os princípios um conjunto de proposições que alicerçam ou embasam um sistema e lhe garantem a validade”^[34].

Nesta senda, é possível analisar a prodigiosa tábua principiológica a partir de três órbitas distintas, a saber: onivalentes ou universais, plurivalentes ou regionais e monovalentes. Os preceitos acampados sob a rubrica princípios onivalentes, também denominados universais, têm como traço peculiar o fato de ser comungado por todos os ramos do saber, como, por exemplo, é o caso da identidade e da razão

suficiente. É identificável uma aplicação irrestrita dos cânones às diversificadas área do saber. Já os princípios plurivalentes (ou regionais) são comuns a um determinado grupo de ciências, no qual atuma como agentes de informação, na medida em que permeiam os aportes teórico-doutrinários dos integrantes do grupo, podendo-se citar o princípio da causalidade (incidente nas ciências naturais) e o princípio do *alterum non laedere* (assente tanto nas ciências naturais quanto nas ciências jurídicas).

Os princípios classificados como monovalentes estão atrelados a tão somente uma específica seara do conhecimento, como é o caso dos princípios gerais da Ciência Jurídica, que não possuem aplicação em outras ciências. Com destaque, os corolários em comento são apresentados como axiomas cujo sedimento de edificação encontra estruturado tão somente a um segmento do saber. Aqui, cabe pontuar a importante observação apresentada por Di Pietro que, com bastante ênfase, pondera “há tantos princípios monovalentes quantas sejam as ciências cogitadas pelo espírito humano” [35]. Ao lado disso, insta destacar, consoante entendimento apresentado por parte da doutrina, que subsiste uma quarta esfera de princípios, os quais são intitulados como “setoriais”. Prima evidenciar, com bastante destaque, que os mandamentos abarcados pela concepção de dogmas setoriais teriam como singular aspecto o fato de informarem os múltiplos setores que integram/constituem uma determinada ciência. Como robusto exemplo desse grupo, é possível citar os princípios que informam apenas o Direito Civil, o Direito Penal, o Direito Administrativo, dentre outros.

Tecidas estas ponderações, bem como tendo em conta as peculiaridades que integram a ramificação administrativa da Ciência Jurídica, de bom alvitre se revela ponderar que os “os princípios administrativos são postulados fundamentais que inspiram todo o modo de agir da Administração Pública. Representam cânones pré-normativos, norteando a conduta do Estado quando no exercício das atividades administrativas”[36]. Assim, na vigente ordem inaugurada pela Carta da República de 1988[37], revela-se imperiosa a observação dos corolários na construção dos institutos administrativos. Pois, olvidar-se de tal, configura-se verdadeira aberração jurídica, sobremaneira, quando resta configurado o aviltamento e desrespeito ao sucedâneo de baldrames consagrados no

texto constitucional e os reconhecidos pela doutrina e jurisprudência pátrios.

Urge salientar que a Constituição Cidadã, ao contrário das Cartas que a antecederam, trouxe, de forma expressa e clara, os princípios informadores da Administração Pública, assinalando a incidência de tais preceitos a todos os entes da Federação, bem como os elementos estruturantes da administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes constituídos. Para tanto, como fértil sedimento de estruturação, é possível transcrever o caput do artigo 37 que, em altos alaridos, diciona que “a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência”[\[38\]](#). Nesta toada, ainda, quadra, também, ter em mente os seguintes apontamentos:

Trata-se, portanto, de princípios incidentes não apenas sobre os órgãos que integram a estrutura central do Estado, incluindo-se aqui os pertencentes aos três Poderes (Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário), nas também de preceitos genéricos igualmente dirigidos aos entes que em nosso país integram a denominada Administração Indireta, ou seja, autarquias, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e as fundações governamentais ou estatais[\[39\]](#).

É verificável, desta sorte, que os preceitos em comento, dada à proeminência alçada pelo texto constitucional, passam a atuar como elementos que norteiam e, corriqueiramente, conformam a atuação dos entes federativos, bem como as estruturas, tais como autarquias, sociedades de economia mista, empresas públicas e fundações, que constituem a Administração Indireta. Em razão de estarem entalhados nas linhas que dão corpo à *Lex Fundamentallis* do Estado Brasileiro, a doutrina convencionou chamá-los de “Princípios Constitucionais Explícitos” ou “Princípios Expressos”. São considerados como verdadeiras diretrizes que norteiam a Administração Pública, na medida em que qualquer ato por ela

emanado só será considerado válido se estiver em consonância com tais dogmas[40].

De outra banda, tem-se por princípios reconhecidos aqueles que, conquanto não estejam taxativamente contemplados no texto constitucional, de modo explícito, permeiam, por conseguinte, toda a ramificação do Direito Administrativo. Isto é, são corolários que encontram descanso, mais evidente e palpável, na atividade doutrinária e jurisprudencial, que, por meio dos seus instrumentos, colaboram de forma determinante na consolidação e conscientização de determinados valores, tidos como fundamentais, para o conhecimento e a interpretação das peculiaridades e nuances dos fenômenos jurídicos, advindos dessa ramificação da Ciência Jurídica. “Os princípios são mandamentos nucleares de um sistema, seu verdadeiro alicerce, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas”[41]. Em que pese o reconhecimento de uma tábua de preceitos e cânones pela doutrina, tal fato não tem o condão de desnaturar o importante papel desempenhado na orientação e conformação da interpretação dos diplomas normativos.

No mais, ao se ter em visão, a dinamicidade que influencia a contínua construção do Direito, conferindo, via de consequência, mutabilidade diante das contemporâneas situações apresentadas pela sociedade, é possível salientar que a construção da tábua principiológica não está adstrita apenas aos preceitos dispostos nos diplomas normativos e no texto constitucional. Ao reverso, é uma construção que também encontra escora no âmbito doutrinário, tal como no enfrentamento, pelos Tribunais Pátrios, das situações concretas colocadas sob o alvitre. Afora isso, “doutrina e jurisprudência usualmente a elas se referem, o que revela sua aceitação geral como regras de proceder da Administração. É por esse motivo que os denominamos de princípios reconhecidos, para acentuar exatamente essa aceitação”[42].

Em sede de comentários introdutórios acerca do corolário em comento, impende sustar que a Administração Pública é norteada por uma gama de princípios gerais, cujo escopo está assentado na orientação da ação do administrador na prática dos atos administrativos. De outro passo, aludidos dogmas asseguram uma boa administração,

que se materializa na correta gestão dos negócios públicos e do manejo dos recursos públicos, entendidos como dinheiro, bens e serviços, visando o interesse coletivo, com o qual se assegura administradoso seu direito a práticas administrativas consideradas honestas e probas. É cediço, arrimando-se nas ponderações vertidas acima, que os princípios explicitados nocabut do artigo 37 são os da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, dapublicidade e da eficiência. Entrementes, outros defluem dos incisos e parágrafos domesmo dispositivo, como a da licitação, da prescritibilidade dos ilícitos administrativos e o da responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 não seapresenta como um mero objeto de ornamentação nem tão pouco um museu deprincípio ou um conjunto inócuo de preceitos e mandamentos. Ao reverso, emdecorrência de seus axiomas e bastiões alicerçantes, a Lei Maior reivindica a realefetividade de suas normas. Destarte, na aplicação das normas constitucionais, aexegese deve partir dos princípios fundamentais, para os princípios setoriais. E,sob esse ângulo, merece destaque o princípio fundante da República que destina especial proteção a dignidade da pessoa humana. Verifica-se, desta maneira, queos preceitos e corolários positivados no Texto Constitucional, tal como os dispositivos que ambicionam a promoção do superprincípio da dignidade da pessoa humana reclama concretude de atuação, notadamente no que concerne aos direitosfundamentais do indivíduo.

Ultrapassadas estas ponderações, ao volver um olhar analítico para o princípio da motivação, notadamente à sua incidência na Administração Pública, é mister destacar que todos os atos administrativos reclamam motivação. Ora, devem ser mencionadas para a prática de qualquer ato administrativo as razões fáticas e jurídicas que levaram a Administração a proceder daquele modo. Ao lado disso, pode-se evidenciar que a motivação deve ser prévia ou contemporânea à prática do ato, sendo despiciendo, contudo, que no ato conste a explicitação do motivo.

Como bem sugestiona Gasparini, “estará atendida a disposição legal se a título de motivação for indicado que o ato é praticado em razão

do que consta no processo administrativo tal e qual ou que está calcado no parecer de folhas tais”[43]. Concretamente, o conteúdo do processo e as conclusões do parecer materializam a motivação dos respectivos atos.

É viável realçar que seria inadmissível sustentar que inexistiria motivação pelo simples fato de, em um despacho, que aluda a um parecer motivado ou que explicita uma exposição de motivação, a Administração Pública não repetir, a fim de evitar tautologia, os motivos abarcados no parecer ou na exposição que instruem o apostilado. Ao reverso, a remissão, concretamente a pareceres já exarados ou elementos de convicção constantes do apostilado, por si só, configuram variáveis aptas a demonstrar que a Administração Pública lançou mão de sedimentos robustos a justificar o posicionamento adotado. Com destaque, a motivação é imprescindível para todo e qualquer ato administrativo, eis que objetiva conferir conhecimento ao particular acerca do arcabouço justificador do ato administrativo.

Nesta trilha, em consonância com o postulado contido no inciso IX do artigo 93 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988[44], até as decisões administrativas dos Tribunais devem guardar motivação. Ora, com pertinência, cuida explicitar que se o Poder Judiciário, ao exercer função atípica (administrativa), deve motivar suas decisões, não é possível conceber pensamento distinto no que se refere à Administração Pública exercendo função típica. “Não obstante tem-se apregoado que a motivação só é obrigatória quando se tratar de ato vinculado (casos de dispensa de licitação) ou quando, em razão da lei ou da Constituição, ela for exigida”[45]. Nesta hipótese, desimporta a natureza vinculada ou discricionária do ato, sendo considerada como indispensável à sua legalidade.

Ora, revela-se cabível estabelecer uma relação direta e nevrálgica entre a motivação e a teoria dos motivos determinantes, a partir da qual o motivo do ato administrativo deve sempre manter compatibilidade com a situação de fato que gerou a manifestação da vontade. A partir disso, “se o motivo o conceitua como a própria situação de fato que impele a vontade do administrador, a inexistência dessa situação provoca a invalidação do ato”[46]. A parte mais robusta incide sobre os atos discricionários, porquanto são exatamente aqueles em que se permite ao

agente maior liberdade de aferição de conduta. Ainda que um ato administrativo seja discricionário, não reclamando, portanto, expressa motivação, esta, se existir, passa a vincular o agente aos termos em que foi mencionada. Logo, se o interessado comprovar que inexistente a realidade fática aludida no ato como determinante da vontade, estará ele irremediavelmente inquinado de vício de legalidade.

Em teoria, é possível afirmar que a ausência de motivação ou a indicação de motivos falsos ou incoerentes têm o condão de tornar o ato nulo. Em sede federal, a celeuma não mais subsiste, eis que a Lei Nº 9.784, de 29 de Janeiro de 1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, estabelece a necessidade de motivação dos atos administrativos sem fazer qualquer diferenciação entre os atos vinculados e os discricionários, conquanto faça menção quando a motivação é expressamente exigida.

Com efeito, as hipóteses agasalhadas no diploma legislativo em destaque podem estar atreladas tanto a atos administrativos vinculados como a discricionários, o que robustece o entendimento de que ambas as espécies de atos administrativos reclamam a carecida motivação. “Os atos discricionários da Administração Pública estão sujeitos ao controle pelo Judiciário quanto à legalidade formal e substancial, cabendo observar que os motivos embasadores dos atos administrativos vinculam a Administração, conferindo-lhes legitimidade e validade”^[47]. É possível destacar que o entendimento em comento é jurisprudencialmente pacificado, consoante se extrai do aresto colacionado:

Ementa: Administrativo. Exoneração por prática de nepotismo. Inexistência. Motivação. Teoria dos motivos determinantes. 1. A Administração, ao justificar o ato administrativo, fica vinculada às razões ali expostas, para todos os efeitos jurídicos, de acordo com o preceituado na teoria dos motivos determinantes. A motivação é que legitima e confere validade ao ato administrativo discricionário. Enunciadas pelo agente as causas em que se pautou, mesmo que a lei não haja imposto tal dever, o ato só será legítimo se elas realmente tiverem ocorrido. 2.

Constatada a inexistência da razão ensejadora da demissão do agravado pela Administração (prática de nepotismo) e considerando a vinculação aos motivos que determinaram o ato impugnado, este deve ser anulado, com a conseqüente reintegração do impetrante. Precedentes do STJ. 3. Agravo Regimental não provido. (Superior Tribunal de Justiça – Segunda Turma/ AgRg no RMS 32.437/MG/ Relator: Ministro Herman Benjamin/ Julgado em 22.02.2011/ Publicado no DJe em 16.03.2011).

Ementa: Agravo Regimental em Recurso Ordinário - Invalidação de Exame de Aptidão Física em Concurso Público - Necessidade de Motivação - Garantia do Contraditório e da Ampla Defesa Imperativa - Direito Líquido e Certo - Ordem Concedida Parcialmente - Agravo Desprovido. 1. Para invalidação de atos ampliativos de direitos dos cidadãos, isto é, atos cuja nulidade importe diminuição da esfera patrimonial dos indivíduos, ainda que o exercício da competência administrativa esteja respaldado pelo poder de autotutela, não se afasta a necessidade imperiosa de instauração do devido processo administrativo, garantindo-se o contraditório e a ampla defesa aos interessados, nos termos do art. 5º, inciso LV, da CR/88. 2. Todos os atos administrativos, inclusive, os discricionários são passíveis de controle jurisdicional (art. 5º, XXXV, CR/88). Esse controle, mormente nos atos discricionários, depende da devida motivação, como condição de sua própria validade. 3. Segurança concedida, em parte, para assegurar ao Impetrante - Agravado o direito líquido e certo da motivação do ato que invalidou seu teste de aptidão física, bem como as garantias do contraditório e da ampla defesa. 4. Agravo regimental desprovido. (Superior Tribunal de Justiça – Sexta Turma/ AgRg nos EDcl no RMS

17.718/AC/ Relator: Ministro Paulo Medina/ Julgado em 11.04.2006/ Publicado no DJ em 12.06.2206, p. 542).

Ao lado disso, insta salientar que a motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com os fundamentos abalizadores já lançados em pareceres, informações, atos decisórios ou propostas que, nesta situação, constituirão parte integrante do ato. Na solução de múltiplos assuntos da mesma natureza, é possível a utilização de meio mecânico que reproduza os fundamentos das decisões, desde que não prejudique direito ou garantia dos interessados. Com realce, a motivação das decisões de órgãos colegiais ou de decisões orais constará da respectiva ata ou termo escrito.

REFERÊNCIAS:

AMARAL, Jasson Hibner. Breves notas sobre o princípio da impessoalidade. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 11, n. 1064, 31 mai. 2006. Disponível em: . Acesso em 25 nov. 2017.

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

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Disponível em: . Acesso em 25 nov. 2017.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: . Acesso em 25 nov. 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23 ed. São Paulo: Editora Atlas S/A, 2010.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo**. 17 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30 ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

RIGHETTO, Marisa Cristina Cleto. **Princípio da Motivação dos Atos Administrativos em face da Lei nº 9.784/99**. Monografia (Bacharel em Direito) – Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2008. Disponível em: . Acesso em 26 nov. 2017.

SERESUELA, Nívea Carolina de Holanda. Princípios constitucionais da Administração Pública. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 60, 1 nov. 2002. Disponível em: . Acesso em 25 nov. 2017.

TOVAR, Leonardo Zehuri. O Papel dos Princípios no Ordenamento Jurídico. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 696, 1 jun. 2005. Disponível em: . Acesso em 25 nov. 2017.

VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: . Acesso em 25 nov. 2017.

NOTAS:

[1] VERDAN, Tauã Lima. Princípio da Legalidade: Corolário do Direito Penal. *In*: **Jurid Publicações Eletrônicas**, Bauru, 22 jun. 2009. Disponível em: . Acesso em 25 nov. 2017.

[2] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº. 46/DF. Empresa Pública de Correios e Telégrafos. Privilégio de Entrega de Correspondências. Serviço Postal. Controvérsia referente à Lei Federal 6.538, de 22 de Junho de 1978. Ato Normativo que regula direitos e obrigações concernentes ao Serviço Postal. Previsão de Sanções nas Hipóteses de Violação do Privilégio Postal. Compatibilidade com o Sistema Constitucional Vigente. Alegação de afronta ao disposto nos artigos 1º, inciso IV; 5º, inciso XIII, 170, caput, inciso IV e parágrafo único, e 173 da Constituição do Brasil. Violação dos Princípios da Livre Concorrência e Livre Iniciativa. Não Caracterização. Arguição Julgada Improcedente. Interpretação conforme à Constituição conferida ao artigo 42 da Lei N. 6.538, que estabelece sanção, se configurada a violação do privilégio postal da União. Aplicação às atividades postais descritas no artigo 9º, da lei. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Relator: Ministro Marcos Aurélio. Julgado em 05 ago. 2009. Disponível em: . Acesso em 25 nov. 2017.

- [3] VERDAN, 2009, s.p.
- [4] TOVAR, Leonardo Zehuri. O Papel dos Princípios no Ordenamento Jurídico. *In: Revista Jus Navigandi*, Teresina, a. 10, n. 696, 1 jun. 2005. Disponível em: . Acesso em 25 nov. 2017.
- [5] VERDAN, 2009, s.p.
- [6] CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 98.
- [7] RIGHETTO, Marisa Cristina Cleto. **Princípio da Motivação dos Atos Administrativos em face da Lei nº 9.784/99**. Monografia (Bacharel em Direito) – Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, 2008. Disponível em: . Acesso em 26 nov. 2017, p. 7
- [8] CARVALHO FILHO, 2011, p. 99.
- [9] RIGHETTO, 2008, p. 7.
- [10] *Ibid*, p. 8.
- [11] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30 ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 409.
- [12] RIGHETTO, 2008, p. 8.
- [13] MELLO, 2013, p. 410.
- [14] CARVALHO FILHO, 2011, p. 102.
- [15] MELLO, 2013, p. 398.
- [16] CARVALHO FILHO, 2011, p. 103.
- [17] RIGHETTO, 2008, p. 9.
- [18] CARVALHO FILHO, 2011, p. 103.
- [19] RIGHETTO, 2008, p. 9.
- [20] CARVALHO FILHO, 2011, p. 104.
- [21] MELLO, 2013, p. 401.
- [22] CARVALHO FILHO, 2011, p. 105.

[23] MELLO, 2013, p. 401.

[24] CARVALHO FILHO, 2011, p. 105.

[25] MELLO, 2013, p. 404.

[26] CARVALHO FILHO, 2011, p. 105.

[27] MELLO, 2013, p. 472.

[28] CARVALHO FILHO, 2011, p. 144.

[29] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: . Acesso em 25 nov. 2017.

[30] CARVALHO FILHO, 2011, p. 144.

[31] CARVALHO FILHO, 2011, p. 144-145.

[32] CARVALHO FILHO, 2011, p. 145.

[33] *Ibid*, p. 145-146.

[34] GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo.** 17 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012, p. 60.

[35] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 23 ed. São Paulo: Editora Atlas S/A, 2010, p. 62-63.

[36] CARVALHO FILHO, 2011, p. 20.

[37] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: . Acesso em 25 nov. 2017.

[38] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: . Acesso em 25 nov. 2017.

[39] SERESUELA, Nívea Carolina de Holanda. Princípios constitucionais da Administração Pública. *In: Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 60, 1 nov. 2002. Disponível em: . Acesso em 25 nov. 2017.

[40] Neste sentido: CARVALHO FILHO 2010, p. 21.

[41] GASPARINI, 2012, p. 61.

[42] CARVALHO FILHO, 2011, p. 34.

[43] GASPARINI, 2012, p. 77.

[44] BRASIL. **Constituição (1988). Constituição (da) República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: . Acesso em 25 nov. 2017.

[45] GASPARINI, 2012, p. 77.

[46] CARVALHO FILHO, 2011, p. 109.

[47] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão proferido em Agravo Regimental no Recurso Especial Nº 1.280.729/RJ. Administrativo. Ato administrativo. Vinculação aos motivos determinantes. Incongruência. Análise pelo Judiciário. Possibilidade. Dano moral. Súmula 7/STJ. 1. Os atos discricionários da Administração Pública estão sujeitos ao controle pelo Judiciário quanto à legalidade formal e substancial, cabendo observar que os motivos embasadores dos atos administrativos vinculam a Administração, conferindo-lhes legitimidade e validade. 2. "Consoante a teoria dos motivos determinantes, o administrador vincula-se aos motivos elencados para a prática do ato administrativo. Nesse contexto, há vício de legalidade não apenas quando inexistentes ou inverídicos os motivos suscitados pela administração, mas também quando verificada a falta de congruência entre as razões explicitadas no ato e o resultado nele contido" (MS 15.290/DF, Rel. Min. Castro Meira, Primeira Seção, julgado em 26.10.2011, DJe 14.11.2011). 3. No caso em apreço, se o ato administrativo de avaliação de desempenho confeccionado apresenta incongruência entre parâmetros e critérios estabelecidos e seus motivos determinantes, a atuação jurisdicional acaba por não invadir a seara do mérito administrativo, porquanto limita-se a extirpar ato eivado de ilegalidade. 4. A ilegalidade ou inconstitucionalidade dos atos administrativos podem e devem ser apreciados pelo Poder Judiciário, de modo a evitar que a discricionariedade transfigure-se em arbitrariedade, conduta ilegítima e suscetível de controle de legalidade. 5. "Assim como ao Judiciário compete fulminar todo o comportamento ilegítimo da Administração que apareça como frontal violação da ordem jurídica, compete-lhe, igualmente, fulminar qualquer comportamento administrativo que, a pretexto de exercer apreciação ou decisão discricionária, ultrapassar as fronteiras dela, isto é, desbordar dos limites de liberdade que lhe assistiam, violando, por tal modo, os ditames normativos que assinalam os confins da liberdade discricionária." (Celso Antônio Bandeira de Mello, in Curso de Direito Administrativo, Editora Malheiros, 15ª Edição.) 6. O acolhimento da tese da recorrente, de ausência de ato ilícito, de dano e de nexos causal, demandaria reexame do acervo fático-probatório dos autos, inviável em sede de recurso especial, sob pena de violação da Súmula 7 do STJ. Agravo regimental improvido. Órgão Julgador: Segunda

Turma. Relator: Ministro Humberto Martins. Julgado em 10.04.2012. Publicado no DJe em 19.04.2012. Disponível em: . Acesso em 25 nov. 2017.

A TEORIA DO CAOS E A CRISE POLÍTICA NO BRASIL :DA REELEIÇÃO DE DILMA À POSSE INTERINA DE TEMER

PAULO BYRON OLIVEIRA SOARES NETO:

Professor Efetivo do Governo do Estado de São Paulo; Licenciado e Bacharel em Matemática pela Universidade Ibirapuera; especialista em Gestão Escolar e Coordenação Pedagógica pela Uniasselvi; graduando em Direito (UNIP); Graduando em Engenharia de Produção (UNIVESP); Pós graduando em Ensino de Filosofia (UNIFESP); pós graduado em Direito Tributário e mestrando em Direito e Negócios Internacionais pela Universidade del Atlântico - Espanha.

Resumo: Este artigo tem como objetivo apresentar comportamentos abordados pela Teoria do Caos, na crise política brasileira a época dos fatos da reeleição de Dilma Rousseff à posse interina de Michel Temer. Com base nos conceitos matemáticos de Edward Lorenz (1917 a 2008) e análises de Ilya Prigogine (1917 a 2003), na área da física, física quântica e química, tendo como foco os distúrbios causados por inúmeros fatores adversos, variáveis, neste cenário político, tal análise implica que a transformação decorrente, de certa forma, se propõe a demonstrar à complexidade dos estudos no campo da ciência política. Desta forma, alicerçando futuros estudos em relação em relação a aplicabilidade da Teoria do Caos e a Ciência Política.

Palavras-chave: Teoria do Caos; Ciência Política; política brasileira.

Abstract: This article aims to present behaviors approached by Chaos Theory, in the Brazilian political crisis the time of the events of the reelection of Dilma Rousseff to the interim possession of Michel Temer. Based on the mathematical concepts of Edward Lorenz (1917 to 2008) and Ilya Prigogine's (1917 to 2003) analyzes in the area of physics, quantum physics and chemistry, focusing on the disturbances caused by numerous variable adverse factors in this political scenario , such analysis implies that the resulting transformation, in a certain way, proposes to demonstrate to the complexity of the studies in the field of political science. Thus, grounding future studies in relation to the applicability of Chaos Theory and Political Science.

Keywords: Chaos Theory; Political Science; Brazilian Political.

INTRODUÇÃO

Ao abordar a Teoria do Caos, como “cerne” deste estudo vem à tona a convicção de que, em determinados aspectos científicos, têm-se fragmentos soltos, variáveis flutuantes.

Ilya Prigogine utilizando do conceito desta ciência, denominada Teoria do Caos, aplicando em física, física quântica e química, também fez sua abordagem em diversas outras áreas da ciência como a economia, a administração, desta forma, abrindo um “leque” de estudos a diversas áreas do conhecimento.

Utilizaremos este mesmo conceito para abordarmos a ciência política, neste caso a conjectura dos acontecimentos da política brasileira no período delineado, sendo assim, vislumbrando por um linear temporal de pré-campanha da então presidente Dilma Roussef, até os acontecimentos atuais, a fim de entendermos como pequenos fragmentos causam a ruptura do sistema.

1. A Teoria do Caos

A Teoria do Caos não apresenta soluções para o problema de previsão, mas mostra os limites de sua tratabilidade. Com isso, a teoria traz novas perspectivas para a modelação de sistemas não lineares, que constituem a regra no mundo real. Em si, é o estudo de um conjunto de objetos inter-relacionados, chamados de sistema, essa teoria estuda o comportamento aleatório e imprevisível do sistema. Tais comportamentos aleatórios e imprevisíveis, acabam por tornar tais resultados do sistema caótico.

Edward Lorenz classificou o efeito de realimentação do erro, como “efeito borboleta”, que apresenta claramente a dependência das condições finais, à alimentação de dados iniciais contínuos.

Desta feita, torna-se improvável uma exatidão nos resultados, por exemplo, de natureza meteorológica. A interpretação da Teoria do Caos em diversas áreas, e como apontada por James Gleick, abordada como uma ruptura de um princípio racional. Em certos casos, como a incerteza dos fatos.

Com base no conceito de James Gleick, à linha de raciocínio da teoria do caos, onde é representada pela impossibilidade imediata de previsões de longo prazo, e aplicando-a na política brasileira, esta apresentará um quadro de incertezas e obviamente imprevistos no cenário tanto político quanto econômico.

Lang (1991) afirma que o valor da Teoria do Caos, não está na capacidade de previsão, e sim na possibilidade que oferece para melhor entender o sistema. Borman (1991) caracteriza os sistemas caóticos, como aqueles que apresentam irregularidades e são extremamente sensíveis as condições iniciais.

Conforme explicitado, faremos uma análise temporal da campanha de reeleição da Presidente Dilma Rousseff até à posse, interina, de Michel Temer, e apresentaremos a correlação de tais eventos com a Teoria do Caos.

2. A Campanha Política de Dilma Rousseff (2014)

O escândalo das compras da refinaria de Pasadena, mesmo tendo sido efetuada em governo anterior, porém com Dilma Rousseff na posição de chefe da Casa Civil naquele governo, mostra que o processo de ruptura do sistema é anterior a este período, contudo o controle do Estado sobre as rupturas do sistema obstava a transparência do caos sistêmico instaurado.

A campanha presidencial de 2014, apresentada pela então presidente e candidata à reeleição Dilma Rousseff, retrata um país em desenvolvimento e com proposta na continuidade de crescimento em todas as áreas.

Durante a campanha um primeiro escândalo de uso dos Correios, empresa Estatal, onde este foi utilizado para distribuição de material de campanha. Fato negado pela candidata, apesar de imagens comprobatórias que se tornaram públicas em 01 de outubro de 2014. A este fato devemos nos atentar que a ruptura do sistema político já era existente, porém “maquiado” até então pelo poder Estatal.

Com a prática do Tesouro Nacional de atrasar propositalmente o repasse para bancos (públicos e privados) e autarquias, como INSS (Instituto Nacional do Seguro Social), foram denominadas de “*Pedaladas Fiscais*”. Ao deixar de efetuar os devidos repasses o governo apresentava despesas menores do que as efetivamente efetuadas, com isto, burlando mercados financeiros e especialistas em contas públicas.

Apesar destas “*pedaladas fiscais*” ocorrerem desde 2013, somente teve aparição no primeiro semestre de 2014, porém com o evento da Copa do Mundo e a Campanha Eleitoral em seguida o acontecido foi “*abafado*”, momentaneamente.

3. A Vitória nas Eleições e a nova Gestão Dilma Rouseff

Em uma disputa acirrada, Dilma Rousseff é re-eleita Presidente do Brasil.

O ano 2015 inicia-se um processo de medidas impopulares com aumentos de juros, energia elétrica e combustível. Tais medidas são adotadas devido à necessidade de aumento de renda do governo, bem como corte de gastos públicos, na tentativa de sanar as “*pedaladas fiscais*”.

Movimentos populares convocam a população que começa a ir às ruas para protestarem contra as medidas tomadas. O mandato de Dilma já se inicia conturbado e os fragmentos das rupturas do sistema político-econômico do governo, começam a ter maior aparição na mídia. O governo, por sua vez, articula com deputados e senadores, a fim de minimizar a real situação dos fatos, em tempo de controlar a fragmentação, porém neste momento, o “*efeito borboleta*” já está instaurado.

Logo no início do ano, em 22 de janeiro de 2015, é decretada nova prisão preventiva de Nestor Cuñat Cerveró ex-diretor da área internacional da Petrobrás. No mês de março de 2015 em um processo de verticalização da Operação Lava-Jato, o procurador-geral da República apresenta ao STF (Supremo Tribunal Federal) 28 petições para abertura de inquéritos criminais destinados a apurar fatos atribuídos a alguns indivíduos, dentre os quais políticos de foro privilegiado, pessoas que

integravam ou relacionadas aos partidos políticos que indicavam e mantinham os diretores da Petrobrás.

A crise brasileira vem a público, os opositores do governo novamente inflamam os cidadãos, o desemprego e a inflação começam a impactar na população de maneira aguda. O “efeito borboleta” atinge mais uma etapa, neste momento o Estado já possui seu sistema fragmentado em larga escala, não sendo possível analisar os eventos futuros, ou seja, estes se tornaram imprevisíveis.

A população sai às ruas em 15 de março de 2015, com pedidos diversos de impeachment, uma minoria com pedido de intervenção militar, mas os manifestantes de maneira clara, mostram seu descontentamento com o governo e a corrupção. Neste mesmo período pesquisas apontavam um índice de reprovação do governo de 62%.

O pronunciamento da presidente Dilma Rousseff no dia seguinte as manifestações, com aparência desgastada e um discurso defensivo, não ameniza os ânimos da população, que promove um novo tipo de manifestação, chamado “*panelação*”, repercutindo em toda mídia nacional e internacional.

Em 7 abril de 2015, devido às “*pedaladas fiscais*” o MP (Ministério Público) compreende que o governo Dilma Rousseff em seu primeiro mandato cometeu crime de responsabilidade fiscal.

Nova manifestação ocorre em 12 de abril de 2015, em menor escala numérica, mas não de importância. A então presidente já não mais se pronuncia sobre esta manifestação, deixando a cargo de seus ministros e secretários. Neste mesmo mês no dia 16, o TCU (Tribunal de Contas da União) de forma unânime condena o governo quanto às “*pedaladas fiscais*”, desta forma configurando crime fiscal. Adicionalmente são convocadas 17 autoridades do governo Dilma para se explicar.

Diante do julgamento do TCU a oposição ao governo já inicia a discussão

sobre impeachment da Presidente Dilma.

O governo, em 06 de maio de 2015, através do ministro do Planejamento Nelson Barbosa, diante da Câmara dos Deputados, admite “*pedaladas fiscais*” e cita que foram excessivas.

Programas da campanha eleitoral são atingidos com atrasos nos pagamentos. O novo secretário do Tesouro Nacional afirma que a correção das “*pedaladas*” fará com que o resultado fiscal do governo piore.

O TCU (Tribunal de Contas da União), em junho de 2015, emite relatório técnico apontando, segundo auditores, R\$ 284 bilhões em “*distorções*”, sendo R\$ 37,1 bilhões relativos às “*pedaladas fiscais*” omitidas pelo governo.

Paralelamente a este período é decretada prisão de Marcelo Odebrecht e outros três executivos da companhia (Márcio Faria, Alexandrino Costa e Rogério Araújo), presos na sexta-feira ao lado do presidente da Andrade Gutierrez, Otávio Marques de Azevedo, e outros dois dirigentes do grupo (Paulo Dalmazzo e Antonio Pedro), em decorrência da Operação Lava-Jato, que investiga denúncias de corrupção envolvendo políticos, empreiteiras e a Petrobrás.

O Estado não possui mais o “*controle*” do sistema, já se tornara, neste momento imprevisível e caótico. Todavia, tal condição tornar-se-á mais exposta ao leitor com os adventos posteriores.

Partido aliado à base do governo, o PMDB (Partido do Movimento Democrático Brasileiro), começa as negociações com a oposição e demais partidos para um possível processo de impeachment.

Novas manifestações populares, em julho de 2015, exigem reprovação de contas de Dilma pelo TCU (Tribunal de Contas da União) e pedem impeachment de Dilma Rousseff. Em seguida as “*pedaladas*” reaparecem atingindo o seguro-desemprego por um período de 21 meses, que incluem o período do segundo mandato da então presidente.

O governo já não possui mais base política na Câmara para sustentar sua governabilidade, após o recesso, o presidente da Câmara dos Deputados Eduardo Cunha – PMDB (Partido do Movimento Democrático Brasileiro), inclui análise das contas de ex-presidentes como pauta.

Em agosto de 2015 são aprovadas pela Câmara dos Deputados as contas de Itamar, Fernando Henrique Cardozo e Lula, restando apenas à verificação das contas da presidente em exercício.

A inflação acelera chegando a 0,25% neste mês, alcançando a variação no ano de 7,69% segundo o INPC. A taxa de desemprego neste mesmo mês aumentou para 7,6%, causando maior insatisfação à população. O índice de rejeição à presidente Dilma Rousseff chega a 71%.

No mês setembro de 2015 os partidos de oposição criam ato denominado “*próimpeachment*”, embasados no parecer do jurista Hélio Bicudo e do jurista Miguel Realle Júnior.

Novas manifestações em 7 de setembro de 2015 com grande impacto, clamam pelo impeachment da então Presidente da República. O clima na Câmara dos Deputados esquenta por conta da possibilidade de impeachment. Na data de 17 de setembro, o jurista Hélio Bicudo e o jurista Miguel Realle Júnior protocolam pedido de impeachment, com base nas “*pedaladas fiscais*”.

Neste mesmo período a fim de interromper este “*efeito borboleta*”, Lula se encontra com Eduardo Cunha, presidente da Câmara dos Deputados, e solicita que este segure os pedidos de impeachment.

Por seu turno, em outubro de 2015 em relatório o TCU (Tribunal de Contas da União), através dos seus auditores, reprova contas do governo e o Balanço Geral da União de 2014.

Em 07 de outubro de 2015 o STF (Supremo Tribunal Federal), através do ministro Luiz Fux, nega pedido de liminar do governo e mantém julgamento de contas no TCU (Tribunal de Contas da União) que em decisão unânime rejeita as contas de 2014, primeira gestão da presidente Dilma Rousseff.

Logo em seguida, em 10 de outubro de 2015 o (MPC) Ministério Público de Contas aponta a continuidade de “*pedaladas fiscais*” em 2015, ou seja, na nova gestão do governo da então presidente.

Novo pedido de impeachment é protocolado pelo jurista Hélio Bicudo e pelo jurista Miguel Realle Júnior, com referência às “*pedaladas*”

ocorridas no ano de 2015. Com parecer favorável em 27 de outubro de 2015, quanto ao impeachment, devido ao advento das denominadas “pedaladas fiscais”, a decisão de abertura de processo fica nas mãos de Eduardo Cunha presidente da Câmara dos Deputados.

Neste período a dívida bruta do governo chega a 66% do PIB (Produto Interno Bruto), podendo chegar a 72% devido às repetidas “pedaladas fiscais” efetuadas pelo governo em questão.

Novo escândalo desponta no âmago do Estado, o Senador Delcídio Amaral é preso em 25 de novembro de 2015, por tentar dificultar a delação premiada de Nestor Cerveró sobre uma suposta investigação de participação na compra de Pasadena, em gravação Delcídio chega a oferecer fuga a Cerveró.

Os fragmentos destes objetos inter-relacionados e espalhados, mesmo com seus discursos, decretos e acordos com a base aliada, a fim de manter o sistema em funcionamento harmonicamente, já não são mais possíveis, devido a imprevisibilidade de eventos futuros e a fragmentação existente

4. O colapso da gestão Dilma Roussef devido ao Caos instaurado

O então presidente da Câmara dos Deputados Eduardo Cunha, abre processo de impeachment contra a então presidente Dilma Rousseff, em 02 de dezembro de 2015, após o PT (Partido dos Trabalhadores), ter anunciado que não apoiaria Eduardo Cunha na Comissão de Ética.

Novas manifestações próimpeachment ocorrem em 13 de dezembro de 2015, com intuito de pressionar os deputados federais. O sistema caótico no cenário político brasileiro aumenta com a deflagração de uma nova fase da Operação Lava-Jato, tendo como alvos o então presidente da Câmara Eduardo Cunha, o Ex-ministro de Minas e Energia e senador Edison Lobão.

Em 16 de dezembro de 2015 o procurador-geral da República, Rodrigo Janot, pede o afastamento de Eduardo Cunha do cargo de deputado federal e presidente da Câmara. Neste mesmo dia a agência Fitch rebaixa a nota do Brasil, e tira o grau de investimento do país.

O ano de 2016 se inicia conturbado, logo no quarto dia de janeiro, a consultoria Eurasia Group alerta que o Brasil passa a configurar entre os dez maiores riscos para o cenário internacional em 2016, através da publicação de seu ranking, apostando assim em um aprofundamento da crise política e econômica do país.

Adiante, na data de 18 de janeiro o MP (Ministério Público) denuncia o ex-diretor da Petrobrás Renato Duque pelos crimes de evasão de divisas e lavagem de dinheiro, sendo esta a oitava denúncia contra o ex-diretor.

Três dias depois a EIU (Economist Intelligence Unit), do grupo da revista The Economist, divulga a queda do Brasil em seu ranking sobre qualidade democrática em 167 países, colocando o país no nível de “*democracia falha*”. Segundo a EIU (Economist Intelligence Unit) os países que se encontram neste patamar, apesar de possuírem eleições livres e respeitarem às liberdades civis básicas, possuem problemas de governança, cultura política e baixo índice de participação política da população.

Posteriormente, em 27 de janeiro a Operação Lava-Jato deflagra uma nova fase, denominada “Triplo-X”, que investiga suspeitos de abrirem empresas *offshores* e ocultarem contas no exterior com o intuito de ocultar os crimes de corrupção através do pagamento de propina, além disto, a lista de imóveis apresentadas na operação, incluem o apartamento triplex do Guarujá, onde a mulher de Lula, Marisa teve opção de compra.

O imóvel em nome da empreiteira OAS, investigada na Operação Lava-Jato aparece como proprietária do imóvel, porém há grande suspeita quanto a real titularidade dos imóveis que constam na lista. No dia 29 de janeiro a mídia expõe que Lula e Marisa continuamente comparecem a outro imóvel, denominado sítio de Atibaia, que constam como proprietários Fernando Bittar e Jonas Leite Suassuna Filho, sócios de Fábio Luís, filho mais velho de Lula.

Na data de 22 de fevereiro uma nova fase na Operação Lava-Jato, denominada “Acarajé”, a operação tem como alvo empresário baiano João Santana, marqueteiro das campanhas eleitorais de Dilma e de Lula, suspeito de ter recebido pagamento através de propinas providas de

desvios ocorridos na Petrobrás, sendo decretada a prisão temporária do empresário e de sua mulher.

No dia seguinte em programa do PT (Partido dos Trabalhadores) exibido em rede nacional de rádio e televisão, há novamente a manifestação “*panelaço*”. Sábado dia 27 o ex-presidente Lula, durante a festa de 36 anos do PT (Partido dos Trabalhadores), se diz perseguido pela PF (Polícia Federal) e pelo MP (Ministério Público).

Sucessivamente, o então ministro da Justiça José Eduardo Cardozo confidencia que deixará o cargo, devido às pressões de seu partido, a tensão aumenta continuamente e no dia 29 de fevereiro, o Data Folha divulga nova pesquisa que aponta 64% de rejeição ao governo da então presidente Dilma Rousseff.

Dia 03 de março o então senador Delcídio Amaral assina acordo de delação premiada, onde cita que Dilma Rousseff e o ex-presidente Lula agiram para barrar a Operação Lava-Jato. A seguir em 04 de março a vigésima quarta fase da Operação Lava-Jato, que investiga a relação entre o ex-presidente Lula e seus familiares com empreiteiras envolvidas no escândalo da Petrobrás.

O ex-presidente então é levado a depor, através de condução coercitiva, na PF (Polícia Federal) no Aeroporto de Congonhas. No dia 08 de março a justiça condena Marcelo Odebrecht por corrupção ativa, lavagem de dinheiro e associação criminosa, junto com ele são condenados cinco executivos, quatro ex-diretores da Petrobrás e o doleiro Youssef. Em 13 de março ocorre nova manifestação contra a então presidente Dilma Rousseff, o PT (Partido dos Trabalhadores) e Eduardo Cunha. Foi a maior manifestação contra este segundo mandato de governança de Dilma Rousseff.

No dia 16 de março o juiz Sérgio Moro, torna pública gravações interceptadas entre o ex-presidente Lula e Jaques Wagner, entre Lula, Dilma e Jaques Wagner, entre Lula e Edinho Silva, entre Lula e Lindberg Farias, entre Lula e Rui Falcão, entre Lula e Roberto Teixeira, outra entre Lula e Paulo Vannucchi e uma entre Lula e Dilma, esta última deixando claro que a então presidente o deixaria com o “*termo de posse*” do

ministério da Casa Civil, mas que este só usasse “*em caso de necessidade*”.

Esta exposição pública fez com que a mídia, a opinião pública, juristas e políticos entendessem como uma posse para que Lula obtivesse “*foro privilegiado*” para responder as investigações que caíam sobre ele. Logo em seguida, dia 17 de março, pela manhã, Lula toma posse como ministro da Casa Civil e, neste mesmo dia, após algumas horas, uma liminar cassa a posse de Lula.

Divulgadas novas gravações de áudios do ex-presidente Lula, neste momento sobre o imóvel sítio de Atibaia, dentre estes áudios há conversas entre o ex-presidente Lula e funcionários do Instituto Lula, no qual citam a regularização da planta do imóvel, em outras conversas de Lula, o filho Fabio e a mulher Marisa comentam sobre o que seria este imóvel. Neste mesmo dia a Câmara dos Deputados aprovou a abertura da Comissão Especial para discussão do impeachment de Dilma Rousseff.

O STF (Supremo Tribunal Federal), através do ministro Teori Zavaschi, no dia 20 de março suspende a posse de Lula como ministro da Casa Civil, somente o ministro do STF (Supremo Tribunal Federal) Marco Aurélio Mello se opôs a proposta de Teori. Dois dias após, em 22 de março, a PF (Polícia Federal) deflagra a nova fase da Operação Lava-Jato, denominada “Xepa”, investiga um suposto setor dentro da empreiteira Odebrecht para efetuar o pagamento de propinas.

Por sua vez, o ministro do STF (Supremo Tribunal Federal) Teori Zavaschi determina que o juiz Sérgio Moro envie a investigação sobre Lula para o STF (Supremo Tribunal Federal), decretando ainda sigilo nas interceptações telefônicas, que atingiram a então presidente Dilma Rousseff. Em 23 de março é divulgada lista da empreiteira Odebrecht com mais de 200 nomes de políticos e valores pagos. No dia 30 de março o secretário-geral da ONU, Bank Ki Moon, faz apelo para que Brasil solucione o impasse político.

Em 1 de abril a Operação Lava-Jato deflagra nova operação, denominada “*Carbono 14*”, cumprindo 12 mandados judiciais, Silvio Pereira ex-secretário-geral do PT (Partido dos Trabalhadores) e Ronan Maria Pinto, proprietário do jornal Diário do Grande ABC, são presos. O ex-

tesoureiro do PT (Partido dos Trabalhadores) Delúbio Soares e o jornalista Breno Altman são alvo de condução coercitiva. Segundo o juiz Sergio Moro, existe a possibilidade do esquema da Petrobrás estar interligado ao homicídio de Celso Daniel ocorrido no ano de 2002.

Adiante na data 11 de abril a Comissão Especial aprova parecer favorável do relator à abertura de processo de impeachment da então presidente Dilma, o processo passa por votação pela Câmara dos Deputados, em 17 de abril, e é aprovado com 367 votos a favor, 137 contrários, 7 abstenções e 2 ausências. No dia 6 de maio a comissão de impeachment do Senado Federal aprova o parecer do impeachment, que segue para votação.

Dilma Rousseff através do então advogado geral da União José Eduardo Cardozo, em 10 de maio, tenta interromper o processo através de mandado de segurança enviado ao STF (Supremo Tribunal Federal). Na data de 12 de maio o Senado, presidido pelo ministro do STF (Supremo Tribunal Federal) Ricardo Lewandowski, aprova o processo de impeachment com 55 votos a favor e 22 contra e Dilma é afastada do cargo por até 180 dias, assume a presidência interina seu vice Michel Temer, que durante o processo de impeachment já articulava para uma reformulação a fim de evitar novas fragmentações e rupturas no sistema, a fim de uma reorganização da estrutura.

5. Considerações finais

O então vice-presidente Michel Temer durante o processo de impeachment já havia se preparado para assumir o cargo, negociando ministérios e reformulando o processo de governança. Ao assumir a presidência, mesmo que interinamente, Michel Temer reduz ministérios, compostos por alguns ex-ministros, propõe corte de gastos e faz sua primeira reunião ministerial oficial em 13 de maio, com isto, ocorre a avaliação dos dados e análise de reorganização do sistema.

Desta feita, a questão crucial na gestão Temer, é a capacidade de reformulação do sistema, visto que ainda existem diversos fragmentos e a ruptura está exposta, ou ainda a quantidade de novos fragmentos que podem ou não surgir neste período.

Referências Bibliográficas

ADVFN. *Evolução do INPC em 2015*. ADVFN Brasil. Disponível em: <<http://br.advfn.com/indicadores/inpc/2015>>. Acesso em: 13 mai. 2016.

ADVFN. *Pesquisa mensal de emprego (PME) 2015*. ADVFN Brasil. Disponível em: <<http://br.advfn.com/indicadores/pme/2015>>. Acesso em: 13 mai. 2016.

AMORIM, Felipe. *STF adia julgamento sobre nomeação de Lula como ministro da Casa Civil*. UOL, Brasília. 20 abr. 2016. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2016/04/20/stf-adia-julgamentosobre-nomeacao-de-lula-como-ministro-da-casa-civil.htm>>. Acesso em: 14 mai. 2016.

ARAGÃO, Alexandre. *Reprovação de Dilma cresce e supera a de Collor em 1992*. Folha de São Paulo, São Paulo, 06 ago. 2015. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2015/08/1665135-reprovacao-de-dilma-crescee-supera-a-de-collor-em-1992.shtml>>. Acesso em: 13 mai. 2016.

BANQUIERI, Rogério; ROSA, Fábio; OTAVIO, Hector. *Linha do tempo da Lava Jato*. G1, São Paulo, 04 set. 2015, atualizado em 08 mai. 2016. Disponível em: <<http://especiais.g1.globo.com/politica/2015/lava-jato/linha-do-tempo-da-lava-jato/>>. Acesso em: 14 mai. 2016.

BANQUIERI, Rogério; ROSA, Fábio. *Impeachment no senado: Afastamento da presidente por até 180 dias*. G1, 12 mai. 2016. Disponível em: <<http://especiais.g1.globo.com/politica/2016/processo-de-impeachment-de-dilma/avotacao-da-abertura-do-processo-e-afastamento-da-presidente-no-senado/>>. Acesso em: 14 mai. 2016.

BOMFIM, Camila; *Líder do governo federal no Senado, Delcídio Amaral é preso pela Polícia Federal*. G1; TV Globo, Brasília, 25 nov. 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/operacao-lava-jato/noticia/2015/11/delcidio-amaralsenador-do-pt-e-presos-pela-policia-federal.html>>. Acesso em: 13 mai. 2016.

BRAGON, Ranier; ÁLVARES, Débora. *Aliado de Cunha será relator de impeachment na Câmara*. Folha de São Paulo, Brasília, 17 mar. 2016.

Disponível em: < <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/03/1751091-camara-elege-comissao-dedeputados-para-analisar-o-impeachment.shtml> >. Acesso em: 14 mai. 2016.

BRASIL, Portal. *Michel Temer faz primeira reunião ministerial*. Agência Brasil, Brasília, 13 mai. 2016. Disponível em: < <http://www.brasil.gov.br/governo/2016/05/michel-temer-faz-primeira-reuniaoministerial> >. Acesso em: 14 mai. 2016.

BRIGIDO, Carolina; MARTINS, Renata. *AGU aciona STF com mandado de segurança contra impeachment*. O Globo, 10 mai. 2016. Disponível em: < <http://oglobo.globo.com/brasil/agu-aciona-stf-com-mandado-de-seguranca-contraimpeachment-19269898> >. Acesso em: 14 mai. 2016.

CARNEIRO, Mariana; FRIEDLANDER, David. *Política embola previsões econômicas e dólar volta a subir no Brasil*. Folha de São Paulo, São Paulo, 24 mar. 2016. Disponível em: < <http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2016/03/1753557-politicaembola-previsoes-e-dolar-volta-a-subir-no-pais.shtml> >. Acesso em: 14 mai. 2016.

CHADE, Jamil. *Secretário-Geral da Onu faz apelo por solução para a crise política no Brasil*. Estadão, Genebra, 30 mar. 2016. Disponível em: < <http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,secretario-geral-da-onu-faz-apelo-porsolucao-para-crise-politica-no-brasil,10000023806> >. Acesso em: 14 mai. 2016.

COCCO, Giuseppe. *As manifestações de março de 2015 são o avesso de junho de 2013*. Entrevista especial com Giuseppe Cocco. Instituto de Humanas Unisinos, 23 mar. 2015. Disponível em: < <http://www.ihu.unisinos.br/entrevistas/541110-asmanifestacoes-de-marco-de-2015-sao-o-avesso-de-junho-de-2013-entrevistaespecial-com-giuseppe-cocco> >. Acesso em: 13 mai. 2016.

CONTEÚDO, Estadão. *Crise Política e econômica no Brasil é um dos maiores riscos internacionais em 2016, diz Eurasia Group*. In A Tribuna, 04 jan. 2016. Disponível em: < <http://www.atribuna.com.br/noticias/noticias-detalle/economia/crise-politica-eeconomica-no-brasil-e-um-dos-maiores-riscos-internacionais-em-2016-diz->

[eurasiagroup/?cHash=d6fa0ada523234142528deeea663b887>](#). Acesso em: 14 mai. 2016.

CONTEÚDO, Estadão. *Lewandowski: Não vou assumir papel de 'protagonista' no processo de impeachment*. In Uol Notícias, Brasília, 12 mai. 2016. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/agencia-estado/2016/05/12/lewandowskinao-vou-assumir-papel-de-protagonista-no-processo-de-impeachment.htm>>. Acesso em: 15 mai. 16.

DUARTE, Fernando. *Crise política derruba Brasil para sua pior posição em ranking de qualidade democrática*. BBC Brasil, Londres, 21 jan. 2016. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2016/01/160120_ranking_democracia_bras_il_fd>. Acesso em: 14 mai. 2016.

PÚBLICA, Opinião. *64% reprovam governo Dilma*. Datafolha, São Paulo, 29 fev. 2016. Disponível em: <<http://datafolha.folha.uol.com.br/opiniaopublica/2016/02/1744564-64-reprovamgoverno-dilma.shtml>>. Acesso em: 14 mai. 2016.

FOCO, Congresso em. *Lista da Odebrecht é ainda maior e tem 316 nomes, diz*

Folha. UOL, 24 mar. 2016. Disponível em: <<http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/lista-da-odebrecht-e-ainda-maior-e-tem316-nomes/>>. Acesso em: 14 mai. 2016.

FOLHAPRESS. *Teori determina que Juiz Moro envie investigação sobre Lula para o STF*. Valor Econômico, Brasília, 22 mar. 2016. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/politica/4494386/teori-determina-que-juiz-moro-envieinvestigacao-sobre-lula-para-o-stf>>. Acesso em: 14 mai 2016.

GALHARDO, Ricardo; MACHADO, Tonia. *PT prepara ato para defender ex-presidente Lula*. O Estado de São Paulo, São Paulo, 29 jan. 2016. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,pt-prepara-ato-para-defender-expresidente-lula,10000013946>>. Acesso em: 14 mai. 2016.

GLEICK, James. *CAOS: A criação de uma nova ciência*. Trad.de Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Campus, 1990.

HAYLES, Katherine N. *Chaos and order: complex dynamics in literature and Science*.

Chicago: Chicago UP, 1991.

INFOGRÁFICOS. *Como a crise política chega a 2016*. Estadão, São Paulo, 02 jan. 2016. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/infograficos/politica,como-a-crisepolitica-chega-a-2016,527913>>. Acesso em: 14 mai. 2016.

JORNAL NACIONAL. *Lula toma posse como ministro da Casa Civil, mas liminar suspende ato*. G1, 17 mar 2016. Disponível em: <http://g1.globo.com/jornalnacional/noticia/2016/03/lula-toma-posse-como-ministro-da-casa-civil-mas-liminarsuspende-ato.html>>. Acesso em: 14 mai. 2016.

KANNO, Mário; ALENCAR, Rubens; SANTOS, Henrique; SANTOS, Evandro;

NUNES, Rodrigo; PILKE. *Placar no senado para abertura do impeachment*. Folha de São Paulo, São Paulo, 12 mai. 2016. Disponível em: < <http://www1.folha.uol.com.br/especial/2015/brasil-em-crise/votacaoimpeachment/senado/> >. Acesso em: 14 mai. 2016.

LORENZ, Edward. *A essência do caos*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1996.

MEGALE, Bela; TARENZI, Gabriela. *Mulher de Lula vai sempre a sítio, afirmam comerciantes*. Folha de São Paulo, São Paulo, 29 jan. 2016. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/01/1734826-mulher-de-lula-vai-sempre-asitio-afirmam-comerciantes.shtml>>. Acesso em: 14 mai. 2016.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Entenda o caso: O nome do caso "Lava-Jato"*. Ministério Público, Brasília. Disponível em: <<http://lavajato.mpf.mp.br/entenda-ocaso>>. Acesso em: 13 mai. 2016.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Caso Lava-Jato: Por onde começou*. Ministério Público, Brasília. Disponível em:

<<http://lavajato.mpf.mp.br/atuacao-na-1ainstancia/investigacao/historico/por-onde-comecou>>. Acesso em 13 mai. 2016.

PETROLÃO, Poder. *Entenda a Operação Lava Jato da Polícia Federal*. Estadão, São Paulo, 14 nov. 2014. Disponível em:

<<http://m.folha.uol.com.br/poder/2014/11/1548049-entenda-a-operacao-lava-jato-dapolicia-federal.shtml>>. Acesso em 13 mai. 2016.

PODER. *Ouçã a íntegra das conversas de Lula reveladas na Lava Jato*. Folha de São Paulo, São Paulo, 16 mar. 2016. Disponível em:

<<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/03/1750807-ouca-a-integra-dasconversas-de-lula-reveladas-na-lava-jato.shtml>>. Acesso em: 14 mai. 2016.

POLÍTICA. *Placar do Impeachment*. Estadão, São Paulo, 17 abr. 2016. Disponível em: <<http://infograficos.estadao.com.br/politica/placar-do-impeachment/>>. Acesso em: 14 mai. 2016.

POLÍTICA. *Manifestações a favor do impeachment ocorrem neste domingo*. G1, São Paulo, 17 abr. 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/processo-deimpeachment-de-dilma/noticia/2016/04/manifestacoes-favor-do-impeachmentocorrem-neste-domingo.html>>. Acesso em: 14 mai. 2016.

POLÍTICA. *Lula e familiares comentam sobre sítio de Atibaia em novas gravações*.

UOL, São Paulo. 17 mar. 2016. Disponível em:

<<http://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2016/03/17/lula-e-familiarescomentam-sobre-sitio-de-atibaia-em-novas-gravacoes.htm>>
Acesso em: 14 mai. 2016.

POLÍTICA. *Aprovação de Dilma cai para 13% diz Datafolha*. G1, São Paulo, 18 mar. 2015. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/03/aprovacao-dilmacai-para-13-diz-datafolha.html>>. Acesso em: 13 mai. 2016.

PROGOGINE, I. *O fim das certezas: Tempo, caose as leis da natureza*. Trad. Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Editora UNESP, 1996.

RAMALHO, Renan. *Para Lewandowski, atos imputados a Dilma podem ser contestados no STF*. G1, Brasília, 15 abr. 2016. Disponível em: < <http://g1.globo.com/politica/processo-de-impeachment-de-dilma/noticia/2016/04/stfpodera-analisar-tipificacao-de-atos-imputados-dilma-diz-lewandowski.html> >. Acesso em: 14 mai. 2016.

SCHAFFNER, Fábio; MAZUI, Guilherme. *Comissão aprova parecer favorável à abertura do processo de impeachment de Dilma Rousseff*. Zero Hora, 11 abr. 216. Disponível em: < <http://zh.clicrbs.com.br/rs/noticias/noticia/2016/04/comissaoaprova-parecer-favoravel-a-abertura-do-processo-de-impeachment-de-dilmarousseff-5775774.html#> >. Acesso em: 14 mai. 2016

TALENTO, Aguirre; COLON, Leandro. *Michel Temer é notificado e se torna oficialmente presidente interino*. Folha de São Paulo, Brasília, 12 mai. 2016. Disponível em: < <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/05/1770532-temer-enotificado-e-se-torna-oficialmente-presidente-interino.shtml> >. Acesso em: 14 mai. 2016.

VILLAVERDE, João; FERNANDES, Adriana. *Cronologia das pedaladas*. Estadão, São Paulo. Disponível em: <<http://infograficos.estadao.com.br/public/economia/pedaladas-fiscais>>. Acesso em: 13 mai. 2016.

VINHAL, Gabriela. *Brasileiros fazem painelço durante exibição de programa do PT*. Correio Braziliense, 23 fev. 2016. Disponível em: <http://www.correio braziliense.com.br/app/noticia/politica/2016/02/23/internas_polbra_eco,519051/brasileiros-fazem-panelaco-durante-exibicao-de-programa-do-pt.shtml>. Acesso em: 14 mai. 2016.

ABORTO UMA AFRONTA AO DIREITO À VIDA

WILSON DE CASTRO SOUZA NETO:
Bacharelado do curso de direito pela faculdade Pitágoras de Betim. Servidor público da prefeitura municipal de Betim - MG

GISLAINE DE OLIVEIRA SPINOLA

(Orientadora)

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo discorrer o tema aborto e o direito à vida. O aborto é um tema polêmico pois envolve vários fatores, entre eles a autonomia da vontade da mulher e o direito de escolha, no mais deverá ser o feto punido porque sua genitora escolheu abortar. O embrião é um ser humano em formação o qual carece da proteção da lei, o feto não é parte do corpo da gestante e sim um ser independente com traços e genética única. A doutrina, a ciência e a medicina não possuem um consenso sobre quando se inicia a vida humana, por isso, existem algumas teorias nas quais iremos abordar, no entanto, nosso entendimento assim como o de doutrinadores, tal como Maria Helena Dinis e Ives Gandra e de que a vida começa na concepção e deve ser assegurada sua proteção. Do mesmo modo a dignidade da pessoa humana a qual é fundamento do Estado Democrático de Direito em conformidade com a artigo 1^o de nossa lei maior, não deve diminuir o ser humano o estado de coisa e desta maneira retirar sua dignidade e direito a vida. Mesmo diante do julgado Habeas Corpus 124.306/2016 o Superior Tribunal de Justiça não levou em conta o artigo 5^o da Constituição que conceitua o direito à vida como inviolável, ao nosso ver a decisão ultrapassou o poder e função constitucional do judiciário, uma vez que, não é atribuição do referido tribunal decidir quando se inicia a vida humana.

Palavras-chave: Aborto; Direito à vida; Dignidade da pessoa humana.

ABSTRACT: The aim of this study is to discuss abortion and the right to life. Abortion is a controversial issue because it involves several factors, including the autonomy of the woman's will and the right of choice, the fetus should be punished because her mother chose abortion. The embryo is a

human being in formation who lacks the protection of the law, the fetus is not part of the pregnant woman's body but an independent being with traits and unique genetics. Doctrine, science, and medicine do not have a consensus on when human life begins, so there are some theories in which we will address, however, our understanding as well as that of doctrinaires such as Maria Helena Dinis and Ives Gandra and that life begins at conception and its protection must be secured. In the same way, the dignity of the human person, which is the basis of the Democratic Rule of Law in accordance with Article 10 of our major law, must not diminish the human being's state of affairs and thus withdraw his dignity and right to life. Even before the Habeas Corpus trial 124,306 / 2016, the Superior Court of Justice did not take into account Article 50 of the Constitution that defines the right to life as inviolable, in our view the decision exceeded the power and constitutional function of the judiciary, it is not the court's decision to decide when to start human life.

Key-words: Abortion; Right to life; Dignity of human person.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1.CONCEITO DE ABORTO. 1.1 Espécies de aborto. 1.1.1 O aborto ao longo da história do direito. 1.1.2 O histórico do aborto no Brasil. 2.ANALISE SOBRE OS ARGUMENTOS PRÓ-ABORTISTAS. 2.1 O ABORTO E A AUTONOMIA DA VONTADE. 2.2ABORTISMO SOCIOECONÔMICO. 2.3 O ABORTISMO PRIVADO. 3.O DIREITO À VIDA E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. 3.1TEORIAS SOBRE O INÍCIO DA VIDA. 3.1.1 Teoria concepcionista. 3.1.2 Teoria da nidificação. 3.1.3 Teoria da gastrulação. 3.1.4 Teoria da formação dos rudimentos do sistema nervoso central. 3.2 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. 3.2.1 O respeito à dignidade humana e a ordem jurídica do Estado Democrático de Direito. 4.COMENTARIO AO HABEAS CORPUS 124.306/2016. 4.1INCONFORMIDADE SOBRE AS TEORIAS DO INÍCIO DA VIDA. 4.2 AUTONOMIA DA VONTADE DA MULHER X O DIREITO À VIDA. 4.3 ILEGITIMIDADE DO JURICIÁRIO PARA LEGISLAR. 4.4 DESPROPORCIONALIDADE DA INCRIMINAÇÃO. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

O tema aborto é muito controverso envolve vários fatores, a sociedade, a família, religião, o direito da mulher sobre seu próprio corpo, o direito à vida, a liberdade. A pesquisa terá como objetivo tratar o crime de aborto, sua crescente descriminalização tendo por base os julgados do Supremo Tribunal Federal, a doutrina e as leis.

Atualmente o Supremo Tribunal Federal em seus julgados tem sido a favor da descriminalização do aborto. Fato notório do favorecimento do crime é caso do “habeas corpus 124.306 Rio de Janeiro” no qual a maioria dos ministros entenderam que o aborto até os três meses do período de gestação da mulher não é crime.

A escolha do tema é pelo fato de que todos os seres humanos já foram embriões, por isso a importância do tema pesquisado a defesa do direito primordial à vida é o anseio deste trabalho. Embora seja entendido que tal direito não seja absoluto, é entendido que o aborto não se enquadra entre os preceitos onde o Estado dentro de suas atribuições pode fazer cessar a vida.

O direito à vida é o direito primordial, sem tal direito não haveria necessidade de se desfrutar dos demais direitos, está assegurado por nossa lei maior que garante a inviolabilidade do direito à vida, sendo este o bem maior, o presente trabalho deseja explorar a complexidade do tema, os tipos de aborto, sua história, e o entendimento de alguns doutrinadores a respeito do tema.

O tema elaborado tem total ligação com a dignidade da pessoa humana, ressalta-se a importância de tal princípio tendo em vista nossa lei maior se fundamenta na observância desta prerrogativa. A dignidade da pessoa humana possui uma dupla aparência pois remete ao dever do Estado de assegurar aos indivíduos direitos sociais como a saúde, moradia, educação e outros e em relação os direitos individuais de valor próprio, como a dignidade, orgulho, respeito que são inerentes a todos.

Existe um grande conflito relativo a matéria pois o aborto não se trata apenas de um direito individual, mas é um elemento de duas faces, no qual de um lado se pretende resguardar o direito do feto e de outro os direitos da gestante. O trabalho pretende explorar os dois lados, expondo o entendimento da doutrina e do STF.

1. CONCEITO DE ABORTO

Tendo em vista que nosso Código Penal não define de maneira clara o conceito de aborto cabe a doutrina e a jurisprudência conceitua-lo. Masson (2015, p.89) ressalta em sua obra o conceito de aborto:

Aborto é a interrupção da gravidez, da qual resulta a morte do produto da concepção. Para Giuseppe Maggiore, “é a interrupção violenta e ilegítima da gravidez, mediante a ocisão de um feto imaturo, dentro ou fora do útero materno”.

Fala-se também em abortamento, pois alguns sustentam que o aborto significa na verdade o produto morto ou expelido do interior da mulher.

É com a fecundação que se inicia a gravidez. A partir de então já existe uma nova vida em desenvolvimento, merecedora da tutela do Direito Penal. Há aborto qualquer que seja o momento da evolução fetal. A proteção penal ocorre desde a fase em que as células germinais se fundem, com a constituição do ovo ou zigoto, até aquela em que se inicia o processo de parto, pois a partir de então o crime será de homicídio ou infanticídio.

Neste conceito é expresso que a partir de fecundação o momento que se merece a proteção do direito penal, no entanto Nucci (2015, p. 762) cita: “Conceito de aborto: é a cessação da gravidez, cujo início se dá com a nidação, antes do termo normal, causando a morte do feto ou embrião.” Dessa forma o conceito de aborto nos remete ao momento em que se inicia a proteção jurídica a vida tendo assim diversas teorias a respeito do tema.

A doutrinadora Maria Helena Diniz assim conceitua Diniz (2014, p. 56):

O termo “aborto”, originário do latim abortus, advindo de aboriri (morrer, perecer), vem sendo empregado para designar a interrupção da gravidez antes de seu termo normal, seja ela espontânea ou provocada, tenha havido ou não expulsão do feto destruído.

O professor Greco (2017, p.170) em sua obra menciona que o aborto talvez seja entre as infrações penais a mais controvertida da atualidade. E como nosso Código Penal não descreve de maneira objetiva o aborto, no entanto, se usa a expressão provocar aborto, por isso fica a cargo da doutrina e da jurisprudência dar resolução ao termo.

Segundo Bruno (*Crimes contra a pessoa*, p. 160.) conforme citado por Greco (2017, p.170):

“Segundo se admite geralmente, provocar aborto é interromper o processo fisiológico da gestação, com a conseqüente morte do feto.

Tem-se admitido muitas vezes o aborto ou como a expulsão prematura do feto, ou como a interrupção do processo de gestação. Mas nem um nem outro desses fatos bastará isoladamente para caracterizá-lo.”

E segundo Marques (*Tratado de direito penal*, v. IV, p. 183.) ainda citado pelo doutrinador Greco (2017, p.170):

“Para o Direito Penal e do ponto de vista médico-legal, o aborto é a interrupção voluntária da gravidez, com a morte do produto da concepção.”

Delton Croce e Delton Croce Jr. (2012, p.201) no tocante a medicina legal assim definem:

A interrupção da gravidez normal e não patológica, em qualquer fase do período gestatório, haja ou não a expulsão do concepto morto, ou, se vivo, que morra logo após pela inaptidão para a vida extrauterina, resultante de ofensa corporal ou violência psíquica, constitui lesão gravíssima.

No contexto científico o professor Keith Moore (2008, p.6):

“Aborto (L.aboriri, abortar). Interrupção prematura do desenvolvimento e expulsão do concepto do útero, ou expulsão de um embrião ou de um feto antes de se tornar viável – capaz de viver fora do útero.”

1.1 ESPECIES DE ABORTO

O aborto é classificado de modo distinto por vários doutrinadores o trabalho fará menção a um conjunto deles. E as modalidades de aborto que tais doutrinadores adotam.

O professor Rogério Greco (2017, p.526) definiu duas espécies de aborto, sendo elas:

- a) natural ou espontâneo;
- b) provocado (dolosa ou culposamente).

Ocorre o chamado *aborto natural* ou *espontâneo* quando o próprio organismo materno se encarrega de expulsar o produto da concepção.

Por outro lado, temos o *aborto provocado*, sendo esta provocação subdividida em: dolosa e culposa (também reconhecida como acidental).

As espécies dolosas são aquelas previstas nos arts. 124 (auto aborto ou aborto provocado com o consentimento da gestante), 125 (aborto provocado por terceiro sem o consentimento da gestante) e 126 (aborto provocado por terceiro com o consentimento da gestante).

Não houve previsão legal para a modalidade de provocação culposa do aborto, razão pela qual se uma gestante, com seu comportamento culposos, vier a dar causa à expulsão do feto, o fato será considerado como um indiferente penal.

De modo distinto são classificadas as formas de aborto por Nucci (2016, p.620):

- a) aborto natural: é a interrupção da gravidez oriunda de causas patológicas, que ocorre de maneira espontânea (não há crime);

b) aborto acidental: é a cessação da gravidez por conta de causas exteriores e traumáticas, como quedas e choques (não há crime);

c) aborto criminoso: é a interrupção forçada e voluntária da gravidez, provocando a morte do feto ou embrião;

d) aborto permitido ou legal: é a cessação da gestação, com a morte do feto ou embrião, admitida por lei. Esta forma divide-se em: d.1) aborto terapêutico ou necessário: é a interrupção da gravidez realizada por recomendação médica, a fim de salvar a vida da gestante. Trata-se de uma hipótese específica de estado de necessidade; d.2) aborto sentimental ou humanitário: é a autorização legal para interromper a gravidez quando a mulher foi vítima de estupro. Dentro da proteção à dignidade da pessoa humana, em confronto com o direito à vida (nesse caso, do feto ou embrião), optou o legislador por proteger a dignidade da mãe, que, vítima de um crime hediondo, não quer manter o produto da concepção em seu ventre, o que lhe poderá trazer sérios entraves de ordem psicológica e na sua qualidade de vida futura;

e) aborto eugênico, eugenésico ou embriopático: é a interrupção da gravidez, causando a morte do feto ou embrião, para evitar que a criança nasça com graves defeitos genéticos. Há controvérsia se há ou não crime nessas hipóteses, como se verá no art. 128;

f) aborto econômico-social: é a cessação da gestação, causando a morte do feto ou embrião, por razões econômicas ou sociais, quando a mãe não tem condições de cuidar do seu filho, seja porque não

recebe assistência do Estado, seja porque possui família numerosa, ou até por política estatal.

A autora Diniz (2014, p.57-60) relatou que o aborto é propenso a várias classificações. Desta forma quanto ao objeto poderá ser: a) ovular, quando praticado até a 8ª semana da gestação; b) embrionário, se aplicado até a 15ª semana do feto, ou seja, até o 3º mês da gravidez; c) fetal, caso ocorra depois da 15ª semana.

No que diz respeito à causa a doutrinadora elenca: a) espontâneo, caso haja interrupção natural e não proposital da gravidez originado por enfermidades que surgiram durante a gestação, por condições precárias de saúde da gestante como, anemia profunda, sífilis, diabetes, nefrite crônica e outras.

Com relação ao elemento subjetivo a professora especifica: a) sofrido, caso não exista consenso da gestante; b) consentido, se efetivado com a aprovação da grávida, fato que, gera agravante da pena se ela for menor de 14 anos, portadora de alguma deficiência mental ou, ainda, se o consenso tiver sido obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência. Ademais caso haja a morte da gestante, a pena será duplicada e, caso ocorra lesão corporal grave, será aumentada de 1/3; e c) procurado, se a gestante for a principal responsável.

Quanto à finalidade destinada com o aborto a jurista conceitua: a) terapêutica, em duas situações: o aborto necessário, que é permitido em lei e praticado pelo médico, consentindo ou não a gestante, caso não exista outro meio para salvar sua vida; e o aborto para evitar enfermidade grave, isto é, para se impedir grave e iminente perigo para a saúde da gestante. Legalmente, somente o aborto necessário é permitido, e o mero propósito de se preservar a saúde da gestante não é pressuposto para efetivação do delito; b) sentimental, recepcionado pela lei, quanto a gravidez é resultado de estupro, sua interrupção deve ser feita por médico, com consentimento da gestante, caso seja incapaz, de seu representante legal, o que independe de autorização judicial, comprovada a violência ou o crime sexual; c) eugênico, ou seja, fato criminoso quando: havendo a suspeita de possíveis doenças congênitas do feto, anomalias físico-mentais graves, como microcefalia, retinite pigmentosa, sífilis, mongolismo, epilepsia genuína, demência precoce, idiotia amaurótica etc.; caso o

embrião não segue do sexo desejado. É praticado com a intenção de aperfeiçoamento da raça humana, nos quais os seres geneticamente superiores ou predeterminados substituem o direito de procriação por nascerem com maiores dotes físicos. Tal segregação, está legalmente vedada, pois toda eugénésia, ou não, que são contrarias a natureza ética da procriação, ferem a dignidade humana. Além do mais, não existe garantia de prever quais são os caracteres mais uteis para a humanidade, pois o homem vale pelo que é não por seu aspecto físico; d) econômico, abater criminosamente o feto sob o argumento de que o casal ou a gestante não tem recursos financeiros adequados para sustentar devidamente o desenvolvimento da criança, bem como sua educação e os provimentos dos quais ela necessita, pois agravaria a situação econômico-familiar; e) estético, é fato da gestante interromper a gravidez pois não quer perder a forma corporal; f) honoris causa, é praticado pela gestante criminosamente para que mantenha sua reputação diante da sociedade, em casos ou a mulher solteira ou casada, que manteve relações sexuais com outro homem na ausência do marido etc., pode ser realizado pela gestante ou por outra pessoa com sua concordância.

No aspecto legal, tem-se o aborto: a) legal, em casos nos quais a norma legal extingue sua punibilidade, o que abrange o necessário e o sentimental; b) criminoso, se constitui no que veda a lei sobre a interrupção da vida intrauterina normal, em quais quer de suas fases de evolução, havendo ou não a expulsão do produto da concepção do ventre materno. O crime poderá ser doloso ou preterdoloso e também se admite o modo culposo, ou seja, quando existe negligência ou imperícia do médico, o que será a responsabilidade civil médica, caso o médico tenha conhecimento da gravidez, de outra forma, irá se configurar o crime do art. 129 § 2º, do Código Penal. O crime será doloso quando houver intenção de interromper a gravidez, com a destruição do feto, preterdoloso quando o crime é qualificado no qual o resultado culposo, que foi efetivado por aborto provocado dolosamente, no qual pode causar a morte ou lesão corporal de natureza grave na gestante.

1.1.1 O aborto ao longo da história do direito

Durante a história do direito ao aborto sempre se fez presente, era tido por povos e durante épocas como pratica comum mesmo não sendo

incriminado por várias legislações, o que de fato por certo período era tido como assunto literalmente familiar, o qual poderia repercutir no direito privado, e em outro caso podia ser castigado com a pena capital, e ainda por eras era punido do modo brando.

Para os gregos e romanos o aborto não era punido, pelo fato que consideravam o feto parte integrante da mãe, a qual podia decidir sobre seu próprio corpo, tal fato se deu por volta do ano 200 d.C., era realizado por mulher casada de modo a ofender ao marido, em seu direito à descendência de filhos. A mulher solteira estava autorizada para realizar o aborto. A incriminação em Roma se iniciou se punindo o preparo de venenos que eram usados em porções amorosas e abortivas, a lei de Cornélio penalizava quem preparava e quem usava era castigado com trabalhos forçados nas minas e seus bens eram confiscados ou eram deportados e caso ocorresse a morte da gestante a pena era a morte.

A lei das XII Tábuas e as leis da República não mencionavam o aborto, que posteriormente foi tido negativa ao direito do marido à prole, fato que, como consequência era castigado com pena extraordinária da qual se invocava a lei contra o veneficium.

Com o cristianismo deu-se início a reprovação social do aborto, desta forma Adriano, Constantino e Teodósio o compreenderam similar ao homicídio, se impondo a mesma pena.

Na idade média, pelo fato que entendiam que o feto seria um ser com alma, e não parte do ventre materno da gestante, com isso, passou a punir o aborto como homicídio quando praticado, alguns autores citam, no 40º dia da gravidez, e para outros seria apenas no 60º ou, ainda, no 3º mês da gestação, pois não havia certeza sobre o momento da criação da alma. Pois devido à incapacidade de se saber o momento que tinha o feto animado, a punição se deu pela distinção entre o feto animado e inanimado e com a aparição dos movimentos do feto no ventre da gestante.

A primeira vez que o aborto surgiu como crime foi em 1507 na Constitutio Bamberguensis e em 1532 na Constitutio Criminalis Carolina, as quais tratavam do modo distinto o feto animado e o inanimado, puniam com pena capital o primeiro caso e o segundo o castigo era conforme a arbítrio dos peritos entendidos do direito. O aborto era tido como homicídio, a distinção era entre o feto animado e o inanimado. Na França, na Idade Média, o aborto era punido como um crime gravíssimo com que tinha como pena a morte e não havia tal distinção.

Nesses ideais se fundamentaram a Ordenação Criminal de Toscana de 1786, art.71, e o Código Penal Josefino de 1787, § 112, que considerava o aborto como um crime contra a vida do feto, que era punido como homicídio.

Tendo em vista o excesso do rigor da punição no século XVII foi abolida a pena capital, que foi substituída pela prisão ou mesmo a multa, havia até quem combatia a punição como Fuerbach, a equiparação dos direitos do feto aos do homem, que condenava a tese de igualdade entre o feticídio ao homicídio, se baseava a punição em razões de ordem demográfica.

Atualmente nos deparamos com duas orientações diferentes: uma que combate a descriminalização total ou parcial do aborto que tem a pretensão de mantê-lo como crime se punindo de forma não muito severa, no qual existe uma forte tendência de atenuação da pena para a mulher que o praticou, ou que com ele consentiu, e se agravando, contudo, para os abortadores. Como por exemplo, no Reino Unido, antes da lei liberal de 1967 relativa ao aborto, era punido conforme seu art. 58 do Offences against the Person Act de 1861 com trabalho perpetuo, na qual se transformou em prisão perpetua pelo art. 1º do Criminal Justice Act de 1948. Existem poucas legislações que permitem o aborto de forma livre com consentimento da gestante, em sua maioria apoiam sua “descriminalização” parcial, e em situações estabelecidas pela norma. Diniz (2014, p. 60-62)

1.1.2 O histórico do aborto no Brasil

Segundo Bitencourt (2012, p.163-164) o código criminal do império de 1830 não tinha como crime o fato da própria gestante praticar em se mesma o aborto, entretanto deveria ser punido o terceiro que realizou o ato criminoso, sendo ou não de conivência da mãe. Também era punido quem fornecesse a gestante modos de abortar, ainda que não se realizasse o ato criminoso, aumentava-se a pena caso o autor fosse médico ou similar.

Já em 1890 no Código Penal, se diferenciava o fato de existir ou não a expulsão do feto, fato que se agravava caso a gestante falecesse. Neste período já se punia o aborto realizado pela própria mãe. Se a ato criminoso tivesse por objetivo ocultar desonra, a pena era notadamente diminuída. Caso a vida da mulher grávida estivesse em perigo era autorizado o aborto, e se puniria a imperícia daquele que culposamente causou a morte da gestante, sendo médico ou parteira.

Em 1940 o Código Penal abordou três tipos de aborto sendo eles, o aborto provocado, aborto sofrido e aborto consentido sendo tipificados nos artigos 124,125 e 126 do referido código.

2 ANALISE SOBRE OS ARGUMENTOS PRÓ- ABORTISTAS

Neste capítulo trataremos do aborto como um direito, fato que é alegado pelos pró-abortistas, a doutrinadora Maria Berenice Dias retrata sobre o direito de escolha da mulher, ou seja, a liberdade de opção que

segundo a autora não se pode falar em escolha livre não havendo a possibilidade de mais de uma solução. DIAS (Aborto um direito legal).

Sendo assim, analisaremos o aborto e a autonomia da vontade, o abortismo socioeconômico e o abortismo privado.

2.1 O ABORTO E A AUTONOMIA DA VONTADE

A jurista Maria Berenice dias questiona sobre a constitucionalidade do art. 128 do Código Penal pela competência de autorizar o Sistema Único de Saúde – SUS- a realização do aborto. Tendo em vista que, o direito à vida, está constituído como garantia individual presente no art. 5º de nossa Carta Magna e assim como nas leis de todos os países onde se vigora a civilidade. A autora lembra que ainda que celebrado o direito à vida como um direito individual existe previsão legal o qual não se pune atentar contra a vida o que chama de excludentes de antijuridicidade. Dessa maneira não é considerado ilícito, agir em estado de necessidade ou em legítima defesa, a lei autoriza se preservar um direito próprio, mesmo que se tenha que sacrificar outro bem jurídico.

A advogada alega que de tais permissivos legais jamais são questionados sobre a sua constitucionalidade. Porém o Código Penal - criminaliza o aborto, contudo está previsto duas situações nas quais não se configuram o delito cita também que em seus mais de 50 anos de vigência nunca se sustentou uma afronta à Constituição a pratica da interrupção da gravidez momento em que a gestante corre risco de vida ou quando se resulta de estupro.

Segundo relata a doutrinadora está evidente que estas hipóteses também se configuram excludentes de antijuridicidade, pois a lei não trata como crime sua realização. Relata a jurista que o fato da descriminalização decorre que a ação defensiva é praticada pelo próprio agente estando em situação de risco. No entanto, a interrupção da gravidez será indispensável que outra pessoa participe, ou seja, e necessário que um médico intervenha. Por isso a lei que não pode requerer que alguém que está em situação de risco assim permaneça pondo em risco a própria vida, correndo riscos que poderiam ser eliminados. Portanto, será inquestionável a sua legítima defesa, por decorrer de estado de necessidade para preservar a própria vida. A jurista menciona que de igual forma, o estupro, que atinge a dignidade e viola a integridade física da mulher. Não seria cabível se impor a quem foi violentada que permaneça grávida pelo fato que se identificou como crime. O querer livrar-se da gravidez configura causa de exclusão de criminalidade por inexigibilidade de outra conduta, desta forma, o direito penal autoriza um juízo de absolvição. Relata ainda, que obrigar a mulher a levar a termo a gestação, será perpetuar o delito, tratando o corpo da mulher como um mero aparelho reprodutor. Exigir de um ser humano o que para a autora é entendido como sacrifício, por isso,

a necessidade de se garantir o direito de escolha, entretanto, é indispensável que seja assegurado a liberdade de opção. Deste modo, entende a professora Maria Berenice Dias que não se pode falar em livre escolha sem que exista mais de uma solução, segundo a mesma, somente a elite que tem melhores condições financeiras, devido aos valores exorbitantes que são cobrados pelas clínicas particulares podem exercer tal direito de escolha. Entretanto aquela que não condições de pagar terá que se submeter a procedimentos clandestinos, nos quais os riscos a sujeitam a sequelas. Sendo assim, o próprio Estado, que permitiu a prática de tais atos, não poderá se omitir, não permitindo que seja fornecido os meios para realização de forma segura. Por fim, relata que a mulher ao praticar um direito que a lei lhe confere, paga com a própria vida. DIAS (Aborto um direito legal).

O argumento da autonomia da vontade fica evidenciado a ideia que o feto por ser parte do organismo da gestante não é tido como “ser humano” em vista disso, a gestante tem direito à livre disposição do seu corpo. Sendo assim, analisaremos a posição contrária de tal argumento segundo a doutrinadora Maria Helena Diniz.

A autora cita que a medicina e a embriologia têm comprovado que o feto não é parte complementar do corpo da gestante; é um ser independente, o qual tem vida própria, traços psicológicos e de temperamento e patrimônio genético único e que não se altera desde o momento em que se funde o óvulo com o espermatozoide.

Logo para se sustentar o argumento jurídico do direito ao aborto provocado, seria necessário a comprovação científica de que o feto não é um ser humano, mas simplesmente algo que pertence ao organismo de sua mãe, ou então previsão constitucional na qual os pais ou o Poder Público deteriam o direito sobre a vida ou a morte desse feto tido como ser humano.

Porém, por meio de modernos experimentos científicos e demonstrado que a vítima do aborto existe, pelo fato de que desde a concepção se tem um novo ser humano que é independente de sua mãe. Jérôme Lejeune, o descobridor da causa genética da síndrome de Down, recebeu a medalha do Prêmio Memorial Allen, que é tido como a mais alta premiação no campo da genética mundial, tem se afirmado que, no momento da fecundação, é decifrável a totalidade da constituição do ser humano, pois, em 1988, Jeffreys, inspecionando por manipulação das moléculas de ADN dos cromossomos humanos, foi descoberto que é possível decifrar os códigos genéticos de cada membro dos indivíduos, como por exemplo, braços, pernas, sistema nervoso e demais. Cada indivíduo possui um único e excepcional genótipo o qual está desde de a concepção se constitui o mesmo.

Salientamos ainda que o feto não é parte do corpo materno, mas sim um organismo humano que está asilado em sua mãe, posto que sua elaboração biológica ele faz por conta própria. O tem toda sua uma estrutura própria que carece de sua mãe para se desenvolver em 3 meses de gestação já está completamente formado restando-lhe apenas crescer. Neste momento já sente dor, medo e tem apego pela vida, assim ficou demonstrado pelo Dr. Nathanson em uma ecografia filmada cientificamente, no momento em que se realizava um aborto, o feto perdeu a tranquilidade ao perceber o instrumento que procurava a bolsa amniótica, momento que seu coração acelera e tenta agitadamente mudar de local para escapar. No momento, que o instrumento o alcança ele encolhe seu corpo até o limite superior do útero, então sua boca abre em agonia, como que se pedindo auxílio, e de modo cruel um ser humano vai sendo esmiuçado aterrorizado pela barbárie, na qual primeiramente são arrancadas as pernas, depois os intestinos, o que o faz lutar bruscamente com os braços até que sua cabeça caia. O filme “O grito silencioso” que demonstra as reações de um feto, já completamente formado de 12 semanas, tempo que se constitui o máximo permitido por várias legislações para se interromper voluntariamente a gestação. O entendimento defendido pelo trabalho é o mesmo da ilustre jurista que a luta pela legalização do aborto não equivaleria a defesa da tortura, a qual é vedada em nossa constituição pelo art. 5º III, ante a desumana morte experimentada pelo feto, como se sancionar a prática do aborto se a norma constitucional reputa a tortura como uma das mais graves ofensas a integridade física e a vida?

A consideração de que a vida humana está ligada ao nascimento pelos motivos expostos é insustentável racionalmente e cientificamente. Neste interim seria o critério da viabilidade o parâmetro para verificar se a criança teria ou não a direito devido de proteção à vida? Nosso entendimento é que não pois um recém-nascido que é sadio ou portador de alguma deficiência poderia ser inviável caso não receba cuidados, o mesmo pode se dizer de um adulto incapacitado por derrame, acidente ou lesões de guerra. Dessa forma, como negar a o direito à vida a alguém tendo por base, sua viabilidade ou sua capacidade seja, ela física ou mental, seria o mesmo que dar a sociedade o direito de eliminar seres indesejáveis ou indefesos.

Sendo assim, a mulher pode ser tida como a dona de seu próprio corpo como alega a autonomia da vontade, porém não é toda de sua vida e muito menos da do nascituro. O feto é uma vida humana concreta então como pode a gestante reivindicar um direito de dispor do que não é seu, visto que o feto não é parte de seu corpo.

A ideologia da autonomia da vontade, onde se defende o direito da livre escolha da mulher sobre o corpo está baseada num parecer individualista, hedonista e consumista da liberdade. Nosso entendimento assim como a jurista Maria Helena Diniz é que a interrupção da gravidez

por motivo egoístico seja apropriado pela liberdade de escolha, não é maior do que o valor supremo da vida humana. Diniz (2014, p. 107-113).

2.2 O ABORTISMO SOCIOECONÔMICO

Outro argumento de quem segue a linha pró-aborto está baseado nos aspectos sociais, políticos e econômicos. A jurista Maria Berenice Dias segue este entendimento, porém cita que por afrontar o paradoxo existente entre a vida e a morte o aborto não tem solução. Por interesses contrários é difícil encontrar resposta a qual seja satisfatória a questão, sobretudo quando grupos éticos e religiosos divulgam de modo repressivo e alguns grupos feministas radicais preconizam a banalização do aborto, e desta maneira surgiu o risco indesejado por todos de que seja usado como método de controle da natalidade.

Entretanto a autora remete a realidade triste de que no Brasil, são praticados um milhão de abortos por ano. Por se tratar de prática clandestina, é difícil determinar com exatidão os números de tal prática, a quem tinha em um milhão e meio. E somado ao número assustador um outro dado: 10.000 mulheres morrem em decorrência de práticas abortivas de má qualidade, sendo a maior causa de morte feminina. Relata ainda que o Brasil é o país recordista mundial em abortos provocados.

Em seu artigo a advogada relata que mesmo se tratando de uma questão em que existem desdobramentos na Medicina, na Psicologia, na Religião, no Direito, na Política, na Ética, na Bioética, o aspecto mais notável é de que se trata de uma questão social.

O Estado segundo a jurista deixa de cumprir sua função de controlar a sociedade e de assegurar a vida de todos. Por optar em preservar a vida de um embrião, deixou de garantir as mulheres seu direito a vida, e ignora que abortos clandestinos continuam sendo realizados. Nesse sentido segundo a autora a criminalização não bastou para que se impedisse sua prática. Trata ainda que somente a elite tem condições de serem atendidos pelas clínicas particulares onde são cobrados altos valores e que aquelas que não tem condições para pagar precisam se submeter a métodos clandestinos de grandes riscos que poderão gerar sequelas.

O Estado deveria ser responsabilizado pela formação do cidadão, porém é delegada à família, conforme o art. 227 de nossa Carta Magna, primeiramente é atribuída à família, à sociedade e por fim o Estado a formação e a proteção da criança e do adolescente. Tal responsabilidade em grande parte recai sobre a mãe, que é indispensável propiciar-lhe o direito de opção. Existindo assim a necessidade que as mulheres deixem de serem vistas como depósito de maternagem que é a concepção que decorre da verdadeira sacralização da família que neste interim seria destinada à procriação. Neste entendimento o Estado não deve substituir a

vontade da mulher a qual tem o direito de decidir sobre sua vida e o de assumir a prole.

O estado deve então assumir sua função de preservação da vida e dignidade do cidadão pois ao transformar mulheres e adolescentes em criminosas não tem surtido os efeitos esperados, de coibir ou impedir que sejam realizados. Por esta razão, o primeiro passo seria sua descriminalização. DIAS (Aborto uma questão social).

Contraponto os argumentos do abortismo socioeconômico, a doutora Maria Helena Diniz relata que seria a legalização do aborto imprescindível para atender às necessidades sociais de maneira mais justa, de modo que se atende a população carente?

As causas dos problemas sócias estão em torno do aborto como o aumento demográfico, onde o controle de natalidade, o qual, matando os excedentes, seria a solução para conter o crescimento demográfico da população e dar cabo ao problema da fome e o problema da poluição ambiental, que são ocasionados em algumas partes do mundo? Bastaria uma política racional de demografia a qual fosse moderna de modo que desse incentivo ao planejamento familiar, por isso não seria necessário o aborto. Em relação a fome desta não poderia ser eliminada com a reforma agrária, com um melhor aproveitamento da terra ou seus recursos. A poluição ambiental acaso não poderia ser resolvida com uma tecnologia que a combatesse. Em vista disso, para que, então, o aborto socioeconômico com tais fins.

Não existe porem como negar que a proibição do aborto pode fazer com que algumas gestantes a pratica da clandestina, por não terem recursos financeiros de escolher o médico ou o hospital. A ilegalidade de ações de clinicas clandestinas no atendimento as mulheres de classe médio e baixa podem por sua precariedade leva-las a morte ou causar-lhes lesões irreparáveis. A alegação daqueles que afirmam que a punição a mulher pela pratica abortiva não apresenta nenhuma utilidade social, pois na verdade não impediria sua pratica, no entanto, apenas forçaria a clandestinidade, o que provocaria um gravíssimo problema de saúde pública, tendo em vista as sequelas provocadas pelo aborto mal feito, sem a devida assistência e as condições adequadas. Por isso defendem a legalização do aborto porque entendem que a mulher de classe baixa seria beneficiada, a caso não tenham condições financeiras para fazê-lo, poderiam internar-se em hospitais públicos, de modo que, não mais se submeteriam a técnicas abortivas precárias. Já as mulheres que pertencem às classes mais abastadas por terem condições de faze-los de forma segura e asséptica pouco importa a legalização, mas nem sempre ocorre assim, existem casos em que por razoes de não se exigir explicações e mantido a anonimato, não mancharão sua reputação e de suas famílias.

O aborto sendo legal ou não é para muitos um negócio muito lucrativo exemplo disso é o “tráfico” de misoprostol em algumas farmácias, nos Estados Unidos existem médicos, que chegam a ganhar por ano cerca de 200 mil dólares. Com a descriminalização surgiria um ótimo negócio tanto para as indústrias farmacêuticas quanto para as clínicas abortivas.

Portanto, não é matando crianças inocentes e indefesas que será eliminada a clandestinidade, os problemas e saúde pública que são provocados pelo aborto realizado de forma precária. Diniz (2014, p. 113-117).

2.3 O ABORTISMO PRIVADO

A quem segue a favor do aborto por motivos particulares os quais cada casal ou gestante devem optar por sua realização. Um dos motivos seria a gravidez não desejada, neste interim a professora Maria Berenice Dias aduz que, no instante em que é admitido o planejamento familiar no qual assegura o casal sua liberdade de decisão sobre a eventual prole, é reconhecido como consagrada constitucionalmente a paternidade responsável, e que não se pode excluir os métodos contraceptivos os quais mantem a família dentro do que é pretendido pelo par. Assim sendo, se a norma constitucional autoriza o controle da natalidade então a de se concluir que a prática do aborto está excluída do rol dos ilícitos penais. Tendo em vista, que gestações involuntárias e indesejadas ocorrem, pois, os métodos preventivos disponíveis não são infalíveis.

A jurista entende que o aborto perdeu seu caráter ilícito, independentemente do caso em questão, pois deixou de ser uma questão penal e se tornou uma excludente da criminalidade. Se trata agora de uma questão social.

Deste modo impor a mulher limites sobre o próprio corpo seria uma afronta o princípio da igualdade que iguala mulheres e homens. Ainda menciona a jurista que as mulheres têm conquistados direitos como a cidadania, em busca do direito ao voto, o direito à plena capacidade, perdida em decorrência do casamento e outros mais e que atualmente de não se submeter à gestação indesejada. DIAS (Aborto e o direito ao lar).

Contrário a este entendimento Maria Helena Diniz aduz em sua obra que mesmo diante de uma gravidez não desejada, a solução cabível não seria acabar com a vida de uma criança. Pois com isso, seria o mesmo que um erro tentando consertar outro, sendo assim uma violência contra um ser humano, cobrando do feto por um erro ou uma culpa da qual não tem.

Cabe a sociedade dar proteção a vida, tutelando a gestação, o nascimento, a educação e o desenvolvimento do feto e a intelectualidade do filho gerado mesmo que não sendo querido por sua família.

Desta forma os argumentos pro-aborto somente satisfazem os interesses dos que praticam o aborto e não aos do abortado, e se procura justificar aquilo que não pode ser justificado. O aborto precisa ser analisado tendo em vista a moral, a ciência e do direito. Diniz (2014, p. 117-123).

3 O DIREITO À VIDA E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Nossa carta magna em seu artigo 5^o, caput assegura a inviolabilidade do direito à vida, a doutrinadora Maria Helena Diniz cita: Diniz (2014, p.49) “A vida humana está acima de qualquer lei e é incólume a atos dos Poderes Públicos, devendo ser protegida contra quem quer que seja.”

Do mesmo modo o doutrinador Moraes (2014, p.34) cita: “O direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, já que se constitui em pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos.” Desde modo, o direito à vida é requisito essencial aos demais direitos pois sem ele não há objetivo para as normas legais.

Neste mesmo interm Paulo Gustavo Gonet Branco cita: Mendes (2014, p.263)

A existência humana é o pressuposto elementar de todos os demais direitos e liberdades dispostos na Constituição. Esses direitos têm nos marcos da vida de cada indivíduo os limites máximos de sua extensão concreta. O direito à vida é a premissa dos direitos proclamados pelo constituinte; não faria sentido declarar qualquer outro se, antes, não fosse assegurado o próprio direito de estar vivo para usufruí-lo.

Neste sentido, conforme elenca o professor Paulo Gustavo Gonet Branco, está centrado este trabalho, no direito à vida como o sentido de todos os demais direitos. Por entender que a vida começa na concepção, conforme entendimento de Diniz (2014, p.53):

A vida humana começa com a concepção. Desde esse instante tem-se um autêntico ser humano e, seja qual for o grau de evolução vital em que se

encontre, precisa, antes do nascimento, do útero e do respeito à sua vida. O feto é um ser com individualidade própria: diferencia-se, desde a concepção, tanto de sua mãe como de seu pai e de qualquer pessoa, e, independentemente do que a lei estabeleça, é um ser humano.

Sendo assim, defendemos o direito à vida como pressuposto da não descriminalização do aborto, por assim entendemos se tratar de uma barbárie e de um atentado a vida humana e um modo de tratar o ser humano como um lixo descartável. O direito à vida está constitucionalmente garantido sem que aja distinção entre o que é ser humano formado ou aquele que ainda depende do útero materno. Como cita Prado (2008, p. 105):

O direito à vida, constitucionalmente assegurado (art. 5.º, *caput*, CF), é inviolável, e todos, sem distinção, são seus titulares. Logo, e evidente que o conceito de vida, para que possa ser compreendido em sua plenitude, abarca não somente a vida humana independente, mas também a vida humana dependente (intrauterina).

3.1 TEORIAS SOBRE O INICIO DA VIDA

Entendemos que o direito à vida está assegurado por nossa lei maior, conforme já citado. Deste modo a doutrina cita teorias sobre quando se inicia a vida sendo entre algumas delas a teoria concepcionista, teoria da nidação, teoria da gastrulação e a teoria da formação dos rudimentos do sistema nervoso central.

Existem diversas teorias sobre quando se inicia a vida, porem a medicina, a ciência e os juristas não tem um consenso relativo ao tema. Neste trabalho abordaremos as principais correntes teóricas da doutrina.

3.1.1 Teoria concepcionista

Segundo a teoria concepcionista, a vida se inicia no momento da concepção, no instante que o espermatozoide penetra o ovócito, no qual se fundem e formam uma célula humana única, chamado zigoto ou embrião que é o início de um novo ser humano, conforme o cientista Moore (2008, p.2).

A jurista Maria Helena Diniz defende essa teoria, segundo a autora a vida humana começa com a concepção e que neste momento já se tem um autêntico ser humano o qual já precisa de seu direito resguardado. Diniz (2014, p.54).

3.1.2 Teoria da nidação

Para a teoria da nidação após a fecundação o ovulo será implantado no útero, fato que ocorre 14 dias após a fecundação. O doutrinador Rogério Greco entende que é partir deste momento que a vida terá relevância, pois enquanto não ocorreu a nidação não existe proteção a ser realizada por meio da lei penal. Deste modo as discussões sobre substancias ou dispositivos podem ser considerados abortivos são afastadas, pois não repercutiram juridicamente, uma vez que, não ocorreu a implantação do óvulo fecundado no útero Greco (2017, p.172).

A respeito da teoria segundo Fragoso (Lições de direito penal, p. 115-116) conforme citado por Greco (2017, p. 172):

O aborto consiste na interrupção da gravidez com a morte do feto. Pressupõe, portanto, a *gravidez*, isto é o estado de gestação, que, para efeitos legais, inicia-se com a implantação do ovo na cavidade uterina. Do ponto de vista médico, a gestação se inicia com a fecundação, ou seja, quando o ovo se

forma na trompa, pela união dos gametas masculino e feminino. Inicia-se então a marcha do óvulo fecundado para o útero, com a duração média de três a seis dias, dando-se a implantação no endométrio. Daí por diante é possível o aborto. A matéria tem sido objeto de debate em face dos efeitos dos anovulatórios orais ou 'pílulas anticoncepcionais', bem como do dispositivo intrauterino (DIU). Certas pílulas impedem a ovulação ou o acesso do espermatozoide ao óvulo, pelas transformações que causam no muco cervical. Em tal caso, impede-se a concepção. Outras pílulas, no entanto,

atuam após a concepção, impedindo a implantação do ovo no endométrio. O mesmo ocorre com os dispositivos intrauterinos, cuja ação, para

muitos, ainda não está perfeitamente explicada: é certo, no entanto, que não impedem a concepção, mas sim a implantação do ovo ou o seu desenvolvimento, provocando a sua expulsão precoce. É fácil compreender que as pílulas da segunda espécie e os DIU, que não impedem a concepção, seriam *abortivos* (e não anticoncepcionais), se por aborto se entende a interrupção da gravidez e está se inicia com a concepção. Todavia, a lei não especifica o que se deva entender por *aborto*, que deve ser definido com critérios normativos, tendo-se presente a valoração social que recai sobre o fato e que conduz a restringir o crime ao período da gravidez que se segue à nidação. Aborto é, pois, a interrupção do processo fisiológico da gravidez desde a implantação do ovo no útero materno até o início do parto.

Sendo assim, tal teoria entende que as pílulas e os DIU, os quais não impedem a concepção seriam abortivos, caso a interrupção da gravidez será entendida na concepção. Contudo, por não existir especificação legal sobre aborto, a teoria adota o posicionamento de que o aborto é a partir da nidação até o início do parto.

3.1.3 Teoria da gastrulação

Segundo esta teoria a vida inicia-se após o início da terceira semana onde se dá o processo de gastrulação. O ministro Ricardo Lewandowski durante o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3510 sobre a Lei de Biossegurança (Lei 11.105/05) citou:

“É que no início da terceira semana inicia-se o processo de gastrulação, no qual se dá formação do sistema nervoso, do coração, da placenta, do cordão umbilical e do celoma intra-embrionário, ou seja, as cavidades corpóreas”.

Desta forma, somente após a formação do sistema nervoso, terá início a vida e amparo da norma penal.

3.1.4 Teoria da formação dos rudimentos do sistema nervoso central

A teoria da formação dos rudimentos do sistema nervoso cita que a vida humana ocorre após o aparecimento dos primeiros sinais de formação do córtex central, o que ocorre entre o decimo quinto dia e o quadragésimo dia da evolução do feto. Para aos adeptos da teoria somente após ser verificado os impulsos cerebrais é que se pode afirmar que se iniciou a vida humana.

O principal defensor esta teoria é o biólogo Jaques Monod, que argumenta que o homem por ser fundamentalmente consciente, não seria possível admiti-lo antes do quarto mês de gestação, pois é o momento no qual se verifica eletroencefalograficamente, a atividade do sistema nervoso central, já que a atividade do sistema nervoso está relacionada a eventualidade do feto possuir consciência Rocha (2008, p.80).

Ao que parece o Supremo Tribunal Federal em decisão arbitrária do HABEAS CORPUS 124.306 RIO DE JANEIRO adotou tal teoria, ao se relacionar o sistema nervoso a consciência, o que se relaciona ao feto sentir dor. O doutor Bernard Nathanson que realizou cerca de 75.000 abortos, conta que em um aborto o qual acompanhou, por ultra-som, de aplicação do método da aspiração (sugar o feto), e sua equipe medica americana. No instante no qual o aspirador foi introduzido no útero materno, o feto aumentou seus batimentos cardíacos quase em dobro e que procurou se desviar do instrumento. Após seus membros serem arrancados, sua boca abriu, fato que deu origem um de seus estudos chamado de “O grito silencioso” Martins (2009, p.13).

Deste modo, e incabível a alegação de que o feto não possui consciência, tendo em vista, o fato monstruoso do qual o doutor Bernard Nathanson retratou.

3.2 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O princípio da dignidade humana é ancora de todos os demais direitos do Estado de Direito. No mais, nenhuma ordem jurídica pode contrariar tal princípio. Sendo assim, qualquer violação a outro princípio afeta de igual modo a dignidade da pessoa humana. Pois o ser humano não é uma coisa, é pessoa dotada de direitos, especialmente ante o poder punitivo do Estado. Gomes e col. (2015, p.11)

Sendo o princípio da dignidade da pessoa humana a ancora dos demais direitos, o direito à vida deve ser amparado também neste contexto, conforme nossa carta magna artigo 5^o, caput o qual assegura a inviolabilidade do direito à vida. O jurista Moraes (2014, p.18) cita:

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem *menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos*.

3.2.10 respeito à dignidade humana e a ordem jurídica do Estado Democrático de Direito

Os bioeticistas devem ter como modelo o respeito à dignidade da pessoa humana, o qual é o fundamento do Estado Democrático de Direito, e essencial em todo o ordenamento jurídico. Os avanços de qualquer tipo sejam científico ou tecnológico não podem prevalecer ante a dignidade humana. Desta maneira a bioética e o biodireito não poderão adotar conduta as quais venham a reduzir a pessoa humana ao estado de coisa, por consequência privando dela sua dignidade e direito a uma vida digna.

A jurista Maria Helena Diniz cita as palavras de Cebler “o direito deve aceitar as descobertas científicas cuja utilização não se demonstre contrária à natureza do homem e de sua dignidade.” Assim sendo, a ciência é uma poderosa auxiliar da vida do homem para que sua vida seja mais digna. Por isso, nem tudo o que ciência diz ser possível é moral e juridicamente admissível.

A medicina moderna deve ser importa por limites que respeitem o ser humano em todas suas fases evolutivas, ou seja, antes de nascer, no nascimento, no sofrimento, em vida e em morte, estando atenta a dignidade da pessoa humana. A vida humana para a bioética e o biodireito não pode ser tratada como uma questão de mera sobrevivência física, mas uma vida com dignidade.

Após o reconhecimento da dignidade da pessoa humana, a bioética e o biodireito assumiram um sentido humanista, do qual adveio um elo com a justiça. Assim sendo, a bioética e o biodireito andam atrelados aos direitos humanos e deste modo não se devem ater progressos científicos que na verdade mascaram injustiças contra a pessoa humana. Diniz (2014, p.41-44).

4 COMENTARIO AO HABEAS CORPUS 124.306/2016

A primeira turma do Supremo Tribunal Federal em julgamento ao referido Habeas Corpus 124.306/2016, o qual ocorreu em 29 de novembro de 2016, casou assombro, ao alegar que os três primeiros meses de gestação o aborto não é tido como crime. Entendemos que tal decisão foi contrária ao Pacto de São José em seu artigo 4^o o qual a vida é assegurada desde a concepção e que transpôs os poderes do judiciário em seu papel constitucional.

Sendo assim, citamos o entendimento do jurista Ives Gandra da Silva Martins:

“O supremo não pode legislar, nem mesmo nas ações de inconstitucionalidade por omissão do congresso (artigo 103 § 2^o) artigo este desprezado pelos bons juristas daquela corte.” Martins (2016)

Citaremos a ementa do acórdão e analisaremos uns pontos sobre a decisão:

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 cumprimento 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

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. C

omo 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. (HC 124306. Julgamento em 29/11/2016, Dje: 09/12/2016; Relator: Min. Luís Roberto Barroso)]`

4.1 INCONFORMIDADE SOBRE AS TEORIAS DO INÍCIO DA VIDA

O Superior tribunal de justiça ao citar que a interrupção até a terceiro mês da gestação conforme os artigos. 124 a 126 do Código Penal não constitui crime, contrariou o artigo 5º da Constituição que torna o direito à vida inviolável e o mesmo artigo em seu § 3º cita (BRASIL, 1988):

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Sendo assim, contrariou também o Pacto de São José da Costa Rica em seu artigo 4º o qual declara que o direito à vida deve ser protegido desde o momento da concepção. Para a teoria da concepção, a vida tem seu início na concepção, no momento em que o espermatozoide penetra o ovócito, no qual se fundem e formam uma célula humana única, chamado zigoto ou embrião que é o início de um novo ser humano, conforme o cientista Moore (2008, p.2).

Maria Helena Diniz é defensora desta teoria segundo jurista na concepção já se tem um autêntico ser humano o qual precisa que seu direito à vida seja resguardado Diniz (2014, p.54).

4.2 AUTONOMIA DA VONTADE DA MULHER X O DIREITO À VIDA

Ao dar maior relevância à autonomia da vontade da mulher e seus direitos reprodutivos do que o direito à vida o tribunal negou a veracidade de que o feto não é parte complementar do corpo da mulher pois é ser independente que tem vida própria. Tal colocação afronta a Constituição a qual assegura a inviolabilidade do direito à vida, e mais uma vez salientamos também que violou o Pacto de São José da Costa Rica que decretou em seu artigo 4º que a vida humana carece de proteção desde o momento da concepção. Citamos a jurista (GARCIA, on-line):

A vida de todos, inclusive a do ser humano em formação, é inviolável, conforme art. 5º, *caput*, da Carta Magna, logo, a sua proteção constitui um mandado constitucional de criminalização, em que qualquer atentado contra ela deve ser considerado crime, sob pena de transmutar a *Lex Mater* em mero “faz de conta”.

Outrossim, o art. 60, § 4º, IV, da CF, traz o direito em discussão como cláusula pétrea, versando que não pode ser deliberada emenda constitucional tendente a abolir direitos e garantias individuais, dentre eles, a vida, e não adianta dizer que o

nascituro não é indivíduo, porque, a partir do momento que o embrião se instala no útero, ele se individualiza e é constatada a alteridade entre ele e a mãe, ou seja, são dois seres distintos que se relacionam, num esplendoroso espetáculo da formação da vida humana.

Deste modo, consagrar a autonomia da vontade da mulher e seus direitos reprodutivos acima do direito à vida, embora se deva ter em vista a dignidade da pessoa humana, tal princípio que é fundamento do Estado Democrático de Direito, a violação de qualquer outro princípio afeta de igual modo a dignidade humana e entre eles o direito à vida.

4.3 ILEGITIMIDADE DO JURICIÁRIO PARA LEGISLAR

O jurista Ives Gandra da Silva Martins citou que que o supremo não pode legislar, nem mesmo nas ações de inconstitucionalidade por omissão do congresso conforme o artigo 103 § 2º da Constituição. Citou ainda que decisão tomada pelo supremo é conflitante, pois o brasil é signatário do Pacto de São José da Costa Rica o qual em seu artigo 4º assegura a proteção ao direito à vida deste a concepção” Martins (2016).

A jurista (GARCIA, on-line) cita:

As divergências citadas no campo científico sobre o início da vida demonstram que para se chegar a um consenso jurídico, há a necessidade indispensável de um amplo debate democrático no âmbito do Congresso Nacional, órgão incumbido constitucionalmente para tanto e eleito pelo povo, com a participação de diversos setores da sociedade, convocando-se audiências públicas para que possam ser ouvidas diversas opiniões e estudos científicos sobre o assunto. Assim, como pode uma Suprema Corte simplesmente arbitrar quando começa a vida?

Neste diapasão, a decisão da Primeira Turma do Supremo é ilegítima por ferir brutalmente a separação

de poderes, pois o legislador é quem deve definir quando se inicia a vida.

Desta forma, salientamos que a desastrosa decisão do supremo, tento em vista as teorias sobre o início da vida, a que nos parece mais aceitável segundo a maioria dos livros de embriologia é a teria da concepção. Citamos o doutor Bernard Nathanson em seu estudo chamado de “O grito silencioso” o feto do qual o citado medico realizou o abortamento tinha 12 meses, e como já citado anteriormente no instante no qual o aspirador foi introduzido no útero materno, o feto aumentou seus batimentos cardíacos quase em dobro e que procurou se desviar do instrumento. Após seus membros serem arrancados, sua boca abriu, demonstrando a dor sentida pela atrocidade do ato. Martins (2009, p.13).

Sendo assim, como sustentar o argumento da teoria da formação dos rudimentos do sistema nervos a qual argumenta que o homem por ser fundamentalmente consciente, não seria possível admiti-lo antes do quarto mês de gestação, pois é o momento no qual se verifica eletroencefalograficamente, a atividade do sistema nervoso central, já que a atividade do sistema nervoso está relacionada a eventualidade do feto possuir consciência Rocha (2008, p.80). Teoria desta que ao que tudo indica, ter sido a base da decisão sobre o citado Habeas Corpus.

4.4 DESPROPORCIONALIDADE DA INCRIMINAÇÃO

A legação de que é possível que o Estado evite a ocorrência de abortos por meios mais eficazes e menos lesivos do que a criminalização pois a criminalização não produzir impacto relevante sobre o número de abortos praticados no país. É sem dúvida invalida tendo em vista que abortos são realizados continuamente. A jurista (GARCIA, on-line) cita: “pois não é porque as pessoas continuam cometendo homicídio que este deve ser descriminalizado e o Estado deva passar a proteger a vida com educação nas escolas sobre a importância de não matar.”

Sendo assim, não seria a descriminalização o critério para que o crime deixe de existir, neste sentido citamos novamente o entendimento de (GARCIA, on-line) que cita:

Ademais, basta uma breve pesquisa para constatar que a tendência quando se legaliza o aborto em países subdesenvolvidos e com educação pública de péssima qualidade é o aumento de seu número, bem como o relaxamento de mulheres em não prevenir filhos por saber que podem matá-los ainda no ventre, o que geraria o aumento das doenças sexualmente transmissíveis. Tomemos como exemplo a África do Sul, que semelhante ao Brasil também é subdesenvolvido e faz parte do BRICS26, em que, após a legalização, a prática do aborto aumentou em 200%.

As alegações feitas em comparação a outros países, revelou-se incoerente pois todos os países citados são desenvolvidos com educação e saúde pública de qualidade, onde são poucos os índices de corrupção, o que minora inúmeros problemas sociais.

Em uma das citações foi alegado o famoso caso *Roe v. Wade*, no qual a sentença abriu precedente a legalização do aborto nos Estados Unidos, entretanto a mesma mulher que primeiramente lutou pela legalização do aborto em 1973, posteriormente citou que foi usada por sua advogada e reafirmava que nunca chegou a fazer um aborto. E que era 100 % pro-vida e que não acreditava no aborto. Presse (2017)

Desta forma, ao verificarmos a controversa descriminalização do aborto, podemos concluir pelos fatos citados que além de ferir o direito à vida não existem argumentos contundentes para tal atrocidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tento em vista, o direito à vida como um direito primordial sem o qual nenhum outro direito terá valia, entendo que o nascituro se enquadra dentro dos aspectos e fundamentos que lhe asseguram as normas, embora tal direito não será absoluto, não acredito que o aborto se adequa entre os preceitos onde o Estado dentro de suas atribuições pode fazer cessar a vida.

A dignidade da pessoa humana assegura que todos terão direito a uma vida digna, entretanto são muitos os problemas sociais que afetam o exercício o qual todos deveriam ter acesso, fato este que não limita a busca dos indivíduos a uma melhora em sua condição afetada pelo desprovimento do Estado. Entendo que muitos adeptos a legalização do aborto enfatizam a dignidade descrita em defesa de sua ideologia, utilizando por exemplo a questão dos abortos clandestinos e os problemas acarretados por eles, mas compreendo que a legalização do aborto não diminui os problemas causados a mulher sejam eles físicos ou psicológicos que elas trarão consigo.

É difícil pensar que em uma sociedade onde o direito evolui, por lutas e asseio de liberta e dignidade, onde nossos antepassados tiveram a oportunidade de se defrontar com as mais injustas e desumanas leis em busca de sua dignidade humana. No entanto, nos dias atuais o direito progrediu a tal ponto de querer calar aqueles que nem ao menos tem como

se defenderem, percebo ser então a obrigação nossa enquanto amantes do direito defender aqueles que não tem como se defenderem.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 2. parte especial: dos crimes contra a pessoa. 12. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

CROCE, Delton. **Manual de medicina legal/** Delton Croce e Delton Croce Jr. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DIAS, Maria Berenice. Aborto e o direito ao lar. Disponível em: <<http://www.mariaberenice.com.br/artigos.php?cat=319&subcat=&termobusca=&ordem=&pagina=1#anc>> Acesso em 10 out.2017

DIAS, Maria Berenice. Aborto um direito legal. Disponível em: <<http://www.mariaberenice.com.br/artigos.php?cat=319&subcat=&termobusca=&ordem=&pagina=1#anc>> Acesso em 10 out.2017

DIAS, Maria Berenice. Aborto uma questão social. Disponível em: <<http://www.mariaberenice.com.br/artigos.php?cat=319&subcat=&termobusca=&ordem=&pagina=1#anc>> Acesso em 10 out.2017

DINIZ, Maria Helena. O estado atual do biodireito. 9. ed. rev. Aum. e atual. de acordo com Código de Ética Médica. São Paulo: Saraiva, 2014.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. parte especial, volume II: introdução à teoria geral da parte especial: crimes contra a pessoa. 14. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2017.

Gomes, Luiz Flávio. **Princípios Constitucionais Penais à luz da Constituição e dos Tratados Internacionais**. Luiz Flávio Gomes, Alice Bianchini e Flávio Daher. Livronet/ atualidades do direito, atualizado até agosto de 2015

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. rev. atual. e ampl. 15. ed Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Lex Humana: Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UCP**. Nº 1. Petrópolis, 2009

Martins, Ives. **STF desrespeita a vontade popular ao legislar sobre aborto até 3º mês**. Disponível em:<

<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2016/11/1837235-stf-desrespeita-vontade-popular-ao-legislar-sobre-aborto-ate-3-mes.shtml> />. Acesso em 19 de nov. 2017.

MASSON, Cleber. **Direito penal esquematizado**. parte especial. vol. 2 7.^a ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2015.

Mendes, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional** / Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

Moore, Keith L. **Embriologia Clínica**. com a colaboração de Mark G. Torchia. (tradução Andrea Monte Alto Costa) 8. Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

Presse, France. **Morre demandante do caso que legalizou aborto nos EUA**. Disponível em: < <https://g1.globo.com/mundo/noticia/morre-demandante-do-caso-que-legalizou-aborto-nos-eua.ghtml> />. Acesso em 19 de nov. 2017.

Rocha, Renata. **O direito à vida e a pesquisa em células-tronco**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

A HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL DE PETER HÄBERLE E SUA APLICAÇÃO À CONSTITUIÇÃO FEDERAL BRASILEIRA

PAULO BYRON OLIVEIRA SOARES NETO: Professor Efetivo do Governo do Estado de São Paulo; Licenciado e Bacharel em Matemática pela Universidade Ibirapuera; especialista em Gestão Escolar e Coordenação Pedagógica pela Uniasselvi; graduando em Direito (UNIP); Graduando em Engenharia de Produção (UNIVESP); Pós graduando em Ensino de Filosofia (UNIFESP); pós graduado em Direito Tributário e mestrando em Direito e Negócios Internacionais pela Universidade del Atlântico - Espanha.

Resumo: O presente artigo tem como objetivo identificar a aplicação da teoria da Hermenêutica Constitucional de Peter Häberle na Constituição da República Federativa do Brasil. A fim de alçar os objetivos traçados neste trabalho, como alicerce utilizamos o método bibliográfico.

Palavras-chave: Constituição de República Federativa do Brasil; Hermenêutica Constitucional; Peter Häberle.

Abstract: The present article aims to identify an application of the theory of Constitutional Hermeneutics of Peter Häberle in the Constitution of the Federative Republic of Brazil. In order to achieve the goals outlined in the work, as a foundation we use the Bibliographic Method.

Keywords: Constitution of the Federative Republic of Brazil; Constitutional Hermeneutics; Peter Häberle.

Introdução

As normas jurídicas tiveram, ao longo do tempo, seus métodos de interpretação aperfeiçoados, de forma a facilitar a aplicação das leis vigentes às necessidades abstratas, à demanda social e efetivamente aos casos concretos que emanam do convívio em uma sociedade de direito.

Cristalino que a Lei Maior do Estado, garantidora de princípios norteadores da legislação infraconstitucional e de direitos fundamentais do

cidadão, deve possuir uma hermenêutica jurídica ajustada a sociedade em sua realidade, a fim de alçar a manutenção da democracia e direitos humanos conquistados ao longo do tempo.

A interpretação mecanicista, ou seja, positivista provinda da famosa teoria de Hans Kelsen não se adequa ao caso concreto e tampouco ao processo evolutivo existente em qualquer sociedade.

Destarte, em um Estado Democrático de Direito a lei provém do interesse majoritário, representado através de legisladores eleitos democraticamente. Portanto, de acordo com as alterações existentes, a hermenêutica constitucional passa a ter um papel fundamental para atender os anseios provenientes da sociedade, como dito, neste contexto a interpretação pura, “a letra da lei”, não atende as reais necessidades do cidadão.

A seguir apresentamos um trecho do texto de Friedrich Nietzsche, o qual ilustra a situação ocorrida em uma interpretação puramente positivista das normas existentes na Constituição Federal:

Minha vista, seja forte ou fraca, enxerga apenas a certa distância, e neste espaço eu vivo e ajo, a linha deste horizonte é o meu destino imediato, pequeno ou grande, a que não posso escapar. Assim, em torno a cada ser há um círculo concêntrico, que lhe é peculiar. De modo semelhante, o ouvido nos encerra num pequeno espaço, e assim também o tato. É de acordo com esses horizontes, nos quais, como em muros de prisão, nossos sentidos encerram cada um de nós, que medimos o mundo, que chamamos a isso perto e àquilo longe, a isso grande e àquilo pequeno, a isso duro e àquilo macio: a esse medir nós chamamos “perceber” – e tudo, tudo em si é erro!^[1]

E é neste ponto de cerceamento de uma interpretação da Lei Maior que rege o Estado, que surge um novo modelo de hermenêutica constitucional, através da teoria de Peter Häberle, de certa forma

audaciosa, porém intimamente fundamentada em atender os interesses sociais que emergem no Estado Democrático de Direito.

1. Peter Häberle

Jurista, especialista em Direito Constitucional, nasceu no dia 13 de maio de 1934 no distrito de Göppingen, estado de Baden-Württemberg na Alemanha.

Sob orientação de Konrad Hesse, tornou-se Doutor em Direito em 1961, na Universidade de Freiburg, defendendo a tese “*Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz*” (título no idioma alemão). Em 1970, habilitou-se através do trabalho “*Öffentliches Interesse als juristisches Problem*” (título no idioma alemão).

Tornou-se professor substituto em Tübingen e professor de Direito em Marburg, posteriormente lecionou nas universidades de August e Bayreuth e como professor visitante na Universidade de St. Gallen de 1982 a 1999.

Recebeu o título de doutor honoris causa nas seguintes universidades: Universidade Aristóteles de Tessalônica (1994); Universidade de Granada (2000); Pontifícia Universidade Católica do Peru (2003); Universidade de Brasília (2005); Universidade de Lisboa (2007); Universidade Estatal de Tbilisi (2009); e Universidade de Buenos Aires (2009).

No Brasil encontrou embasamento na sua teoria de hermenêutica constitucional, através de jurisprudências do Supremo Tribunal Federal e, também, em relação ao instituto do *amicus curiae*. Em 1997 teve sua obra traduzida por Gilmar Ferreira Mendes, atual Ministro do Supremo Tribunal Federal, sob o título “*Hermenêutica Constitucional. A Sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*”.

Peter Häberle dedicou seus estudos sobre um direito constitucional comum latino-americano, com obra traduzida e publicada no

México em 2003, sob o título: “*De la soberanía al derecho constitucional común: palabras clave para un diálogo europeo-latinoamericano*” (título no idioma espanhol).

2. A Teoria Hermenêutica constitucional de Peter Häberle

O Jurista através de seu novo método de interpretação constitucional, prevê a participação de todos atores políticos, ou seja, grupos sociais e cidadãos envolvido direta ou indiretamente, influenciando a atuação dos legisladores na produção das leis.

Desta feita, o autor descarta o método sistemático e o monopólio interpretativo do Estado, como se pode verificar na dura crítica aos modelos na seguinte afirmação:

A teoria da interpretação constitucional esteve muito vinculada a um modelo de interpretação de uma ‘sociedade fechada’. Ela reduz, ainda, seu âmbito de investigação, na medida em que se concentra, primeiramente, na interpretação constitucional dos juízes e nos procedimentos formalizados.^[2]

Com isto, se faz presente uma mutação constitucional sem alteração das leis, ou seja, somente através da hermenêutica constitucional, a qual, como visto, atende aos anseios e expectativas, através da pluralidade de intérpretes, de um real Estado Democrático de Direito.

Desta feita, segundo o autor, a nova hermenêutica constitucional deve contemplar o conceito cultural sob os seguintes aspectos: tradições e legados sociais do povo; regras, costumes sociais, valores e ideias de conduta; o nível psicológico para adaptação e superação de problemas e os processos de aprendizagem; e nível estrutural de criação de modelos culturais, ou seja, ideais ou símbolos.

Sendo assim, todo o cidadão se torna responsável pela propagação cultural, deixando de ser simplesmente um espectador e se tornar um participante ativo na interpretação constitucional, diante disso

que há a mutação da constituição sem alteração de seu texto, mas sim unicamente do seu método interpretativo, conforme aponta o autor: “*todo aquele que vive no contexto regulado por uma norma e que vive com este contexto é, indireta ou, até mesmo diretamente, um intérprete dessa norma*”[3].

Em concordância com a teoria de Peter Häberle, com brilhantismo Amaral exemplifica:

Imaginemos um funil, onde a abertura superior e maior representa a gama de interpretações sobre uma determinada matéria, formuladas pelos diversos legitimados. À medida que o processo se desenvolve, percebe-se que o número de interpretações diminui. Muitas são reformuladas, outras se fundem. Há um verdadeiro processo de liquidação dessas interpretações até que a Corte Constitucional defina qual ou quais são aceitáveis e adequadas para aquela matéria. (...) O aumento na participação produzirá o surgimento de novas alternativas, as quais propiciarão ao juiz constitucional um contato maior com a realidade, decidindo, assim, teoricamente, de forma mais adequada, justa e legítima[4].

3. A aplicabilidade da teoria de Peter Häberle na Constituição da República Federativa do Brasil

A Constituição apresenta uma série de dispositivos com caráter plural e democrático. O artigo 1º, inciso V traz o pluralismo político, adiante o artigo 170 no parágrafo único, que trata da pluralidade econômica: “*É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei*”.

Não obstante podemos citar, também, o artigo 206 que apresenta o pluralismo de ideias, conforme segue: “*O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: III - pluralismo de idéias e*

de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino;”.

Apesar da pluralidade aqui apresentada a Constituição não previa uma participação social efetiva. Surge, então a Lei nº 9.868/99 disciplinando a Ação Direta de Inconstitucionalidade e a Ação Declaratória de Constitucionalidade, aperfeiçoando o controle de constitucionalidade e prevendo determinados casos onde terceiros pudessem intervir na qualidade de *amicus curiae*. Em seguida, a Lei 9.882/99 disciplinou o processo e o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e dispôs sobre a possibilidade de intervenção do *amicus curiae* no processo.

4. Considerações finais

De acordo com o exposto a teoria da Hermenêutica Constitucional de Peter Häberle possui aplicabilidade em nossa Constituição Federal, porém ainda necessita de ferramentas mais efetivas, a fim de atender o processo de democratização da interpretação constitucional, visto que, o que temos atualmente nos aponta para um mero esclarecimento da norma e concretização dos direitos fundamentais.

5. Referências Bibliográficas

AMARAL, Rafael Caiado. *Breve ensaio acerca da Hermenêutica Constitucional de Peter Häberle*. Brasil, 2006. disponível em www.ihj.org.br>. Acesso em 20 nov. 2017.

BRASIL, Constituição Federal (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 20 nov. 2017.

BRASIL, *Lei nº 9.868 de 10 de novembro de 1999*. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm>. Acesso em: 21 nov. 2017.

BRASIL, *Lei nº 9.882, de 03 de dezembro de 1999*. Dispõe sobre o processo e julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9882.htm>. Acesso em: 21 nov. 2017.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – a Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Constituição para e Procedimental da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris editor, 1997.

NIETZCHE, Friedrich. *Na Prisão, in Aurora*. São Paulo: Companhia das Letras, Livro III, 2004.

NOTAS:

[1] NIETZCHE, Friedrich. *Na Prisão, in Aurora*. São Paulo: Companhia das Letras, 2004, Livro III, p.117.

[2] HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – a Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição:*

Constituição para e Procedimental da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre:

Sérgio Antônio Fabris editor, 1997, pág. 12.

[3] HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – a Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição:*

Constituição para e Procedimental da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre:

Sérgio Antônio Fabris editor, 1997, pág. 15.

[4] AMARAL, Rafael Caiado. *Breve ensaio acerca da Hermenêutica Constitucional de Peter Häberle*. Brasil,

2006. disponível em www.ihj.org.br>. Acesso em 20 nov. 2017.

ESTUDOS SOBRE O PODER CONSTITUINTE

RAFAEL TAWARAYA GUALBERTO DE CARVALHO: Bacharel em Ciências Sociais pela Universidade de São Paulo; Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus; Especialista em Direito Constitucional pela Damásio Educacional; Especializando-se em Direito Processual pela PUC-Minas (EAD)

RESUMO: O Poder Constituinte cria o sistema jurídico, sendo a transição do poder político para o poder jurídico. Por ser originário, condiciona o ordenamento que dele extrairá sua fonte de legitimação. Ocorre que todo sistema jurídico precisa se atualizar. A reforma, pois, é caminho inevitável. Entretanto, reformar algo, é respeitar as estruturas basilares sobre as quais se funda. As reformas constitucionais brasileiras, até o presente momento, lograram êxito em arejar o ordenamento e ao mesmo tempo mantê-lo. A institucionalização da doutrina do Poder Constituinte contribuiu para que a atual Constituição se aproxime da sua terceira década. Continuamos ainda sob os influxos de 1988.

PALAVRAS CHAVE: poder constituinte, reforma constitucional, continuidade constitucional.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. TOMO 1: O PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO. 1.1 Titularidade. 1.2 Características. 1.2.1 Inicial. 1.2.2 Autônomo. 1.2.3 Ilimitado. 1.2.4 Incondicionado. 1.3 Visão Pós Moderna. 1.4 Poder Constituinte e Legitimidade Democrática. 1.5 Síntese. 2 – O PODER CONSTITUINTE DERIVADO. 2.1 Conceito. 2.2 Características. 2.3 As ramificações do Poder Constituinte Derivado. 2.3.1 Poder Derivado Revisional. 2.3.2 Poder Derivado Decorrente. 2.3.3 Poder Derivado Reformador. 2.4 Mutação Constitucional. 2.4.1 Conceito. 2.4.2 Limites à Mutação. 2.4.3 A Interpretação e a Mutação. 2.4.4 Meios de Mudança da Constituição por Mutação Constitucional. 2.5. Síntese. 3. LIMITES AO PODER DE REFORMA. 3.1 Linhas introdutórias. 3.2 Limitações Formais. 3.3 Limitações Circunstanciais. 3.4 Limitações Temporais. 3.5 Limitações Materiais. 3.6 A tese da dupla revisão. 3.7 Reforma Constitucional e Direito Adquirido. 3.8 A Reforma Constitucional como meio de perpetuação do sistema jurídico-constitucional. 3.9 Síntese. CONCLUSÕES. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUÇÃO

O Estado e seu sistema jurídico talvez seja a maior criação humana. Isso, porque possibilita que seres humanos com as mais variadas orientações pessoais convivam civilizadamente, evitando a lei do mais forte e o temor da morte violenta, nos termos mencionados por Thomas Hobbes.

Não se adentrará neste trabalho o comportamento desviante da norma e o problema da violência urbana, pois isso extrapolaria os fins e limites deste.

Tomar-se-á como ponto de partida o fato de que sem o Estado o caos imperaria, sendo normal que dentro da vida em sociedade haja indivíduos que não queiram compactuar das regras e por isso são punidos na esfera penal. Isso faz parte do próprio sistema jurídico que já prevê o desvio.

As linhas de investigação deste trabalho são envoltas à legitimação do Poder que institui o Estado e não o devir e modo de aplicação de seu aparelho repressor ou indutor de comportamentos com que esse se revela no tempo e espaço.

Parte-se da premissa de que o Poder Constituinte faz nascer um novo Estado. Mesmo que haja um conjunto de normas jurídicas pretéritas, nada valerá se não for compatível com a ordem que este poder visa instituir. Nenhuma manifestação de poder que derive daquele será legítima se ocorrer em desacordo com os limites impostos pelo Constituinte Originário.

Entretanto, não se pode condicionar uma geração à noção de direito e poder vivida por outra geração (pretérita). É necessário que a Constituição que documenta o nascimento de um novo Estado seja atualizada. Tudo o que é demasiado velho torna-se obsoleto. O mesmo ocorre com os documentos jurídicos.

Se não fossem as reformas constitucionais, previstas e condicionadas pelo poder originário, a Constituição de 1988 há muito já não existiria. Basta lembrar, apenas como uma curiosidade, que entre 1986 e 1988, quando escrita, não havia internet para uso de fins civis e

popularmente difundida. Já no início da década passada, a atual Carta restaria morta, se não tivesse a capacidade de se renovar frente às necessidades da sociedade.

Eis a importância de o Poder Constituinte prever a possibilidade de reformas constitucionais, sendo estas uma espécie de instrumento de perpetuação no Poder.

Ocorre que a reforma não pode ser mais poderosa que o poder que lhe legitima. O Poder Reformador além de legitimar-se no Poder Constituinte Originário, neste encontra limites.

Com base nos conceitos doutrinários que tratam do tema se desenvolverá este trabalho na seguinte estrutura.

No tomo 1, tratar-se-á do conceito doutrinário de Poder Constituinte Originário. Sua titularidade. Suas Características. A visão pós-moderna que a doutrina lhe confere.

Chama-se atenção neste ponto final. A doutrina que dantes aludia ser o Poder Constituinte incondicionado, passou a ver condicionamentos extra-jurídicos ao referido Poder. Tudo isso, pois ganha cada vez mais relevo que o processo civilizatório caminha num certo sentido e que os retrocessos não são bem vindos. Com efeito, apesar de incondicionado e ilimitado no plano jurídico, o Poder Constituinte Originário é condicionado por elementos exógenos, fato a demonstrar que o Direito não vige só na sociedade, esta composta por várias forças e várias instituições.

Adiante, no tomo 2, abordar-se-á o conceito de Poder Constituinte Derivado. Suas características, bem como suas manifestações na Constituição de 1988.

Tudo o que é derivado deve encontrar seu fundamento em algo que lhe precede. Eis a lógica do Constituinte Derivado. Deste exurgem outras três espécies, o Poder de Revisão da Constituição, o Poder de os Entes Federativos editarem suas normas maiores e o Poder

de Reforma da Constituição da República. Em relação a este último o trabalho se debruçará de modo mais minucioso.

Abrir-se-á um parêntese que se considera pertinente para melhor compressão do tema. Dentro do tomo 2 será feita uma explanação do que é o Poder Constituinte Difuso, também conhecido como Mutação Constitucional, fenômeno este responsável pelas reformas informais das normas constitucionais.

A finalidade de tratar desse tema junto com a reforma constitucional   denotar que existem duas possibilidades de atualiza o da Carta Política, possibilidades essas que se complementam.

Os documentos jurídicos são textos, que são ganham vida se interpretados (aplicados). Assim, a exegese do texto faz parte do processo de sua modifica o, pois os conceitos fluidos são animados pelos valores reinantes da época dos intérpretes da Constitui o, que - se longeva - será concretizada (interpretada) por muitos e diferentes intérpretes.

O plano das indaga es da Muta o Constitucional não pode ficar de fora da análise deste trabalho, portanto.

No tomo 3, o assunto principal será os limites do Poder de Reforma, espécie do Poder Constituinte Derivado. Sua importância na manuten o do Sistema Jurídico, quando exercido dentro dos limites impostos pelo Constituinte Originário.

O Poder de Reforma   uma fórmula encontrada pelo Constituinte Originário para atualizar o texto originário. Sem esse mecanismo, nos tempos pós-modernos, ante a velocidade com que a sociedade evolui, dificilmente uma Carta viveria mais de 10 anos, fato esse desastroso. Se a manifesta o do Constituinte Originário   natural numa na o, a fim de apontar novos rumos, ou acelerar certas mudanças necessárias, não há d vidas de que deve ser excepcional.

Se a cada período de poucos anos houvesse força motriz a desencadear o Constituinte Originário, a sociedade viveria em constante instabilidade, fato oposto à justificação da existência do Estado de Direito que é a segurança jurídica.

Por isso se defende que é necessária a possibilidade de reforma constitucional, exercida pela via formal ou informal, para perenizar o Poder vigente e evitar que a constante instabilidade da estrutura política abale também o convívio social.

Ao final de cada tomo o leitor encontrará uma síntese do quanto exposto a fim de buscar tornar a leitura mais didática, na medida das limitações deste escritor.

Busca-se com essa explanação, nos termos das considerações finais, denotar que para a manutenção do sistema jurídico e político vigente, seja qual for a forma de governo (democracia, aristocracia, monarquia), seja qual for o sistema de governo (presidencialista o parlamentarista), é imprescindível a capacidade de uma Constituição se renovar, com mecanismos capazes de mantê-la ao mesmo tempo que a atualiza.

A Constituição de 1988 tem se mostrado apta a se renovar. Já passou por notórias mutações constitucionais, bem como por inúmeras emendas constitucionais.

Entretanto, é ela a fonte das respostas para as crises institucionais e para os anseios sociais, o que leva a crer que ainda vigorará por alguns anos, salvo se ocorrer golpe de Estado ou revolução.

O fato é que cada vez mais a Carta de 1988 é o ator principal para a resolução das tensões vividas por nós brasileiros do início do século XXI.

TOMO 1: O PODER CONSTITUINTE ORIGINÁRIO

1. Conceito

O Poder Constituinte Originário é o poder instituidor do Estado, arquiteto de uma estrutura jurídica que possibilita a vida em sociedade. É o poder político de criar normas constitucionais, ditando normas fundamentais que organizam os poderes, o Estado e parte da vida social. Trata-se de fenômeno efêmero, já que a sua realização se dá num instante histórico determinado, a exemplo de uma Assembleia Constituinte, mas cujos efeitos são perenes, conquanto não sejam imutáveis, já que reconstruídos dia a dia.

Se é efêmero em sua manifestação inicial, não o é no cotidiano, já que os efeitos se protraem no tempo, renovando-se continuamente. Por isso a seguinte ideia colhida da obra do Ministro Gilmar Mendes:

“O poder constituinte originário não se esgota quando edita uma Constituição. Ele subsiste fora da Constituição e está apto para se manifestar a qualquer momento. Trata-se, por isso, de um poder permanente e, como também é incondicionado, não se sujeita a formas pré-fixadas para operar”.^[1]

No mesmo sentido, assim se manifestou Alexandre de Moraes:

“Ressalte-se, ainda, que o Poder Constituinte é permanente, pois não desaparece com a realização de sua obra, ou seja, com a elaboração de uma nova Constituição. Como afirmado por Sieyès, o Poder Constituinte não esgota sua titularidade, que permanece latente, manifestando-se novamente mediante uma nova Assembleia Nacional Constituinte ou um ato revolucionário”^[2].

As teorias sobre o Poder Constituinte são modernas, remontam da Revolução Francesa. Contemporaneamente ganharam força com os movimentos constitucionais dos últimos 50 anos, na Europa e na América Latina. Contudo sua presença no mundo sempre houve. Se

podemos falar em Constituição histórica, podemos falar em Poder Constituinte Histórico. Este se manifesta nas organizações primeiras, desde as sociedades mais antigas. Se se pode falar em constituição ateniense ou romana, o mesmo se pode dizer sobre o Poder Constituinte. Logo, algumas vezes o fenômeno histórico existe antes de sua construção doutrinária.

O eminente jurista Paulo Bonavides assim leciona:

“Poder constituinte sempre houve em toda sociedade política. Uma teoriação desse poder para legitimá-lo, numa de suas formas ou variantes, só veio a existir desde o século XVIII, por obra da sua reflexão iluminista, da filosofia do contrato social, do pensamento mecanicista anti-historicista e antiautoritário do racionalismo francês, com sua concepção de sociedade.”^[3]

O conceito de Poder Constituinte Originário, portanto, refere-se a um fenômeno que no curso da história é possível encontrar momentos de sua manifestação. Traduz-se pela transição do poder político (paixão das ideologias) em poder jurídico (estabilidade das instituições criadas). A teorização, porém, é fruto do século XIX.

A doutrina também discrimina dois prismas deste poder, o material e o formal.

“O poder constituinte material, de auto-conformação do Estado, consoante determinada ideia de direito, que se identifica com a força política geradora da mudança institucional, se inspira em ideias políticas e modela novo regime político, devendo harmonizar-se com os anseios dos diferentes grupos sociais.

O poder constituinte material, antecedente o formal, determina o conteúdo da Constituição. Traduz-se na força política ou social, na ideia de direito inauguradora da nova ordem constitucional.

O poder constituinte formal revela-se na entidade (grupo constituinte) que formaliza em normas jurídicas a ideia de direito consentida num determinado momento histórico, conferindo estabilidade e permanência à nova situação.^[4]

Vê-se que toda a força (conceito material) político/jurídica se conforma num ente ou grupo (conceito formal).

No caso da Constituição de 1988 pode-se dizer que o poder constituinte material se construiu durante a ditadura militar visando suplantá-la, manifestando-se quando encontrou forças e poder de barganha para confrontar a antiga ordem. Já o poder constituinte formal é personificado na figura da Assembleia Constituinte, que procedeu aos trabalhos.

Complementando essa linha de raciocínio, o conceito de Poder Constituinte convive com o de legitimidade do poder.

Novamente, Paulo Bonavides com seu conhecimento, assim se expressa:

“A teoria do poder constituinte é basicamente uma teoria da legitimidade do poder. Surge quando uma nova forma de poder, contida nos conceitos de soberania nacional e soberania popular, faz sua aparição histórica e revolucionária em fins do século XVIII.

Esse poder novo, oposto ao poder decadente e absoluto das monarquias de direito divino, invoca a razão humana ao mesmo passo que substitui Deus pela Nação como titular da soberania. Nasce assim a teoria do poder constituinte, legitimando uma nova titularidade do poder soberano e conferindo expressão jurídica aos conceitos de soberania nacional e soberania popular.”^[5]

O conceito de Poder Constituinte está envolto, pois, à noção de criação de um novo Estado, exercício de um poder material, personificado em um órgão ou ente moral (concepção formal), sendo legitimado pela vontade popular, que já se traduziu em vontade da nação e vontade do povo.

Quanto à questão da titularidade do poder (vontade do povo x vontade da nação), segue análise mais detida.

1.2 Titularidade

Há vários debates acerca de quem é o titular do poder constituinte originário. Muito já se falou da nação. Contemporaneamente advoga-se ser o povo o titular do poder constituinte originário.

“A teoria da soberania popular, isto é, de que o poder constituinte é titularizado pelo povo, tornou-se historicamente vitoriosa. Foi esse o fundamento invocado desde a primeira hora pelo constitucionalismo americano. Com efeito, a tarefa de elaborar o texto constitucional foi outorgada a uma convenção, mas o produto do seu trabalho foi a seguir submetido à ratificação popular. O princípio da soberania popular é a locução inicial do preâmbulo da Constituição dos Estados Unidos - “we are the people” -, estando inscrito, igualmente no preâmbulo da Constituição alemã, de 1949, e na francesa, de 1958, em meio a inúmeras outras. Na Constituição brasileira de 1988, além da referência expressa na abertura do preâmbulo - “Nós, representantes do povo brasileiro” -, o princípio é reiterado como norma positiva no parágrafo único do art. 1º, onde se enuncia: “Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.”^[6]”

O fenômeno constitucional está diretamente ligado ao surgimento da Constituição. Várias são as formas que exsurge uma Constituição, pela manifestação popular, não havendo regra para tanto. O professor Luís Roberto Barroso assim leciona:

“Do exame dos eventos históricos referidos, é possível determinar e sistematizar os cenários políticos em que mais comumente se dá a manifestação do poder constituinte, com a elaboração de novas constituições. São eles: a) uma revolução; b) a criação de um novo Estado (normalmente pela emancipação de uma colônia ou pela libertação de algum tipo de dominação); c) a derrota na guerra; d) uma transição política pacífica. O poder constituinte se diz fundacional^[7] ou pós-fundacional, conforme resulte na formação originária de um Estado ou apenas na reordenação de um Estado preexistente. Contemporaneamente, o mundo assiste ao processo de criação de uma Constituição pela via do tratado internacional, como se passa na União Europeia. Trata-se, todavia, de fenômeno ainda inacabado e que enfrenta momentos de incerteza.”^[8]

Num apanhado histórico o eminente Paulo Bonavides assim destaca:

“A concepção política da Idade Média e da Reforma girava, segundo Schmitt, preponderantemente ao redor do poder constituinte de Deus, conforme o princípio omnis potestas a Deo. Com as monarquias absolutas a titularidade veio a recair no monarca, que a justificava mediante a invocação de um suposto direito. Durante a Revolução Francesa, o mesmo poder coube nominalmente à Nação ou ao Povo, mas de modo efetivo, no seu exercício, uma Classe – a burguesia – ou seja, aquela parte do Povo que toma “consciência política autônoma” e entra a decidir acerca da forma de existência estatal, exercendo, por conseqüência, o poder constituinte.

Durante a Restauração (1815-1830), o poder constituinte voltou na França às mãos de um príncipe de linhagem hereditária e assim prossegue a manifestar-se depois noutros países em distintos corpos ou entidades,

numa casuística de titularidade que tem levado alguns a concordar com Sanches Viamonte quando assevera que “o titular do poder constituinte é produto das circunstâncias históricas e aparece sempre condicionado por elas”.

[...]

Analisada ainda debaixo dessa consideração meramente fática de sua titularidade, o poder constituinte não se concentra nem se absorve num único titular, visível ou definido. Há um poder constituinte de titularidade indeterminada, fugaz, indecisa, cuja rara e difícil identificação no seio de uma ordem jurídica já estabelecida não deve eximir-nos da obrigação de examinar-lhes os efeitos, sempre patentes em mudanças de aparência imperceptível numa época, mas que com o tempo avultam a consideráveis proporções.”^[9]

A par da ênfase histórica dada pelo último autor, vê-se, pois, que o titular do poder constituinte é o povo, conforme concepção hoje predominante. Ademais, este poder se manifesta de diversos modos que variam da guerra ou revolução até uma negociação visando uma transição política, como foi o caso de 1988, no Brasil.

Com maestria, Luís Roberto Barroso assim desfecha o assunto acerca da titularidade do Poder Constituinte:

“A teoria democrática se fixou na concepção de que a soberania é do povo. A Constituição, como regra, é elaborada por um órgão cujos membros são eleitos especificamente para esse fim. Em alguns países, a assembleia age diretamente em nome do povo e a Constituição será o produto de sua deliberação, como é a tradição brasileira. Em outros, após aprovado o texto pela assembleia ou convenção, deve ser submetido à ratificação popular, modelo iniciado com a Constituição Americana. Uma vez concluída sua obra, o poder constituinte retorna ao seu estado de latência, cedendo

lugar à norma por ele criada. A Constituição passa a ser a lei suprema e os poderes do Estado passam a ser poder constituído. Por esse mecanismo, a soberania popular se converte em supremacia da Constituição.”^[10]

1.3 Características

O Poder Constituinte Originário possui as seguintes características: é inicial, autônomo, ilimitado e incondicionado.

Analisar-se-á brevemente cada uma delas.

1.3.1 Inicial

O constituinte originário inicia uma nova ordem, por isso dizer-se inicial. Juridicamente, inicia-se um novo mundo jurídico.

Pode-se dizer, portanto, que numa nação já foram construídos tantos Estados quantos são os números das Constituições que já vigeram, pois cada uma dela é inicial em relação a uma ordem jurídica.

Alexandre de Moraes assim sintetiza: “O poder Constituinte é inicial, pois sua obra – a Constituição – é a base da ordem jurídica.”^[11]

1.3.2 Autônomo

O constituinte originário não possui regras específicas para se manifestar, podendo escolher os próprios caminhos a ser trilhados (Regimento Interno, meios violentos ...).

Historicamente temos os seguintes exemplos: Revolução; Consenso (convocação de Assembleias constituintes para escrever nova Carta Constitucional); surgimento de novo Estado; derrota numa guerra.

Entretanto, nada impede que de formas novas surjam novos Estados. O Poder Constituinte Originário, por ser autônomo, por vezes, pode se demonstrar imprevisível.

1.3.3 Ilimitado

Não há limitações jurídicas a ser observadas pelo Originário. Pode-se, em tese, estabelecer regime monárquico de governo, num país dantes republicano; pode-se estabelecer a pena de morte, onde dantes não havia. Juridicamente não há limites, nem de cunho formal, nem de cunho material.

Sintetizando as características dos itens 1.3.2 e 1.3.3, Alexandre de Moraes assim leciona:

“O Poder Constituinte é ilimitado e autônomo, pois não está de modo algum limitado pelo direito anterior, não tendo que respeitar os limites postos pelo direito positivo antecessor.” [12]

1.3.4 Incondicionado

Não há necessidade de ser observado o ordenamento jurídico anterior. Não há condições externas para que o originário se manifeste.

Alexandre de Moraes precisamente escreve:

“O Poder Constituinte também é incondicionado, pois não está sujeito a qualquer forma prefixada para manifestar sua vontade; não tem ela que seguir qualquer procedimento determinado para realizar sua obra de constitucionalização.” [13]

1.4 Visão Pós Moderna

Há, atualmente, forte tendência a defender limitações ao Poder Constituinte Originário.

Parece ser contraditório linhas acima dizer que uma das características do Poder Constituinte é ser ilimitado e abaixo afirmar que há limites.

Para entender o raciocínio é preciso entender que a abrangência da ilimitação do constituinte originário se dá no âmbito jurídico e não no âmbito político, filosófico, social e natural.

Com esse raciocínio percebemos ser impossível, com uma nova Constituição, tolher do homem o convívio social, qualidade inerente e direito natural do animal-homem; igualmente impossível tolher o direito à vida, o direito ao pensamento, o direito a ter um governo (se há Constituição há governo, logo, ilógico falar em Constituinte anárquica). Portanto, é possível localizar limites ao poder constituinte, já que não há poder absoluto.

Pode-se defender que a doutrina elenca algumas limitações ao Poder Constituinte Originário. Um esforço exegético permite relacionar as seguintes limitações:

1 – as limitações Transcendentes, são aquelas impostas ao poder constituinte originário e advindas do direito natural; de valores éticos universalmente partilhados, como a importância do ser humano em si mesmo, seja qual for a finalidade de uma vida terrena; consciência jurídica coletiva (princípio da vedação do retrocesso), sendo este o limite que ocorre em situações nas quais o Originário se manifesta de forma transacionada, acordada, não sendo possível falar nesta limitação em havendo um pós-guerra ou mesmo uma revolução já que são fenômenos histórico-sociais imprevisíveis. Contudo, via de regra, numa transição constitucional negociada, a exemplo de 1986/88, vigora a máxima de que os direitos fundamentais conquistados pela sociedade e que sejam objeto de um consenso mui amplo e embasado socialmente não podem sofrer um retrocesso.

2 – os limites Imanentes, os impostos ao poder constituinte formal. Estão ligados à configuração do Estado à luz do poder constituinte originário material ou da própria identidade da Nação. Não se pode esquecer que o Poder Constituinte é uma força social, cuja morada é a própria sociedade. Por exemplo: inviável é uma Assembleia Constituinte nos seus trabalhos visar impor uma sociedade de castas hindus no Brasil, pois não há respaldo no poder constituinte originário material.

3 – os limites Heterônomos, que são os limites que advêm de outros ordenamentos jurídicos, principalmente do direito internacional. Não se pode esquecer que os países, (in)formalmente, se controlam reciprocamente, no palco das relações internacionais. Num mundo globalizado, cuja premissa é a divisão de mesmos valores, que baseiam uma mesma civilização, permitindo com isso a troca de bens simbólicos e/ou materiais, abandonar esses valores seria o mesmo que resilir esse contrato social internacional velado. Se for um “player” (para utilizar expressão das Relações Internacionais) de peso, haverá um sistema de controle a impedir que tal Nação abandone os preceitos vigentes no ocidente.

Luis Roberto Barroso também defende que há limites ao poder constituinte originário. Ele os qualificou como condicionamentos pré-constituintes e pós-constituintes.

Interessante é notar a doutrina se esforçando em impor limites a um poder cujo atributo é ser ilimitado. Parece um contrassenso, mas não é, conforme supra afirmado. Isso, pois os limites suso referidos, referem-se a questões externas ao Poder Constituinte e não ao seu conceito jurídico, este sim ilimitado e incondicionado, no sentido de não obedecer a elementos do ordenamento jurídico anterior.

O Direito Constitucional Contemporâneo lida com a racionalização do poder e sua legitimação. Não se trata de poder pelo poder, mas sim de autoridade e legitimação do poder. Constituição e Democracia firmam seus passos lado a lado, no nosso entendimento, logo, inconcebível pensar que ‘*ilimitado*’ é poder total de tudo dispor. A Constituição não é um Deus, é sim um documento jurídico-político; logo, há condicionantes quando de sua manifestação originária.

Entendamos o atributo “ilimitado” em seu termo técnico, que significa não estar subordinado à ordem jurídica pré-existente. Se por um lado não se deve reverência a ela, há por outro lado verificarem-se os fatores reais de poder, o *ethossocial*, estes sim condicionantes de um Poder com pretensão de inicial. O melhor entendimento ao Poder

Constituinte é quando se o contrapõe ao conceito de poderes constituídos, daí as ideias fluem melhor.

Com essas premissas, assim conclui o eminente Ministro Luís Roberto Barroso:

“[...]O poder constituinte da nação – consistente na capacidade de instituir, a qualquer tempo, uma nova ordem – encontra-se fora e acima do poder constituído, vale dizer, do sistema jurídico positivo, das instituições e poderes existentes. Qualifica-se, assim, como inalienável, permanente e incondicionado, não se subordinando ao Direito preexistente.

...

É fora de dúvida que o poder constituinte é um fato político, uma força material e social, que não está subordinado ao Direito Positivo preexistente. Não se trata, porém, de um poder ilimitado ou incondicionado. Pelo contrário, seu exercício e sua obra são pautados tanto pela realidade fática como pelo Direito, âmbito no qual a dogmática pós-positivista situa os valores civilizatórios, os direitos humanos e a justiça. Contemporaneamente, é a observância de critérios básicos de justiça que diferencia o direito do “não direito”. A força bruta não se legitima apenas pela circunstância de se travestir da forma constitucional. Deve-se enfatizar, ademais, que a separação radical entre fato e norma, entre faticidade e normatividade, já não encontra abrigo confortável na teoria jurídica contemporânea. O direito passa a ser visto como o produto final de uma interação entre ambos.

[...]

Os condicionamentos jurídicos estarão presentes desde o primeiro momento, envolvendo aspectos como o

ato convocatório, o processo de escolha dos integrantes da assembleia ou convenção e, por vezes, até mesmo o procedimento de deliberação a ser adotado.

[...]

No Brasil, a convocação da assembleia que elaborou a Constituição de 1988 se deu por via de emenda constitucional à Carta de 1967-69. Com efeito, a Emenda Constitucional n.26, de 27 de novembro de 1985, previu como seriam escolhidos os constituintes, quem instalaria a assembleia constituinte e em que data, chegando a dispor, até mesmo, acerca da forma e do quórum de deliberação a ser adotado.

Com efeito, além de ditar as regras de instalação da assembleia constituinte, não é incomum que o poder que a convocou procure influenciar os próprios trabalhos de elaboração constitucional, pela imposição de formas e, por vezes, até conteúdos.

A verdade, contudo, é que não se deve, em rigor, falar de um ato constituinte, mas sim em um processo constituinte, composto de vários atos que se encadeiam no propósito de superação do status quo vigente.

[...]

O mais decisivo condicionamento pós-constituinte advém da necessidade de ratificação do texto aprovado pela assembleia ou convenção, circunstância que, por si só, já impõe aos delegados a preocupação de maior sintonia com o colégio eleitoral que será encarregado da deliberação final. O fato de a ratificação se dar, por exemplo, pelos Estados membros da Federação ou pelo conjunto da população, pode ter impacto importante nas decisões a serem tomadas pelos constituintes.

[...]

Se a teoria democrática do poder constituinte se assenta na sua legitimidade, não há como imaginá-lo como um poder ilimitado. O poder constituinte estará sempre condicionado pelos valores sociais e políticos que levaram à sua deflagração e pela ideia de Direito que traz em si. Não se trata de um poder exercido em um vácuo histórico, nem existe norma constitucional autônoma em relação à realidade. O poder constituinte, portanto, é também um poder de Direito. Ele está fora e acima do Direito posto preexistente, mas é limitado pela cosmovisão da sociedade – suas concepções sobre ética, dignidade humana, justiça, igualdade, liberdade – e pelas instituições jurídicas necessárias à sua positivação. Fora daí pode haver dominação e outorga, mas não constitucionalismo democrático.

Uma última limitação que a doutrina passou a reconhecer de maneira praticamente unânime nos últimos tempos decorre dos princípios do direito internacional e, especialmente, dos direitos humanos. Após a Segunda Guerra Mundial, notadamente com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, passou-se a reconhecer aqueles direitos como um patamar mínimo a ser observado por todos os Estados na organização do poder e nas suas relações com seus cidadãos. A face virtuosa da globalização é a difusão desses valores comuns, e o desenvolvimento de uma ética universal. Uma das questões cruciais do Direito, na atualidade, é equacionar, de maneira equilibrada, a tensão entre o universalismo ... e o multiculturalismo, que procura resguardar a diversidade dos povos e impedir a hegemonia das culturas que se tornaram mais poderosas em determinada quadra histórica.

[...] A conclusão a que se chega é a de que o poder constituinte é um fato essencialmente político, mas condicionado por circunstâncias históricas, políticas e jurídicas. [...] O reconhecimento de uma ordem de valores – internos e internacionais – que estabeleça a subordinação do poder soberano a um direito suprapositivo remete a questão para fronteiras do direito natural. ... De fato, embora a vinculação a normas fundamentais anteriores ao Direito escrito já tenha sido admitida, em tese, por importante corte constitucional (alemã), o conhecimento convencional é no sentido de que a obra do poder constituinte originário não comporta controle judicial. Na prática, portanto, a concretização desses limites normalmente precisará ser afirmada no plano da legitimidade não no da legalidade.^[14]”

Para entender o que se diz sobre condicionamento pós constituinte e pré constituinte, é mister ver o Poder Constituinte como um processo e não com um ato único, que se exaure num bradar de intenções. A Constituinte que nos legou a Carta de 1988, trabalhou 2 anos, praticamente, mas o processo começou, podemos dizer, com as Diretas Já, em 1984, isso no seio social. Esses condicionamentos têm como parâmetro o ato de convocação do Poder Constituinte, até que a obra seja concluída. Quando se fala em ‘pós’, diz-se após o poder ser instaurado e durante os trabalhos de construção da nova ordem, e não após a vigência da Carta.

Verifica-se, portanto, que o Direito não é mais visto como uma instituição social isolada nela mesma, mas em constante interrelação com outras forças sociais, daí nascer vívida doutrina acerca das limitações de um Poder que até então era considerado ilimitado.

Frise-se apenas que as limitações construídas referem-se a fatores extrajurídicos, mas de suma importância para a real compreensão do Poder Constituinte, que não se limita ao campo estritamente jurídico, conforma acima exposto.

1.5 Poder Constituinte e Legitimidade Democrática

Com o desenvolvimento das Democracias Ocidentais e da teorização sobre a democracia, as Ciências Políticas e o Direito passaram a se preocupar cada vez mais com a legitimação do Poder.

O Poder pelo Poder pode gerar efeitos fático-sociais catastróficos. Quadra recente da nossa história bem denota isso (Alemanha de Hitler, a Rússia de Stalin, os maiores exemplos do que se diz, segundo Hannah Arendt^[15]).

Assim a preocupação doutrinária (e por que não dizer prática) com a legitimidade do exercício do Poder é cada vez mais o centro das preocupações contemporâneas.

Ensina Luís Roberto Barroso, acerca da legitimidade democrática do Poder Constituinte:

“Duas teses desenvolvidas nas últimas décadas procuram fornecer legitimação para a superioridade jurídica do poder constituinte. A primeira delas está na ideia de pré-compromisso ou autovinculação. O povo, ao elaborar a Constituição impõe a si mesmo e ao seu poder soberano limitações que resguardem o processo político democrático dos perigos e tentações que possam abalá-lo no futuro.

[...]

Outra tese de amplo curso é a da democracia dualista, que divide a atividade política em duas: a política constitucional – que se pratica em momentos cívicos específicos de ampla mobilização do povo – e a política ordinária, que fica a cargo da classe política e dos organismos do poder constituído. A vontade manifestada naqueles momentos especiais prevalece sobre a dos momentos rotineiros.”^[16]

Resta clara a diferença entre o Poder Extraordinário, que é o Constituinte Originário, e o Poder Político Ordinário, que é o legislante, ou mesmo, o de reforma constitucional.

Interessante se afigura a ideia de autovinculação à uma ordem pretérita. A mitologia nos ensina que por vezes pode ser a salvação daqueles que navegam as mesmas águas numa mesma nau.

A ideia de autovinculação ligada à manutenção de um bem comum, resta expressa na passagem de Ulisses e as sereias, que bem serve de ilustração para a questão da legitimidade constituinte.

Thomas Bulfinch narra com maestria essa passagem:

“Circe ajudou nos preparativos para a partida e ensinou aos marinheiros o que deveriam fazer para passar sãos e salvos pela costa da Ilha das Sereias. As sereias eram ninfas marinhas que tinham o poder de enfeitiçar com o seu canto todos quantos o ouvissem, de modo que os infelizes marinheiros sentiam-se irresistivelmente impelidos a se atirar ao mar onde encontravam a morte. Circe aconselhou Ulisses a tampar com cera os ouvidos de seus marinheiros, de modo que eles não pudessem ouvir o canto, e a amarrar-se a si mesmo no mastro dando instruções a seus homens para não o libertar, fosse o que fosse que ele dissesse ou fizesse, até terem passado pela Ilha das Sereias. Ulisses seguiu as instruções. Tampou com cera os ouvidos de seus homens e fez com que estes o amarrassem solidamente ao mastro. Aos se aproximarem da Ilha das Sereias, o mar estava calmo e sobre as águas vinham as notas de música tão belas e sedutoras que Ulisses lutou para se libertar e implorou aos seus homens, por gritos e sinais, que o desamarrassem. Eles, porém, obedecendo às ordens anteriores, trataram de apertar os laços ainda mais.”^[17]

Em linguagem metafórica há aqui a mesma relação entre a Constituição, que reflete a norma hipotética fundamental, no seu aspecto

jurídico-positivo, e as leis (sentido amplo, abrangendo as reformas constitucionais). Há, pois, uma hierarquia, que há de ser respeitada, apesar de eventuais furores de maiorias eventuais. Tudo isso, a fim de que se preserve a ordem posta.

Firme-se que não há ordem social que não possa ser mudada, contudo, dentro da ordem jurídica existente, há certas mudanças que não se pode operar, por questão de lógica do sistema. Há certas ordens (normas) que não podem ser alteradas, ou melhor, reformadas de modo restritivo, sob pena de se contrariar as ordens inicialmente dadas pelo constituinte originário.

Assim, as seguintes perguntas:

O que legitima o poder constituinte? Por que devemos segui-lo e não seguir as leis do momento, mas maiorias eventualmente formadas?

Podem ser assim respondidas:

A legitimação se dá no conceito de soberania popular, constante do preâmbulo da Constituição. Em determinado momento, nós do povo, por meio de nossos representantes, escrevemos um conjunto de normas que nominamos Constituição, para reger nossas vidas sob o prisma individual, político, social e econômico. O fizemos por descontentes com a ordem pretérita, o fizemos por crença em construir um futuro melhor para a presente geração e para as futuras. Com todas as críticas que possa haver sobre o nobre texto, eis o consenso a que se chegou. Se há conflitos a serem resolvidos por meio da hermenêutica, eis reflexo de uma sociedade plural, como é a brasileira.

A norma hipotética fundamental, que nosso caso está refletido na Constituição, conforme supra transcrito, como a primeira norma posta é, juridicamente falando, argumento suficiente para cumprirmos a Carta que nos foi legada, não faz tanto tempo assim. Isso nos faz lembrar de passagem de textos gregos, como o mito da Odisseia e a famosa passagem de Odisseu e as sereias.

1.6 Síntese

O Poder Constituinte Originário é, portanto, um poder de fato, ínsito ao seio social, que quando exercido traduz o poder político (as paixões das ideologias) em poder jurídico (a segurança das instituições).

Várias foram as teorias que visaram explicar a sua titularidade. A historicamente predominante, ao menos até início do Século XXI, é a de que o povo é o titular da vontade soberana do Estado.

O povo exerce esse poder (constituinte material), em regra, por meio de representantes (constituinte formal). Ocorre que por imprevisível que é, não se pode a priori falar que o Constituinte Originário é exercido em número específico de modalidades. Historicamente ele decorre de guerra, revolução, negociação política ou apenas evolução sociopolítica. Entretanto esses não são os meios únicos.

Suas características, sob o prisma jurídico, denotam que o referido Poder é inicial, pois inaugura nova ordem, incondicionado, pois nada conforma sua atuação ação não ser ele mesmo, ilimitado, pois não deve obediência à ordem jurídica que suplante, e autônomo, pois se faz por si só, com suas regras, com seus fins.

A par dessa visão tradicional construiu-se uma doutrina que vincula o Poder Constituinte a condicionantes pré e pós o seu exercício. O Direito Natural, Os Direitos Humanos, O Direito Internacional, são eles elementos de limitação exógena deste Poder. Os fatores reais de poder e o próprio *ethos* da sociedade em que é exercido também condicionam o devier deste Poder.

Destarte, o referido Poder é aquele que inaugura uma nova ordem política, sendo que todos dos demais poderes naquele extraem o fundamento de suas validades.

Dentre os Poderes Constituídos está presente o Poder Constituinte Derivado, objeto de estudo no próximo tomo.

2 – O PODER CONSTITUINTE DERIVADO

2.1 Conceito

Pela costumeira síntese, transcreve-se trecho da obra de Alexandre de Moraes:

“O Poder Constituinte derivado está inserido na própria Constituição, pois decorre de uma regra jurídica de autenticidade constitucional, portanto, conhece limitações constitucionais expressas e implícitas e é passível de controle de constitucionalidade.”[\[18\]](#)

Há críticas quanto à correção do termo: *Poder Constituinte Derivado*. Como se pode haver algo que é ao mesmo tempo constituinte e derivado?

Bem as ressalta o Ministro Luís Roberto Barroso:

“A referência a poder constituinte, nessa segunda hipótese, justifica-se pela possibilidade efetiva de se alterar a Constituição pelo exercício de tal competência. Mas, no fundo, a terminologia empregada pode ser enganosa. É que, na verdade, o denominado poder constituinte derivado situa-se no âmbito do poder constituído ou instituído, estando juridicamente subordinado a diversas prescrições impostas no texto constitucional pelo constituinte originário. Embora seja consagrada pela doutrina e pela prática, tal designação é tecnicamente problemática. Por essa razão, diversos autores se opõem ao uso da locução “poder constituinte derivado”, ou instituído, quando se tratar do poder de reforma da Constituição.”[\[19\]](#)

Apesar de ser interessante a questão, não é o foco deste trabalho investigar as nuances das nomenclaturas.

Ademais disso, adota-se o conceito de Constituinte Derivado como o que é dependente do Originário, somente existindo se houver previsão deste. A doutrina distingue os conceitos de poder

constituente e poderes constituídos, que bem expressam a dicotomia Constituinte Originário e Constituinte Derivado.

O poder constituinte tem sua expressão no Originário, todos os demais são constituídos, inclusive o Poder Constituinte Derivado e suas modalidades.

Leciona o Professor Paulo Bonavides:

“Costuma-se distinguir o poder constituinte originário do poder constituinte constituído ou derivado.

O primeiro faz a Constituição e não se prende a limites formais: é essencialmente político ou, se quiserem, extrajurídico.

O segundo se insere na Constituição, é órgão constitucional, conhece limitações tácitas e expressas, e se define como poder primacialmente jurídico, que tem por objeto a reforma do texto constitucional. Deriva da necessidade de conciliar o sistema representativo com as manifestações diretas de uma vontade soberana, competente para alterar os fundamentos institucionais de ordem estabelecida.”[\[20\]](#)

Na mesma linha de raciocínio leciona o eminente Luís Roberto Barroso:

“[...] Poder constituinte originário é o poder constituinte propriamente dito, [...]. Nele se concentra a energia inicial pela que se cria ou se reconstrói um Estado, com a instituição de uma nova ordem jurídica, superadora de uma ideia de Direito preexistente. O poder constituinte derivado, por sua vez, expressa o poder, normalmente atribuído ao Parlamento, de reformar o texto constitucional. Trata-se de uma competência regulada pela Constituição.”[\[21\]](#)

São expressões do Poder Constituinte derivado a Reforma Constitucional, a Revisão Constitucional e o poder de os Entes Federativos (Estados e Distrito Federal) editarem suas próprias constituições.

O principal foco neste trabalho é a análise do poder de reforma entendido como gênero, que possui como espécies a reforma propriamente dita ou emenda e a revisão. Mais adiante adentraremos aos detalhes.

Por enquanto apenas é hora de guardar os conceitos suso exposto de Constituinte Derivado e atentar para a necessidade de um sistema jurídico, fundamentado numa Constituição se atualizar.

É consenso na Doutrina que as Constituições não podem ser imutáveis. Isso, pois, se assim o fossem, logo se tornariam obsoletas, caindo no risco de se tornar a “*mera folha de papel*” de que falava Lassalle.

“As Constituições não podem ser imutáveis. Os documentos constitucionais precisam ser dotados de capacidade de se adaptarem à evolução histórica, às mudanças da realidade e às novas demandas sociais. Quando não seja possível proceder a essa atualização pelos mecanismos informais descritos acima, será imperativa a modificação do texto constitucional. Se perder a sintonia com seu tempo, a Constituição já não poderá cumprir a sua função normativa e, fatalmente, cederá caminho para os fatores reais do poder. Estará condenada a ser uma Constituição meramente nominal, quando não semântica.”

“É célebre a classificação feita por Karl Loewestein, em sua Teoría de La Constitución, 1986, p. 217-222. Tendo em conta a concordância entre as normas constitucionais e realidade do processo político, classificou ele as Constituições em normativas, nominais e semânticas. A constituição normativa é a que domina efetivamente o processo político, conformando-o a seus

comandos. Nesse caso, a “Constituição é como uma roupa que se veste realmente e que assenta bem”. A Constituição nominal é aquela que tem existência válida e legítima, mas a dinâmica de processo político não se submete às suas normas, fazendo com que ela careça de realidade existencial. Nesse caso, a Constituição é como uma “roupa que fica guardada no armário e será vestida quando o corpo nacional tenha crescido”. Por fim, a Constituição semântica não é senão a formalização do poder de fato, que se exerce em benefício exclusivo de seus detentores. “A roupa não é em absoluto uma roupa, mas um disfarce”. [\[22\]](#)

A Constituição Norte-Americana é paradigmática, com a fórmula de mudança formal do texto constitucional, por meio de um processo legislativo mais elaborado que o de leis ordinárias. A solução foi defendida por James Madison no Federalista n. 43, com os seguintes termos:

“Ela se guarda igualmente contra uma facilidade exagerada que tornaria a Constituição por demais mutável, e contra a dificuldade, também exagerada, que poderia perpetuar as falhas descobertas. Além disso, o governo-geral e os Estados ficam igualmente credenciados para terem a iniciativa de apresentar emendas visando a corrigir os erros que a experiência de qualquer deles tiver revelado.” [\[23\]](#)

Nesses termos, funda-se na teoria e na prática da história das Constituições modernas a possibilidade de se modificar o texto expresso da Constituição, por meio de mecanismo político-legislativo, constituído pelo Originário. Trata-se de proceder mais elaborado que o ordinário confeccionar de leis. Eis o nascedouro da rigidez constitucional. Expressão máxima da supremacia constitucional face às demais normas jurídicas.

Nessa altura podem surgir no leitor as seguintes dúvidas:

Por que reformar uma Constituição e não editar outra?

Mas o que levaria uma geração a aceitar as diretrizes de outra, na lide política cotidiana, décadas, ou mesmo séculos após aquele fôlego constitucional originário?

Há duas razões fundadas no dogma da Supremacia Constitucional que respondem a essas indagações.

Do ponto de vista subjetivo a Constituição é obra do *povo*, que num determinado momento de forte mobilização popular (quando democrática) e exercício da cidadania, diretamente ou indiretamente, a produz visando construir bases para um futuro melhor.

Vindo desse berço legitimador as Constituições tendem a perenizar-se, sendo menos passíveis de golpes ou revoluções, quando de sua vigência. Essa forte mobilização popular, que supera o *status quo* anterior, produzindo o seu diploma de liberdade e legitimando uma nova era político-jurídica, justifica o respeito e os esforços a fim de que se proteja e se faça cumprir a Constituição, como o declara o Presidente da República na cerimônia de posse e compromisso para com a nação.

Talvez isso explique por que as Constituições advindas de períodos não democráticos, ao menos nos países ocidentais, tendem a ter existência mais efêmera.

Na experiência brasileira, a Constituição Imperial, é exceção ao que foi dito, já que sua vida fora longa, embora outorgada (1824 a 1889). As bases históricas ajudam a entender o porquê de tal longevidade.

No mais, tudo indica que em nosso momento atual, no Brasil, estamos a solidificar a democracia com uma Constituição promulgada, que apesar de seus vícios já supera a sua antecessora, oriunda de regime não democrático.

Do ponto de vista objetivo a superioridade da Constituição se deve ao seu conteúdo jurídico.

Em seu bojo há normas acerca de limitação do poder, valores fundamentais da sociedade, direitos e garantias fundamentais do ser humano, institutos de atuação democrática e participação popular no poder político, consagrando a soberania popular.

Nestes moldes, há um pré-compromisso uma autolimitação, que a sociedade se impõe, retirando do alcance de futuras maiorias políticas eventuais o poder de eventualmente usurparem os valores e os pilares sobre os quais se fundou uma nova era. Trata-se de proteção necessária contra as paixões políticas e partidárias do processo político ordinário.

Democracia não se resume a governo da maioria; logo, os consensos sobre os quais fundamos o nosso viver, e que tutelam a existência das minorias, igualmente dignas e necessárias no seio social, não de ser resguardados de paixões e “jogadas” políticas. Isto sem excluir a possibilidade de se ajustar às mudanças sociais.

Verifica-se, pois, que o Poder Derivado encontra seu fundamento no Poder Originário, mas conforme se verá, revela-se de suma importância para a manutenção da obra daquela, para a manutenção e perpetuação da Constituição.

2.2 Características

O Poder Constituinte Derivado possui atributos diametralmente opostos aos do Constituinte Originário.

No escólio de Alexandre de Moraes:

“Apresenta as características de derivado, subordinado e condicionado. É derivado porque retira sua força do Poder Constituinte originário; subordinado porque se encontra limitado pelas normas expressas e implícitas do texto constitucional, às quais não poderá contrariar, sobe pena de inconstitucionalidade; e, por fim, condicionado porque seu exercício deve seguir as regras

previamente estabelecidas no texto da Constituição Federal.”[24]

Não poderia ser diferente, porque tudo o que é derivado não guarda a autonomia daquilo que é originário.

2.3 As ramificações do Poder Constituinte Derivado

O Poder Constituinte Derivado se desdobra no poder de reformar a Constituição e no poder de editar Constituições e Leis Orgânicas, competências essas exercidas pelos estados e Distrito Federal.[25]

Alexandre de Moraes bem discrimina as espécies:

“O Poder Constituinte derivado reformador, denominado por parte da doutrina de competência reformadora, consiste na possibilidade de alterar-se o texto constitucional, respeitando-se a regulamentação especial prevista na própria Constituição Federal e será exercitado por determinados órgãos com caráter representativo. No Brasil, pelo Congresso Nacional. Logicamente, só estará presente nas Constituições rígidas [...].

O Poder Constituinte derivado decorrente, por sua vez, consiste na possibilidade que os Estados-membros têm, em virtude de sua autonomia político-administrativa, de se auto-organizarem por meio de suas respectivas constituições estaduais, sempre respeitando as regras limitativas estabelecidas pela Constituição Federal. [...]”[26]

Ressalte-se, mais uma vez, que o poder de Reforma da Constituição é o gênero de que são espécimes as Emendas Constitucionais e as Revisões Constitucionais.

A par dessas há o chamado Poder Constituinte Decorrente, que se traduz no poder que possuem os Entes Federativos (Estados e

Distrito Federal) de editarem suas próprias normas maiores (Constituições Estaduais e Lei Orgânica Distrital).

Cada uma dessas figuras será tratada em isolado, por questões didáticas.

2.3.1 Poder Derivado Revisional

Conforme acima exposto a Reforma Constitucional possui duas espécies, a revisão e a emenda.

A revisão se diferencia da emenda pela amplitude. Ao menos é isso que ocorreu no modelo brasileiro.

Eis o escólio de Luís Roberto Barroso:

“Ainda no plano terminológico, a doutrina e as Constituição de diferentes Estados empregam, sem grande uniformidade, os vocábulos “reforma”, “revisão”, e “emenda”. Diante da proximidade semântica desses termos e de seu uso indiscriminado nos variados sistemas, resta a solução de estabelecer, por convenção, o sentido em que serão utilizados, levando em conta a tradição dominante entre nós. Reforma, assim, identifica o gênero alterações no texto constitucional, compreendendo tanto as mudanças pontuais como as mudanças abrangentes. Emenda, no direito constitucional brasileiro, designa modificações, supressões ou acréscimos feitos ao texto constitucional, mediante o procedimento específico disciplinado na Constituição. E revisão é a designação de reformas extensas ou profundas da Constituição. Vale dizer: pode ter dimensão quantitativa ou qualitativa. Ilustra o conceito a revisão que foi prevista – mas não efetivamente concretizada – no art. 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias aprovado junto com a Constituição de 1988.” [\[27\]](#)

A determinação da revisão Constitucional na atual Constituição Federal resta expressa no artigo 3º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.[\[28\]](#)

Trata-se de norma constitucional de eficácia exaurida, da qual se originaram as seis emendas revisionais, todas elas de 1994, que não procederam à profunda reforma do texto constitucional, conforme se esperava e de acordo com a definição doutrinária que a diferencia de uma simples emenda constitucional.

Diante do quadro de hoje, não há mais o Poder Revisional na Carta de 1988, sendo que em se tratando de reforma constitucional somente é correto se falar em Emenda Constitucional.

2.3.2 Poder Derivado Decorrente

A Constituição Federal de 1988 confere aos entes estatais autonomia política[\[29\]](#).

Frise-se que autonomia não se confunde com independência, atributo este da República Federativa do Brasil, nos termos do artigo 4º, da Constituição Federal, bem como atributo dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, nos termos do art. 2º, que expressa o referido termo em contexto semântico outro que o ora estudado.

A autonomia Federativa no Brasil, se desdobra em três pilares, a autonomia administrativa, a autonomia legislativa e a auto-organização.

No presente trabalho apenas esta última nos interessa.

A Auto-Organização é a prerrogativa de criar um próprio sub-ordenamento autônomo, respeitados os limites impostos pelo ordenamento originário, a Constituição Federal, eis um dos primados do pacto federativo.

O artigo 11[\[30\]](#) do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias assim previu que Cada estado, por meio de suas Assembleias

Legislativas, com poderes constituintes, teriam o prazo de um ano para que promulgassem suas Constituições, observados os princípios da Constituição da República.

No que tange aos Estados o fundamento do Poder Derivado Decorrente resta expresso no texto permanente da Constituição, no artigo 25.[\[31\]](#)

Em relação ao Distrito Federal, a previsão constitucional do Poder Derivado Decorrente está expressa no artigo 32[\[32\]](#).

Por fim vale a leitura do quanto ensina Luís Roberto Barroso, acerca dessa manifestação do Poder Derivado, o decorrente:

“Cabe, por fim, uma menção ao “poder constituinte decorrente”, expressão que na terminologia do direito constitucional brasileiro designa a competência dos Estados membros da Federação para elaborarem sua própria Constituição. No regime da Constituição de 1988, competência semelhante é desempenhada pelo Distrito Federal e Municípios ao editarem suas leis orgânicas. Essa capacidade de auto-organização é fruto da autonomia política das entidades federadas, que desfrutam de autodeterminação dentro dos limites prefixados pela Constituição Federal. Trata-se, como intuitivo, de uma competência constitucionalmente limitada, por se tratar, tal como o poder de reforma, de um poder constituinte derivado. Por essa razão, as Constituições estaduais – assim como as leis e atos normativos estaduais em geral – sujeitam-se a controle de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Aliás, vale o registro, é em relação às normas constitucionais e infraconstitucionais estaduais que a Corte exerce com maior frequência sua atividade de fiscalização abstrata de constitucionalidade.”[\[33\]](#)

2.3.3 Poder Derivado Reformador

O Poder Constituinte Derivado Reformador refere-se à possibilidade de se alterar formalmente o texto da Constituição.

É como já expresse linhas acima a possibilidade de se alterar formalmente o texto constitucional a fim de que se conforme às novas demandas sociais.

As palavras de Paulo Bonavides são emblemáticas:

“A imutabilidade constitucional, tese absurda, colide com a vida, que é mudança, movimento, renovação, progresso, rotatividade. Adotá-la equivaleria a cerrar todos os caminhos à reforma pacífica do sistema político, entregando à revolução e ao golpe de Estado a solução das crises. A força e a violência, tomadas assim por árbitro das refregas constitucionais, fariam cedo o descrédito da lei fundamental.

[...]

Quem abre caminho pois para a legitimação do conceito jurídico de reforma constitucional – aquele que comete a revisão a uma autoridade ou órgão (poder constituinte derivado designado pela Constituição mesma) – é indubitavelmente Rousseau.

Impetrando nas Considerações sobre o Governo da Polônia uma Constituição sólida, e leis fundamentais “tanto quanto possível” irrevogáveis, o pensador de Genebra descia das alturas metafísicas e abstratas do “Contrato Social” para a planície do bom senso e das realidades evidentes e razoáveis ao declarar que é “contra a natureza do corpo social impor leis que ele não possa revogar”. Completou esse conceito acrescentando logo não ser “contra a natureza nem contra a razão” a possibilidade de revogar tais leis, desde que os façamos com a mesma solenidade empregada no estabelecê-las.

O princípio formulado por Rousseau entra na Constituição francesa de 1791, que solenemente reconhece à Nação o direito imprescritível de mudar a Constituição e fazer a reforma daqueles artigos cujos inconvenientes a experiência houvesse demonstrado. Empregar-se-iam para esse fim os meios previstos pela Constituição mesma. Estava assim assentado o princípio jurídico da reforma constitucional por obra do chamado poder constituinte derivado.”[34]

O Poder Derivado Reformador pode se entendido, portanto, como aquele cuja atribuição é reformar a Constituição.

Sua previsão é expressa no texto da Constituição, fruto do Constituinte Originário, que delimitara as balizas do exercício deste poder, os quais analisaremos mais detidamente no próximo tomo.

Antes disso, contudo, é preciso explorar o conceito de mutação constitucional, a fim de se ter uma visão global dos processos de mudança do texto constitucional.

Este será o tema que agora se explorará.

2.4 Mutação Constitucional

A Constituição possui normas jurídicas cuja plasticidade permite que a cada geração haja uma releitura destas. Não que isso ocorra com data marcada, pois no dia a dia é possível dizer que a Carta modifica-se de modo lento e gradual e por vezes imperceptível, até que chegada a hora se revele em outra face.

Foulanges possui texto clássico (A Cidade Antiga)[35] que trabalha com a diferença entre a liberdade dos antigos e a liberdade dos modernos. Percebamos que há duas concepções de liberdade, mas há uma só palavra. Eis o poder, mudar de sentido sem mudar de forma. Cada palavra tem um dom genético de mimetismo, adaptando-se ao contexto em que é interpretada. Por contexto, entendemo-lo em sua acepção lata,

abarcando o histórico, o social, o político, até mesmo o utente da linguagem.

Nos quatro primeiros artigos da Carta há inúmeros termos que possuem tal poder mimético: *soberania popular, democracia, dignidade da pessoa humana, desenvolvimento nacional, soberania nacional* ... Não só esses mas inúmeros outros termos deste jaez animam todo o texto constitucional. Daí fica fácil perceber que pode a Constituição mudar de sentido, sem que as palavras sejam alteradas. Eis o fenômeno que passaremos a estudar e que se nomina de Mutação Constitucional.

2.4.1 Conceito

Por muta o constitucional entende-se a mudança informal da Carta, opondo-se   sua mudança formal, que estudamos como Poder Constituinte Derivado Reformador, de que exurgem as emendas e revisões.

  também conhecido na doutrina como Poder Constituinte Difuso. Entretanto, com base na diferença entre poder constituinte de poderes constituídos, este poder difuso só pode ser enquadrado no universo dos poderes constituídos. Isso, porque depende de um texto expresse, sobre o qual exercer  seu devir ao longo do tempo. Portanto, pressupõe um poder que lhe antecede que   o Constituinte Originário.

Se pela reforma formal atrelamos o conceito de Poder Derivado,   reforma informal anexamos a no o de Poder Constituinte Difuso (Georges Burdeau). Tal conceito adv m da ideia de que o Poder Constituinte, de que   titular o povo, continua presente no cotidiano das práticas institucionais e sociais, ainda que despercebido; há tão somente um estado de latência, que não significa anestesia ou sono. Eis o fundamento de validade da muta o. Ressalte-se que o fato de muitas vezes a muta o advir de instâncias do poder não macula tal fundamento, pois em virtude do art. 1 , p.u., da Constitui o Federal, adotamos um modelo de democracia representativa, que muitos classificam de semi-direta, por termos as figuras do plebiscito, referendo e iniciativa popular.

“A conclusão a que se chega é a de que além do poder constituinte originário e do poder de reforma constitucional existe uma terceira modalidade de poder constituinte: o que se exerce em caráter permanente, por mecanismos informais, não expressamente previstos na Constituição, mas indubitavelmente por ela admitidos, como são a interpretação de suas normas e o desenvolvimento de costumes constitucionais. Essa terceira via já foi denominada por célebre publicista francês “poder constituinte difuso”, cuja titularidade remanesce no povo, mas que acaba sendo exercido por via representativa pelos órgãos do poder constituído, em sintonia com as demandas e sentimentos sociais, assim como em casos de necessidade de afirmação de certos direitos fundamentais.[\[36\]](#)”

*“Georges Burdeau, *Traité de science politique*, 1969, v.4.p. 246-247: [...]Há um exercício quotidiano do poder constituinte que, embora não esteja previsto pelos mecanismos constitucionais ou pelos sismógrafos das revoluções, nem por isso é menos real. (...) Parece-me, de todo modo, que a ciência política deva mencionar a existência desse poder constituinte difuso, que não é consagrado em nenhum procedimento, mas sem o qual, no entanto, a constituição oficial e visível não teria outro sabor que o dos registro de arquivo.[...]” [\[37\]](#)*

2.4.2 Limites à Mutação

Defendemos, com base em boa doutrina (Konrad Hesse)[\[38\]](#), que Realidade e Normatividade se intermedeiam de tal modo que há uma recíproca influência de uma sobre a outra. Daí a atenção para o fato de os textos não estarem descolados da realidade, prometendo o impossível; daí a necessidade de acreditar na força que possui a norma de influenciar a realidade, a mudança social, operando no microcosmo da mudança dos comportamentos. A mutação constitucional passeia nessa tensão entre realidade e normatividade.

“[...] o Direito influencia a realidade e sofre influência desta. A norma tem a pretensão de conformar os fatos ao seu mandamento, mas não é imune às resistências que eles podem oferecer, nem aos fatores reais de poder. No caso das mutações constitucionais, é o conteúdo da norma que sofre o efeito da passagem do tempo e das alterações da realidade de fato.[...]”^[39] (BARROSO, 2010:127)

A mutação opera-se seja pela via dos órgãos oficiais, cujo expoente mor é o STF, seja pelas práticas políticas e sociais que passam a ser aceitas, produzindo-se consenso sobre elas, ainda que implícito. Eis as mudanças de paradigmas.

Contudo, não é ilimitado o poder constituinte difuso. Isso, pois sua legitimidade e sua operabilidade firmam-se sobre dois pilares do constitucionalismo contemporâneo: a rigidez constitucional e a plasticidade de suas normas.

A abertura semântica de muitos dos conceitos desenhados na Constituição já por nós foi tratada. Tratam-se daqueles termos de estrutura aberta ao pensamento em diferentes tempos e espaços, tal como a liberdade. Pela rigidez constitucional, há limites a essa abertura semântica, fincada na estabilidade na ordem constitucional, pautada pela segurança jurídica. A legitimidade deste poder difuso reside em respeitar a identidade constitucional e preservar a democracia (mola propulsora de nossa Carta).

Além dos fundamentos de legitimidade, há de se analisar limites ao poder constituinte difuso, pautados em dois outros pilares: a) as possibilidades semânticas do relato da norma; e b) a preservação dos princípios fundamentais.

Toda estrutura linguística possui seu encadeamento lógico, de tal sorte que negar algo sempre será a negativa de alguma coisa, jamais a permissão. Aqui residem as normas proibitivas. Estas, por impossibilidade lógico-semântica, não podem ser interpretadas em **sentido** inverso do inicialmente pretendido, transformando o negativo

em positivo. É legítimo limitar o alcance, mas muitas vezes o sentido não pode ser modificável, por questões de lógica. Exemplo: dizer que aos militares é vedado o sindicalismo e a greve (art. 142, §3º, IV), não comporta dizer que podem eles, se quiserem, criar sindicatos militares e fazer greves parciais; fere a lógica, dado que o sentido da norma é a vedação. Contudo, entendemos que nada impede que normas preceptivas, em alguns casos possam ser interpretadas como normas permissivas, dado que o sentido é o mesmo (um fazer), mudando-se somente a chave da obrigatoriedade para a faculdade, abrindo-se uma exceção à regra. Mutações não podem ferir as possibilidades semânticas do texto, caso se queira inverter os sinais normativos, é mister convocar o Poder Reformador.

Os princípios fundamentais são a pedra fundamental do Direito, pois estes têm a eficácia irradiante aos demais setores da Constituição e do andar normativo infraconstitucional. Estes dão a identidade da Carta, logo, devem ser preservados, sendo os limites que se baseiam na legitimidade do poder constituinte difuso, de que acima tratávamos, ao tecer sobre identidade constitucional. Esta há de ser preservada. Se se a quiser mudar, há se tirar o Constituinte Originário de sua latência. Isso, pode o povo fazer quando lhe aprover e juntar forças suficientes para o proceder.

O Direito é meio de mudança social; contudo, não é por ele que se operam as revoluções, por isso os limites às reformas formais e informais. Não se pode interpretar que as cláusulas pétreas deixaram de ser pétreas, pois a palavra *abolir*, do art. 60, §4º, da Constituição Federal, pode ser interpretada no sentido de não alcançar a noção de *suprimir*, de modo que suprimir as cláusulas pétreas, tudo bem, ao passo que aboli-las, daí não. Isso é escatológico e inviável. Há limites para este poder informal, assim como os há para o formal. Todos fincados nos seus parâmetros de legitimidade, quais sejam: a identidade constitucional e a preservação da democracia.

2.4.3 A Interpretação e a Mutação

Tradicionalmente define-se que interpretar é determinar ou extrair o sentido e alcance de uma norma. De modo mais arrojado, alguns autores entendem que interpretar é construir a norma, daí porque diferencia-se enunciado normativo de norma. A fórmula seria mais ou menos esta: enunciado (texto) + interpretação = norma [e+i=n].

Hans Kelsen^[40] de há muito já o vira. Para este autor o texto da norma era a moldura possível que comportaria diversas pinturas em seu interior. Luís Roberto Barroso nos traduz a ideia dizendo que o enunciado normativo nos fornece parâmetros, mas o sentido, as valorações as escolhas dentre os elementos possíveis de interpretação, quem o faz é o intérprete.^[41]

Apesar de haver instâncias oficiais de interpretação constitucional, havendo um órgão guardião, somos do entendimento de que a Constituição pode ser e é interpretada por toda a sociedade. É um texto aberto à participação democrática de diversas comunidades, possibilitando, pois, a sua modificação de modo paulatino, não somente pelas instituições oficiais de poder. A antropologia política defende ser possível a política existir sem o Estado, nós aqui pegando este gancho, pensamos que a interpretação da Carta independe do Estado ou mesmo de juristas. Eis umas das faces da democracia pluralista brasileira.

Tendo em conta isso, vemos que a mutação constitucional atua mediante o interpretar de suas normas. Interpretar é de fato construir as possibilidades normativas. A Constituição Federação de 1988, após promulgada, passou a sofrer correntes de interpretação das mais variadas, em que a doutrina qualifica como interpretação construtiva e interpretação evolutiva.

Vejamos o que diz Luis Roberto Barroso sobre o tema:

“A interpretação construtiva consiste na ampliação do sentido ou extensão do alcance da Constituição – seus valores, seus princípios – para o fim de criara uma nova figura ou uma nova hipótese de incidência não prevista originariamente, ao menos não de maneira expressa. Já a

interpretação evolutiva se traduz na aplicação da Constituição a situações que não fora contempladas quando de sua elaboração e promulgação, por não existirem nem terem sido antecipada à época, mas que se enquadram claramente no espírito e nas possibilidades semânticas do texto constitucional. A diferença essencial entre uma e outra é está em que na interpretação construtiva a norma alcançará situação que poderia ter sido prevista, mas não foi; ao passo que na interpretação evolutiva, a situação em exame não poderia ter sido prevista, mas, se pudesse, deveria ter recebido o mesmo tratamento.

A mutação constitucional por via da interpretação, por sua vez, consiste na mudança de sentido da norma, em contraste com entendimento preexistente. Como só existe norma interpretada, a mutação constitucional ocorrerá quando se estiver diante da alteração de uma interpretação previamente dada. No caso da interpretação judicial, haverá mutação constitucional, quando, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal vier a atribuir a determinada norma constitucional sentido diverso do que fixara anteriormente, seja pela mudança da realidade social ou por uma nova percepção do Direito.[...]" [42]

O renomado autor entende que a mutação pode operar mudança de sentido da norma.

Há ressalvas a fazer com as bases a seguir expostas. Não se discute aqui o entendimento do douto jurista, apenas se visa, com a humildade e retidão possível, complementar o raciocínio do autor.

Cita-se a mutação pela qual se operou o foro por prerrogativa de função, art. 102, I, b, da Constituição Federal de 1988, mais a súmula 394 do Supremo Tribunal Federal, esta superada em face da mudança de interpretação constitucional.

Trata-se aqui de uma regra que estabelece que membros de poder, tais quais os parlamentares, serão julgados pelo Supremo Tribunal Federal, nos crimes comuns, v.g.. Dantes imaginava-se que uma vez banhado por tal prerrogativa, sempre se estaria, de modo que cessado o mandato, não se cessava a tal garantia. Eis o alcance da súmula 394 do Supremo, ora cancelada.

Repare que falamos alcance e não sentido, uma vez que este (sentido) é claro: dotar alguns membros de poder de certas prerrogativas *ratione muneris*. O que o Supremo Tribunal Federal fez, foi estabelecer o alcance da norma: *somente os titulares de cargo de poder ou também os ex-membros?* eis foi a questão. Optou-se por restringir o alcance da norma, mantendo-se o sentido, pois, como dissemos acima, há limites lógico-semânticos para se operar a mutação, de modo que um sentido positivo, estabelecido numa regra, não poderá inverter de polo.

Em palavras mais simples, o proibido, sempre deve ser lido como proibido, ainda que se abra uma exceção ou outra. Todavia, o número excessivo de ressalvas pode tornar o proibido a exceção, de modo que o intérprete deve se atentar a esse fato e ser deferente ao sentido da norma. O vedado é vedado (como regra geral) e ponto.

Também convém lembrar que no plano da interpretação administrativa o Conselho Nacional de Justiça editou Resolução (nº.7), vedando o nepotismo no judiciário e na administração pública em geral, com base no princípio da moralidade (art. 37, da Constituição Federal).

A resolução foi declarada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, Ação Declaratória de Constitucionalidade - Medida Cautelar 12, e gerou a súmula vinculante de nº13.

A exegese é a de que nomear para cargos em comissão parentes até o 3º grau civil é inconstitucional, pois viola a moralidade administrativa, além de violar a igualdade e impessoalidade. Tal vedação abarca a troca de favores, o chamado nepotismo cruzado, em que um titular de gabinete nomeia parente de outro, a fim de que este faça o mesmo. Isso fortalece nossa incipiente democracia, estabelecendo

diferenças entre o público e o privado, entre o local de trabalho e nossas casas. O que dantes era tolerado passou a ser vedado, mudando-se a direção, o sentido com que antes se interpretava a norma do artigo 37 da Constituição Federal.

Mister frisar que a moralidade é princípio e não regra. Os princípios, possuem, em sua estrutura maior plasticidade, sendo construído com conteúdos abertos. Eles indicam fins, sem, contudo, indicarem os meios; opostamente às regras. Por isso é possível falar que nos princípios há mudança de sentido operada pela mutação constitucional. Foi o caso em tela. Veda-se hoje o que dantes era tolerado ou mesmo permitido, com a seguinte fala, por exemplo: *“mas meu sobrinho é qualificado estudou no estrangeiro!”*. Independentemente da qualificação do sobrinho, o fato é que este não pode trabalhar no gabinete de seu titio, ocupando cargos comissionados ou de confiança. Eis uma mudança de sinal, do polo positivo (tolerado), a exegese caminhou para o negativo (vedado).

No plano dos princípios isso é plenamente possível, pois as regras deles derivam. Antes se havia regra decorrente da moralidade no sentido de se permitir o que hoje é considerado nepotismo, hoje não mais está aberta essa possibilidade. A regra é outra, decorrente da exegese que se dá ao mesmo princípio.

Percebe-se que no plano da mutação é mister fazer duas distinções: a que ocorre sobre as regras e a, sobre princípios. Sobre as regras a mutação é mais restrita, dado que estas, por sua natureza estrutural, estabelecem os meios que são norteados pelos princípios informadores de seu escopo. Em relação aos princípios, como não há caminhos predeterminados na norma, havendo somente a indicação do fim, é possível chegar-se ao mesmo resultado por caminhos diferentes. Em linguagem jocosa dizemos: ao Japão é possível chegar, partindo-se do Brasil, seja cruzando o Atlântico, seja cruzando o Pacífico.

Desta feita, as noções sobre interpretação evolutiva e construtiva, entendemos ser aplicadas às regras, pois elas atingem o alcance da norma, não sua direção, seu sentido. Aos princípios, por sua natureza propositadamente aberta, não há se falar em tais categorias, tal

como se fala para com as regras, pois a cada interpretação destes pode-se dizer que se os constrói e se os evolui, sendo esta a sua natureza. Isso, pois há neles um núcleo intangível, que a todos nós desfrutantes do mesmo *ethos* social, é perceptível. Nós sabemos que torturar uma criança para ensiná-la é repugnante e fere o princípio da dignidade da pessoa humana e o da proporcionalidade. Contudo, se se falar que torturar um preso de guerra para falar do paradeiro do inimigo, em tempo de guerra, fere estes princípios, é possível encontrar vozes opostas. Eis um dissenso moral razoável, pois pessoas bem intencionadas e cultas podem produzir diferentes sentidos à norma da dignidade e da proporcionalidade para casos como esse. Há nos princípios um núcleo tangível e uma zona de penumbra em constante instabilidade, que se nos amostra nos casos extremos.

Por estas razões defendemos que a mutação opera-se de modo diferente para as regras e princípios. Naquelas não se pode mudar o sentido lógico-semântico da norma (tornar o proibido em permitido ou preceptivo). O que se muda é o alcance dantes dado a certa norma, como no caso da prerrogativa *ratione muneris*. Nada impede quem uma reforma formal mude o seu sentido, com respaldo no organismo constitucional.

Quanto aos princípios, por não possuírem caminhos pré-determinados, é mister documentar que os sentidos podem mudar pela mutação constitucional, dado que sua estrutura normativa permite isso.

Em suma: a mutação tem como objeto para as regras o alcance, para os princípios o sentido e alcance.

2.4.4 Meios de Mudança da Constituição por Mutação Constitucional

Vimos que a ferramenta da mutação é a interpretação. Esta pode operar-se via administrativa, v.g., a resolução nº.7 do Conselho Nacional de Justiça, pode operar-se via jurisdicional, sobretudo pelo Supremo Tribunal Federal, v.g., a superação da súmula 394 do Supremo Tribunal Federal, e pode operar-se via legislativa.

Nesta há comentários a fazer.

Ao legislador conferiu o constituinte o poder de desenvolver e concretizar a Carta, regulamentando suas normas. Uma norma pode abarcar mais de uma leitura válida possível e o legislador pode escolher dentre uma delas. Tal escolha é constitucional, embasada pelo art. 2º da Constituição Federal.

É possível que o Legislativo opte por regulamentar determinada norma constitucional em sentido ou com alcance diverso da que foi dada por uma interpretação judicial, ainda que do Supremo Tribunal Federal. Isso, pois cabe o legislador realizar as escolhas políticas. Cabe ao judiciário um exercício de autocontenção e respeito à atividade do legislador.

O tema é controverso, tanto que na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2797, o eminente Sepúlveda Pertence já lavrou ideia oposta, dizendo que a lei ordinária não pode opor-se o que decidido pelo Supremo Tribunal Federal ao interpretar a Constituição Federal. A questão de fundo era a prerrogativa de foro por função. Declarou-se a inconstitucionalidade da Lei 10.628/02, no ponto em que se restabelecia a prerrogativa de função nos termos da súmula 394 do Supremo, que fora superada.

Luís Roberto Barroso critica a posição do Supremo Tribunal Federal, pois ao seu ver houve certo desrespeito às atribuições constitucionais do Legislador^[43]. Não houve a chamada autocontenção do judiciário. Eis os problemas que enfrenta o juiz no seu mister constitucional, eis a dificuldade contramajoritária^[44].

Há argumentos fortes para os dois lados (a favor e contrário) para se defender o foro por prerrogativa de função, tanto que já fora sumulado. O fato de o legislador ter optado por uma opção possível, ainda que polêmica, merece ser respeitada. Isso, pois não se trata de inconstitucionalidade flagrante. Em casos como este há o judiciário se contentar com o seu papel institucional, contendo-se. Não queremos uma república de juízes.

Outro meio pelo qual se opera a mutação é a dos costumes. Há três modalidades de costume. O *praeter legem* (preenche lacunas), o *contra legem* (é oposto ao sentido lógico-semântico do texto) e o *secundum legem* (de acordo o sentido lógico-semântico do texto).

Entendemos que os costumes *contra legem* não podem ser tolerados, pois ferem a força normativa da constituição. Isso, pois a mutação, sobretudo em relação às regras, possui seus limites, residentes nas possibilidades lógico-semânticas do texto.

Ademais, os outros são comuns, dado que textos não podem prever tudo.

Alguns exemplos: Pode o Chefe do executivo negar aplicação de lei que considere inconstitucional (isso não está escrito em lugar nenhum). Outro caso é o voto de liderança no Parlamento, sem submissão da matéria ao plenário, tal prática tem por escopo acelerar o processo legislativo, podendo ser enquadrado como *praeter legem*.

A mudança da percepção do direito, decorrente de alterações fáticas também é um elemento a ser considerado na mutação constitucional.

A realidade e o direito estão sempre em tensão. Logo, mudanças fáticas podem fazer operar mudanças informais do texto constitucional.

Um grupo determinado pode precisar hoje de ações afirmativas, mas no amanhã, não mais. Tal mudança pode mudar o sentido de se interpretar o princípio da igualdade para esses grupos.

“ ... o Supremo Tribunal Federal reconhece a influência da realidade na determinação da compatibilidade de uma norma infraconstitucional com a Constituição. E, a contrario sensu, admitiu que a mudança da situação de fato pode conduzir à inconstitucionalidade de norma anteriormente válida. Citam-se a seguir dois precedentes.

A corte entendeu que a regra legal que assegura aos defensores públicos a contagem em dobro dos prazos processuais deve ser considerada constitucional até que as Defensorias Públicas dos Estados venham a alcançar o nível de organização do Ministério Público. Em outra hipótese, o STF considerou que o art. 68 do Código de Processo Penal ainda era constitucional, admitindo que o Ministério Público advogasse em favor da parte necessitada para pleitear reparação civil por danos decorrentes de ato criminoso, até que a Defensoria Pública viesse a ser regularmente instalada em cada Estado. [45]”

A mutação e suas nuances nos ensina que o processo de mudança da Constituição vias informais é tão importante quanto o das vias formais. Isso, pois areja o sistema e permite sua continuidade.

Entretanto, somente a mutação não consegue responder aos anseios de uma sociedade regida por uma extensa constituição, mormente em sendo considerados os limites, sobretudo semânticos, referentes ao exercício da mutação constitucional.

Portanto, a par dela, é imprescindível que figure mecanismo formal de alteração do texto constitucional.

2.5. Síntese

O Poder Constituinte Derivado possui três subespécies, o Revisional, o Decorrente e o Reformador.

Restou consignado que a Revisão Constitucional, de acordo com a tradicional doutrina brasileira, é entendida como uma reforma mais profunda. Entretanto, na atual Carta, as seis emendas revisionais não alteram profundamente a Constituição de 1988. Houve reformas mais drásticas a esta em emendas constitucionais “normais”, a exemplo das Reforma Previdenciária e Reforma do Judiciário. Por fim, mister frisar que esta modalidade de Poder Derivado resta exaurida, dado que sua previsão já fora praticada, não havendo mais a possibilidade de nova revisão.

Também se investigou que os Estados e o Distrito Federal (alguns incluem os Municípios) também exercem o Poder Constituinte Derivado, na subespécie Decorrente. Este traduz-se no poder de elaborar suas Constituições e Lei Orgânica, corolários estes do princípio da auto-organização, basilar no Federalismo Nacional.

Argumentou-se que a reforma constitucional é imprescindível para a continuidade da Constituição. Uma sociedade deve ter o poder de reformar suas leis, nas palavras de Rousseau. Bonavides bem destaca o que se diz. Uma Constituição imutável é caminho aberto a revoluções, que via de regra deixam rastros de sangue, dado que convulsões políticas sempre envolvem paixões humanas. O Direito existe justamente para evitar essas convulsões e os derramamentos de sangue. Logo, deve prever mecanismos de toda ordem, a fim de evitá-los, uma deles é a reforma à Constituição, que visa justamente atualizá-la, evitando a banalização do exercício do Poder Constituinte Originário que acabaria por gerar desordem e insegurança.

Ademais, abordou-se o Poder Constituinte Difuso, que não deixa de ser um poder constituído, pois é dependente de manifestação prévia de poder.

Entendemos neste trabalho que a mutação é uma das vias da reforma constitucional, uma via informal, a par da via formal, resultante das emendas constitucionais.

Ambas se complementam e permitem maiores influxos de mudanças constitucionais necessárias à manutenção do status quo.

Nas linhas que seguirão a análise recairá nas limitações à reforma da constituição, reforma esta formal, dado que já foram exploradas as limitações da reforma informal, a mutação.

3. LIMITES AO PODER DE REFORMA

3.1 Linhas introdutórias

A reforma formal da Constituição de 1988 está prevista no artigo 60 do texto permanente[46].

Por ser Derivado de um Poder maior que lhe antecede, neste encontra limites.

Nas precisas lições de Luís Roberto Barroso, assim resta expresso:

“Como já registrado em diversas passagens, o poder constituinte originário é, na sua essência, um fato político que se impõe historicamente, não sofrendo qualquer limitação da ordem jurídica preexistente. Mesmo quando não tenha natureza revolucionária, ele envolverá sempre uma ruptura com o passado. Diversa é a situação do poder de reforma constitucional, que configura um poder de direito, regido pela Constituição e sujeito a limitações de naturezas diversas. Sua função é a de permitir a adaptação do texto constitucional a novos ambiente políticos e sociais, preservando-lhe a força normativa e impedindo que seja derrotado pela realidade. Ao fazê-lo, no entanto, deverá assegurar a continuidade e a identidade da Constituição.

Encontrando fundamento na Constituição e sendo por ela disciplinado, o poder reformador é, na verdade, uma competência juridicamente vinculada. Como consequência, afigura-se natural e lógico que esteja sujeito aos diferentes mecanismos de controle de constitucionalidade. No direito brasileiro, tal possibilidade é mais do que puramente teórica: O Supremo Tribunal Federal já admitiu inúmeras ações diretas de inconstitucionalidade contra emendas constitucionais, tendo acolhido diversas delas. [...]

Em síntese: o poder reformador, frequentemente referido como poder constituinte derivado, é um poder de direito, e não um poder soberano. Por via de consequência, somente poderá rever a obra materializada na Constituição Originária observando as formas e

parâmetros nela estabelecidos. Essa é a prova, aliás, de que o poder constituinte originário, mesmo na sua latência, continua a se fazer presente. Os limites impostos ao poder de emenda ou de revisão da Constituição costuma ser sistematizados pela doutrina em temporais, circunstanciais, formais e materiais.”[47]

Na mesma linha de raciocínio, Paulo Bonavides, com síntese que lhe é peculiar, escreve:

“O poder de reforma constitucional exercitado pelo poder constituinte derivado é por sua natureza jurídica mesma um poder limitado, contido num quadro de limitações explícitas e implícitas, decorrentes da Constituição, a cujos princípios se sujeita, em seu exercício, o órgão revisor.”[48]

Com base nas premissas desses eminentes juristas seguimos à análise de cada uma das limitações ao poder de reforma.

3.2 Limitações Formais

Tais limitações tratam do procedimento formal que deve seguir o reformador. No Brasil, somente pode-se emendar a Constituição mediante 3/5 dos votos de cada casa do Parlamento, em dois turnos, cada votação. Acaso não se observem os ritos, pode-se falar emenda constitucional inconstitucional por vício de forma.

“Da rigidez constitucional resulta a existência de um procedimento específico para a reforma do texto constitucional, que há de ser mais complexo do que o adotado, para a aprovação da legislação ordinária. Esse procedimento envolverá, normalmente, regras diferenciadas em relação à iniciativa, ao quórum de votação das propostas de emenda e às instâncias de deliberação. ...

No Brasil, a Carta Imperial de 1824, de caráter semirrígido, previa que a reforma de dispositivo constitucional seria mediada por uma eleição, cabendo à legislatura seguinte a ratificação da mudança ou adição.”[49]

São os seguintes requisitos formais para a alteração de norma constitucional, conforme sistematiza Barroso[50]:

1 – iniciativa – a reforma do texto constitucional depende dos seguintes legitimados: 1/3 (no mínimo) dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; do Presidente da República; ou de mais da metade das Assembleias Legislativas dos Estados;

2 – quórum de aprovação – 3/5 dos votos dos membros de cada Casa do Congresso;

3 – procedimento: votação em cada Casa, em dois turnos.

Se aprovada, a promulgação será pelas mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. Não estando sujeito à aprovação do Presidente da República, cuja participação ocorre como o único detentor da iniciativa individual.

“ ... O Supremo Tribunal Federal já exerceu controle de constitucionalidade sobre a correção formal do procedimento de aprovação de emenda à Constituição. Primeiramente, assentou a Corte que a tramitação do projeto de emenda não envolve questão meramente regimental – interna corporis -, sendo tema de clara estatuta constitucional. Em outras decisões, pronunciou-se no sentido de que o início da tramitação da proposta de emenda pode dar-se tanto na Câmara dos Deputados quanto no Senado Federal, tendo em vista que a Constituição confere poder de iniciativa aos membros de ambas as Casas. A propósito da necessidade de aprovação da proposta de emenda por ambas as Casas, a regra é a de que, havendo modificação do texto em uma

delas, a proposta deve retornar à outra. Nada obstante, a Corte firmou entendimento no sentido de que o retorno à Casa de origem somente é imperativo quando a alteração seja substancial, e não na hipótese de mudanças redacionais, sem modificação de conteúdo.” (Adin. 2666/DF e Adin 2031/DF).^[51]

Portanto, as limitações formais subdividem-se em iniciativa, quórum de aprovação e promulgação.

Tratam-se dos elementos do devido processo legislativo de reforma constitucional.

3.3 Limitações Circunstanciais

A constituição somente pode ser reformada em tempos de estabilidade institucional, para evitar casuísmos que provoquem nefastos efeitos na ordem jurídica e, por consequência, na vida das pessoas. Por isso não se reforma o ordenamento constitucional em tempos de intervenção federal, estado de sítio e estado de defesa. (artigo 60, §1º, da Constituição Federal).

“Os limites circunstanciais impedem a reforma da Constituição em momentos de anormalidade institucional, decorrentes de situações atípicas ou de crise.”^[52]

No mesmo sentido, Bonavides ensina:

“Uma segunda modalidade de limitação expressa é aquela que se prende a determinadas circunstâncias históricas e excepcionais na vida de um país. Ordinariamente configuram um estado de crise que torna ilegítimo nessas ocasiões empreender qualquer reforma constitucional.”^[53]

Pensando o Estado Nação como nossa casa, nosso lar, podemos construir a seguinte alegoria: não se reforma as estruturas do Estado em tempos instáveis, que são representados pelo Estado de Defesa, Estado de Sítio e Intervenção Federal, todas essas hipóteses extraordinárias numa democracia federativa.

3.4 Limitações Temporais

Como a atual Carta Política não possui essa referida limitação, sua análise é feita apenas para fins didáticos, de cultura jurídica.

Apenas se ressalva que tais limitações não se podem confundir com as adrede expostas. Limitação temporal, conforme se verá, em nada se confunde com limitação circunstancial.

“Limitações temporais têm por objeto conferir estabilidade ao texto constitucional por um período mínimo ou resguardar determinada situação jurídica por um prazo prefixado. Eles se destinam, normalmente, a conter reações imediatistas à nova configuração institucional e a permitir que a nova Carta possa ser testada na prática por um tempo razoável. ...

... No Brasil, a Constituição Imperial, de 1824, continha limitação temporal expressa em relação à sua reforma, que somente poderia ser feita depois de ‘passados quatro anos’. Nas inúmeras Constituições brasileiras subsequentes não foi incluída disposição contendo restrição temporal dessa natureza. A maioria das Constituições do mundo pode ser reformada a qualquer tempo, sem previsão de limites temporais.”[\[54\]](#)

Trata-se, pois, de um lapso de tempo (quarentena) na qual a Constituição não poderá ser reformada.

O fundamento é evitar que paixões ainda evidentes no período imediato e pós constituinte tentem reformar indevidamente a Carta aprovada.

Trata-se de instituir um período de teste.

3.5 Limitações Materiais

Dentro das limitações materiais, que se referem ao conteúdo da norma, a doutrina divide as limitações que restam expressas do texto constitucional e aquelas implícitas.

As limitações materiais expressas, como as cláusulas pétreas: voto direto, secreto, universal e periódico; forma federativa do Estado; separação e harmonia entre os poderes constitucionais; direitos e garantias individuais.

“ [...] para que haja sentido na sua preservação, uma Constituição deverá conservar a essência de sua identidade original, o núcleo de decisões políticas e de valores fundamentais que justificaram sua criação. Essa identidade, também referida como o espírito da constituição [...]

“[...] São as denominadas cláusulas de intangibilidade ou cláusulas pétreas, nas quais são inscritas as matérias que ficam fora do alcance do constituinte derivado.” [\[55\]](#)

Dentre as denominadas cláusulas pétreas a que proíbe a abolição do voto, direto, secreto, universal e periódico é a única cláusula que não é principiológica, não apresentando grandes problemas em sua interpretação.

Em relação às demais cláusulas de intangibilidade, não há uníssono na doutrina.

A separação e harmonia dos Poderes é problema em aberto desde Aristóteles.

A forma federativa de Estado envolve a repartição de competências, a autonomia de cada ente e a participação deles na formação da vontade do ente global, a União. Tais pilares são tão fluidos

quando a separação dos poderes, variando em sua interpretação de acordo com o espaço e com o tempo.

Já nos direitos individuais, há os que sustentem abarcarem os direitos fundamentais em suas quatro gerações (liberdades individuais e políticas, direitos sociais, direitos difusos e coletivos e direito à democracia e ao desenvolvimento). Parte da doutrina menciona que tal norma apenas abarca os chamados direitos individuais (os de primeira geração). Há polêmica, que é contornada pelo reconhecimento de limitações implícitas, conforme adiante veremos.

Cabe frisar que as cláusulas pétreas não de ser interpretadas com a devida cautela, dando os espaços às devidas reformas constitucionais. Se do contrário fosse, interpretação extremamente rígida dessas normas, impedir-se-iam as reformas necessárias a manter a normatividade da Constituição. Ao mesmo tempo que funcionam como protetoras do espírito da Constituição, podem ser a causa de seu descompasso com a realidade, tornando-a o que Loewenstein denomina de constituições semânticas, que seriam o equivalente à “mera folha de papel” de Lassalle. As divergências sobre tão delicado ponto na Carta Maior não estão próximas de ser resolvidas, e de nevrálgicas que são é natural que não o sejam.

Após a 2ª grande guerra que se começou a adotar nas Constituições escritas limitações expressas ao poder de reforma constitucional, isso como uma resposta aos modelos totalitaristas que assolaram a Europa, a exemplo do nazismo.

Essas cláusulas de intangibilidade repousam em dois pilares que as legitimam: a identidade constitucional e o Estado Democrático de Direito.

A Constituição que inaugura nova era político-jurídica tem suas bases identificadoras, características do tempo que superou e do futuro que espera construir. Se se pudesse alterar essa estrutura, o seu espírito estaria a modificar-se, não se podendo falar mais que seja a mesma Carta, mas sim, poder-se-á falar em mesma Carta apenas formalmente, pois em espírito é outra.

Esse constitucionalismo é justamente o que se visou superar após 1945, pois permite que atrocidades sejam cometidas no bojo da legalidade, ainda que por total, seja deslegitimado. Logo, as bases de uma identidade constitucional ligam-se ao que na teoria chamamos de rigidez constitucional. Mesmo reformada, uma constituição rígida mantém seus alicerces, permanecendo o mesmo edifício político-jurídico.

A relação entre limites materiais expressos e a Democracia é bem sintetizada por Barroso, nas seguintes palavras:

“Relembre-se que o constitucionalismo se funda na limitação do poder e na preservação de valores e direitos fundamentais. A democracia, por sua vez, é um conceito construído a partir da soberania popular, em cujo âmbito se situa a regra majoritária. Assim sendo, sempre que se impede a prevalência da vontade da maioria produz-se, automaticamente, uma tensão com o princípio democrático.

Essa tensão pode se superada, no entanto, pela percepção de que a democracia não se esgota na afirmação simplista da vontade majoritária, mas tem outros aspectos substantivos e procedimentais de observância obrigatória. Os limites materiais têm por finalidade, precisamente, retirar do poder de disposição das maiorias parlamentares elementos tidos como pressupostos ou condições indispensáveis ao funcionamento do Estado Constitucional Democrático. As cláusulas pétreas ou de intangibilidade são a expressão mais radical de auto-vinculação ou pré-compromisso, por via da qual a soberania popular limita o seu poder no futuro para proteger a democracia contra o efeito destrutivo das paixões, dos interesses e das tentações. Funcionam, assim, como a reserva moral mínima de um sistema constitucional.”^[56]

Convém ressaltar que as cláusulas pétreas não são normas hierarquicamente superiores dentro da própria Constituição em relação as demais normas. Isso feriria o princípio da unidade da Constituição.

O que envolve a intangibilidade dessas normas, situa-se no plano de sua justificação: identidade constitucional e Estado Democrático de Direito.

Esses dois elementos que sustentam a inalterabilidade de determinadas normas legitimam a Constituição como expressão máxima de um povo, num momento de especial mobilização civil. Logo, a querela entre reformas constitucionais (democracia majoritária) e cláusulas pétreas se resolve no plano da validade e não no plano da hierarquia. É um dogma necessário ao sistema, a fim de diferenciar o constituinte do constituído; o movimento cívico político-jurídico extraordinário da política ordinária das legislaturas.

“Pelo princípio da unidade da Constituição, inexistente hierarquia entre normas constitucionais originárias, que jamais poderão ser declaradas inconstitucionais umas em face das outras. A proteção especial dada às normas amparadas por cláusulas pétreas sobrelevam seu status político ou sua carga valorativa, com importantes repercussões hermenêuticas, mas não lhes atribui superioridade jurídica. No direito brasileiro, há jurisprudência específica sobre o ponto.” [57]

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº815, colhe-se o seguinte ensinamento:

“Por outro lado, as cláusulas pétreas não podem ser invocadas para a sustentação da tese da inconstitucionalidade de normas constitucionais inferiores em face de normas constitucionais superiores, porquanto a Constituição prevê apenas como limites ao Poder Constituinte derivado ao rever ou ao emendar a Constituição elaborada pelo Poder Constituinte originário, e

não como abarcando normas cuja observância se imponha ao próprio Poder Constituinte originário com relação às outras que não sejam consideradas como cláusulas pétreas, e, portanto, possam ser emendadas.” (Moreira Alves)

Portanto, o núcleo intangível da Constituição liga-se à necessidade de sua preservação, sobretudo, da preservação de sua identidade, que é a continuidade material que a nova ordem visou inaugurar.

Convém ressaltar que a finalidade de se prever um núcleo intangível é a mesma de se prever a reforma constitucional, qual seja, a preservação do status quo.

Ademais, a intangibilidade mencionada refere-se à impossibilidade de se suprimir os elementos considerados como cláusulas pétreas. Nada impede que no rol destes sejam acrescidos direitos que confirmam maior proteção àqueles que convivem numa mesma ordem. Exemplo disso foi a Emenda Constitucional nº 45, que adicionou no rol dos direitos individuais a garantia da razoável duração do processo. Ora, majorou a proteção já gozada pelos indivíduos, sendo esse tipo de reforma viável e sempre bem vinda.

O escopo das cláusulas pétreas é evitar a supressão de direitos e garantias que descaracterizem o espírito a identidade da Carta Política.

Há, ainda, as chamadas limitações materiais implícitas, que decorrem dos próprios fundamentos da Constituição. A doutrina e jurisprudência não são unânimes quanto aos pontos fundamentais implícitos da Carta Maior.

Podemos ressaltar, com base nos ensinamentos de Luís Roberto Barroso, os seguintes limites implícitos^[58]:

1 – os direitos e garantias fundamentais;

2 – o titular do poder constituinte originário, o povo;

3 – o titular do poder reformador; e

4 – o procedimento que disciplina o poder de reforma, porque este, como um poder delegado pelo constituinte originário, não pode alterar as condições da própria delegação.

Também é possível extrair da doutrina nacional que:

1 - os princípios constitucionais sensíveis;

2 – o regime democrático;

3 – a forma republicana, pois já passou a época de se repensar nossa forma de governo (art. 2º do ACT);

O pioneiro em reconhecer essas limitações implícitas ao poder de reforma constitucional, no Brasil, foi o ilustre Nelson de Souza Sampaio, no famoso texto: *O poder de reforma constitucional*. Neste o autor expõe seu entendimento sobre o que chama de limitações materiais inerentes ou naturais. Sua pesquisa é fio condutor dos posteriores estudos sobre o tema e reconhecida expressamente pelos autores que investigam o assunto.

O Supremo Tribunal Federal já entendeu que invocando a seguinte norma; “*os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime por ela adotados*” (artigo 5º, §2º, da Constituição Federal), que há direitos fundamentais protegidos, fora do rol do artigo 5º, tendo por fulcro interpretação extensiva do artigo 60, §4º. (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 939/DF – Assunto: princípio da anterioridade tributária é garantia fundamental do indivíduo).

Paulo Bonavides debruçando-se sobre o tema, assim já escreveu:

“Essas limitações tácitas são basicamente aquelas que se referem à extensão da reforma, à modificação do processo mesmo de revisão e a uma eventual substituição

do poder constituinte derivado pelo poder constituinte originário.

Quanto à extensão da reforma, considera-se, no silêncio do texto constitucional, excluída a possibilidade de revisão total, porquanto admiti-la seria reconhecer ao poder revisor capacidade soberana para ab-rogar a Constituição que o criou, ou seja, para destruir o fundamento de sua competência ou autoridade mesma. Há também reformas parciais que, removendo um simples artigo da Constituição, podem revogar princípios básicos e abalar os alicerces de todo o sistema constitucional, provocando, na sua inocente aparência de simples modificação de fragmentos do texto, o quebramento de todo o espírito que anima a ordem constitucional.

Trata-se em verdade de reformas totais, feitas por meio de reformas parciais. [...]”[\[59\]](#)

Novamente enfatiza-se que se deve proteger a identidade da Constituição em face da manifestação do Poder Reformador. Este jamais poderá ter maiores poderes que o Originário, sob pena de inverter a ordem natural do sistema, convertendo-se em verdadeiro poder constituinte originário.

Vê-se, pois, que as limitações materiais guardam duas ordens, aquelas que o próprio texto constitucional determina, as chamadas cláusulas pétreas; e aquelas que ressaem da construção doutrinária e análise mais detida dos fundamentos e alicerces da nova ordem instituída pela Carta de 1988.

3.6 A tese da dupla revisão

A tese da dupla revisão consiste em, teoricamente, permitir que sejam reformadas as cláusulas intangíveis de uma Constituição, para posteriormente se proceder à reforma dantes vedada.

Tal teoria não é aceita pela doutrina predominante do Brasil.

Nas sábias palavras de Luís Roberto Barroso:

“[...] Na medida em que as cláusulas pétreas representem o núcleo de identidade e a reserva moral de uma dada ordem constitucional, devem elas ser imunes à possibilidade de reforma. Se o poder constituinte derivado puder alterar as regras acerca do seu próprio exercício, ele se torna onipotente, convertendo-se indevidamente em originário.[...][60]”

Na mesma linha de raciocínio, Paulo Bonavides comenta:

“[...] levanta-se a questão de saber se o poder revisor é competente para modificar o próprio sistema de revisão. Colhe-se a esse respeito uma resposta negativa da maioria dos publicistas, uma vez que consentir na possibilidade dessa alteração seria conferir ao poder constituinte derivado características que ele não possui de poder constituinte originário. Dotado de competência ilimitada e soberana, esse último poder é o único com a faculdade legítima de alterar o procedimento reformista.”[61]

Portanto, a tese da dupla revisão não é aceita pela doutrina majoritária no Brasil, sendo um desdobramento dos limites materiais implícitos ao Poder de Reforma.

Não poderia ser diferente. Para preservar a identidade constitucional, mister proteger o núcleo rígido da Carta, a fim de manter o espírito constituinte. Afinal, conforme se analisa neste trabalho, o escopo de se prever o Poder de Reforma é promover a manutenção do *status quo*, e não o suplantar a pretexto de proceder à (pseudo) reforma parcial.

3.7 Reforma Constitucional e Direito Adquirido

Em nosso ordenamento tutelamos constitucionalmente o chamado direito adquirido[62].

Eis cláusula que denomina o princípio da segurança jurídica, esta necessária à liberdade. O ponto é envolto de polêmica, mas possui um ponto de consenso: os eventos que já ocorreram e se consumaram não são atingidos por lei posterior.

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº493/DF, o Ministro Moreira Alves, assim leciona:

“A retroatividade pode assumir três formas: máxima, média e mínima, todas inválidas. O STF bem sistematizou a matéria da Revista Trimestral de Jurisprudência, 143:744-5, 1993, Adin 493/DF, Rel. Min. Moreira Alves, onde assentou o relator: ‘Quanto à graduação por intensidade das espécies de retroatividade são três: a máxima, a média e a mínima. Matos Peixoto, em notável artigo – Limite Temporal da Lei – publicado na Revista jurídica da antiga Faculdade Nacional de Direito da Universidade do Brasil (vol. IX, págs. 9 a 47), assim as caracteriza: ‘Dá-se a retroatividade máxima (também chamada restitutória, porque em geral restitui as partes ao status quo ante), quando a lei nova ataca a coisa julgada e os fatos consumados (transação, pagamento, prescrição). Tal é a decretal de Alexandre III que, em ódio à usura, mandou os credores restituírem os juros recebidos. À mesma categoria pertence a célebre lei francesa de 2 de novembro de 1793 (12 de brumário ano II), na parte em que anulou e mandou refazer as partilhas já julgadas, para os filhos naturais serem admitidos à herança dos pais, desde 14 de julho de 1789. A carta de 10 de novembro de 1937, art. 95, parágrafo único, previa a aplicação da retroatividade máxima, porquanto dava ao parlamento a atribuição de rever decisões judiciais, sem executar as passadas em julgado, que declarassem inconstitucional uma lei.

A retroatividade é média, quando a lei nova atinge os efeitos pendentes do ato jurídico verificado antes dela, exemplo: uma lei que limitasse a taxa de juros e não se aplicasse aos vencidos e não pagos.

Enfim a retroatividade é mínima^[63] (também chamada temperada ou mitigada), quando a lei nova atinge apenas os efeitos dos atos anteriores produzidos após a data em que ela entre em vigor. Tal é, no direito romano, a lei de Justiniano (C.4, 32, de usuris, 26 2 e 27 pr.), que corroborando disposições legislativas anteriores, reduziu a taxa de juros vencidos após a data da sua obrigatoriedade. Outro exemplo: o Decreto-lei n. 22.626, de 7 de abril de 1933, que reduziu a taxa de juros e se aplicou, 'a partir da sua data, aos contratos existentes, inclusive aos ajuizados (Art.3º)' (págs. 22/23)."

O Supremo Tribunal Federal adota, o princípio do *tempus regit actum*, que determina que os atos realizados sob os auspícios de uma lei, há de por ela continuar a ser regido. O italiano Gabba possui a mesma ótica, os efeitos futuros de atos pretéritos devem continuar a ser regidos pela lei que disciplinou a sua causa. Essa posição é oposta à do Francês Paul Roubier, que é adepto do retroatividade mínima, ou seja, eficácia imediata da lei, como preferia chamar.

Para entender o tema mister se faz diferenciar a expectativa de direito do direito adquirido.

A expectativa de direito identifica a situação e que o ciclo de eventos previstos para a aquisição não se completou, embora já iniciado. Sobrevindo nova norma jurídica, não se produz o efeito previsto na norma anterior, pois seu fato gerador não se aperfeiçoou. É o exemplo do direito a aposentadoria. Começado o período de labor oficial e com as devidas contribuições sociais quitadas, inicia-se o processo de adquirir-se o direito à aposentadoria. Contudo enquanto os requisitos constitucionais não se tiverem implementado: tempo de serviço e tempo de contribuição,

não se há falar em direito a aposentadoria, mas sim a mera expectativa desta.

O direito adquirido é a situação em que o fato aquisitivo do direito já aconteceu por inteiro, mas por alguma razão os seus efeitos não se operaram. Nessa hipótese a Constituição assegura a regular produção de seus efeitos, tal como previsto na norma que regeu a gênese da situação jurídica subjetiva, já integrada ao patrimônio do indivíduo. A exemplo da aposentadoria: em que o cidadão complementa a idade e o tempo de contribuição e continua na ativa, lei posterior não lhe poderá desconstituir o seu já incorporado direito de se aposentar quando lhe aprover.

O direito consumado é uma etapa posterior em relação ao direito adquirido, é aquele que já produziu os seus efeitos, exaurindo-se. Exemplo é do cidadão que se aposentou, após preenchidos os requisitos constitucionais.

As alterações legislativas não alteram o direito consumado e o direito adquirido, somente refletindo nas chamadas expectativas de direito.

O exemplo da aposentadoria é bom, pois foi o que ocorreu quando da implementação da Emenda Constitucional nº 20 de 1998, que alterou os requisitos de aposentadoria para os servidores públicos civis. Antes desta emenda bastava que se somasse o tempo de contribuição, a fim de lograr a aposentadoria. Após, a idade passou a ser um segundo critério para cômputo da aposentadoria. Porém tal requisito somente afetou aos que tinham a mera expectativa de direito de se aposentar somente pelo tempo de contribuição, aos que já tinham adquirido o direito à aposentadoria, ainda que não a usufruindo, não tiveram suas situações jurídicas modificadas, pela tutela constitucional do direito adquirido, corolário da segurança jurídica.

Convém que não é uníssono na doutrina a proteção dos direitos adquiridos em face de reformas constitucionais, já que o art. 5º, XXXVI fala em 'lei', dando-se, pois, ao termo 'lei' interpretação restrita.

Essa corrente doutrinária é minoritária, embora conte com nomes de peso com Daniel Sarmento, Celso Ribeiro de Bastos, Ives Gandra Martins.

A corrente majoritária entende pela inclusão das emendas constitucionais quando da interpretação da palavra ‘lei’, da referida norma. Cabe, contudo, documentar que contemporaneamente tem havido abrandamentos na interpretação do princípio da segurança jurídica, carreado na norma fundamental. Eis dois excertos de peso em nossa doutrina e jurisprudência.

“Parte da doutrina tem procurado lidar com algumas dificuldades trazidas pelas questões afetas ao direito adquirido sustentando que ele não se encontra protegido contra a ação do poder constituinte reformador. Como consequência, a lei não poderia prejudicar o direito adquirido, mas a emenda constitucional, sim. Tal ponto de vista serve-se da literalidade do dispositivo para enfrentar o conhecimento convencional na matéria. Tradicionalmente minoritária na doutrina, e identificada com uma visão mais conservadora ou menos garantista, essa linha de entendimento recebeu algumas adesões significativas em período mais recente. Nosso ponto de vista, no entanto, é o de que tal posição é ideologicamente sedutora, mas dogmaticamente problemática. Daí nossa preferência pela alternativa da interpretação tecnicamente adequada da cláusula do direito adquirido, de modo a proteger o seu núcleo essencial, mas não toda e qualquer manutenção do status quo.”^[64]

No mesmo sentido o Supremo já fundamentou:

“Uma interpretação sistemática da Constituição, a partir dos ‘objetivos fundamentais da República’ (CF, art. 3º), não lhes pode antepor toda a sorte de direitos subjetivos advindos da aplicação de normas infraconstitucionais superadas por emendas constitucionais, que busquem realizá-los. Intuo, porém, que

um tratamento mais obsequioso há de ser reservado, em linha de princípio, ao direito fundamental imediatamente derivado do texto originário da Constituição, quando posto em confronto com emendas constitucionais supervenientes: nesta hipótese, a vedação a reformas tendentes a aboli-lo – baseada no art. 60, §4º, IV da Lei Fundamental – já não se fundará apenas na visão extremada –e, ao cabo, conservadora – do seu art. 5º, XXXVI, mas também na intangibilidade do núcleo essencial do preceito constitucional substantivo, que o consagrar.”[65]

Convém ainda firmar o conceito de regime jurídico na problemática ora estudada. É muito comum nas relações entre servidores e a Administração Pública. Vejamos os comentários do mestre Barroso (2010:186/187):

“Cumprir fazer uma nota final sobre o que se convencionou denominar regime jurídico. Nessa locução se traduz a ideia de que não há direito adquirido à permanência indefinida de uma mesma disciplina legal sobre determinada matéria. Por exemplo: ninguém poderá defender-se em uma ação de divórcio alegando que se casou em uma época em que o casamento era indissolúvel, pretendendo ter direito adquirido à permanência daquele regime jurídico. No direito constitucional e administrativo, o exemplo mais típico é o da relação entre servidor e a entidade estatal à qual se vincula. O fato de haver ingressado no serviço público sob a vigência de determinadas regras não assegura ao servidor o direito à sua imutabilidade. Embora a jurisprudência seja casuística na matéria, é corrente a afirmação de eu há regime jurídico – e conseqüentemente, não há direito adquirido – quando determinada relação decorre de lei, e não de ato de vontade das partes, a exemplo de um contrato.”[66]

Conclui-se que as Emendas Constitucionais, em regra, não podem afetar o direito adquirido, ato jurídico perfeito e a coisa julgada, pois violaria a segurança jurídica, nos termos da doutrina predominante.

A par disso, as meras expectativas de direito e os regimes jurídicos são sim influenciados pelo Poder de Reforma. A questão de haver uma regra de transição é faculdade sempre bem vinda, para ser modulada de acordo com o nível das expectativas já geradas, tal como ocorreu com as Emendas Constitucionais da Reforma da Previdência Pública.

Se se advogar que não há direito adquirido em face de emenda constitucional, macular-se-á de tal sorte a segurança jurídica, que o Poder de Reforma produziria efeito transversal ao seu fim, a estabilidade da Constituição Vigente.

Pode-se entender que a tutela do direito adquirido é mais um dos limites materiais dispostos na Constituição ao Poder de Reforma.

3.8 A Reforma Constitucional como meio de perpetuação do sistema jurídico-constitucional

Das linhas acima é possível notar que o Poder de Reforma Constitucional é deveras importante para a manutenção do sistema jurídico instituído pela Constituição.

Dois são os motivos que permitem essa conclusão.

Primeiro, pois os mecanismos de reforma põem em prática as alterações por que anseia a sociedade. Exemplo prático bem emblemático foi a reforma introduzida pela Emenda Constitucional nº45, que visou modernizar o Judiciário. Foi fruto do chamado Primeiro Pacto Republicano, consequência dos esforços dos três Poderes, para fins de modernizar o Estado, conferindo maior credibilidade às instituições.

Vejamos como é noticiado esse pacto no sítio do Supremo Tribunal Federal:

“A primeira edição do Pacto Republicano, celebrada após a promulgação da Emenda Constitucional 45, teve como objetivo principal a viabilização de um Judiciário mais rápido e mais sensível às demandas da cidadania, principalmente por meio da rapidez na aprovação de projetos de lei que aprimorassem a Justiça do país. Os resultados foram animadores, pois o Pacto foi decisivo para a efetivação de mecanismos que aumentaram a agilidade da Justiça, como a regulamentação dos institutos da Súmula Vinculante e da Repercussão Geral por meio das Leis 11.417 e 11.418, respectivamente, ambas de dezembro de 2006.”[\[67\]](#)

O segundo motivo de sua importância é evitar que a rigidez extremada da Carta, denote que os grupos de poder (comum nas democracias[\[68\]](#)) não encontrarão no próprio texto da Constituição respostas aos problemas institucionais.

Variados exemplos podem ilustrar. A Emenda Constitucional nº 76 acabou com o voto secreto para a derrubada do veto presidencial e para a votação acerca da cassação de mandato parlamentar. Isso visou dar maior transparência aos embates referentes ao jogo de poder, evitando-se traições políticas (fato propício em votações secretas), e ao mesmo tempo moralizando a cena política. Era um anseio social e dos governantes. Se a Constituição não pudesse ser reformada para dar essas respostas aos problemas institucionais, dificilmente seria longa, pois de suas normas não se encontrariam respostas aos problemas mais importantes ou/e novos.

Por essas razões, considera-se que o Poder de Reforma, tal como tratado pela doutrina, é essencial à continuidade das instituições, à segurança jurídica e à manutenção da Constituição.

Assim, apesar de poder constituído, é deveras importante, para manter a obra oriunda dos trabalhos do Poder Constituinte Originário.

3.9 Síntese

Vimos que o Poder de Reforma é um dos elementos a permitir a manutenção do *status quo* instituído pela Constituição.

Se tudo o que é velho em demasia, torna-se obsoleto, a reforma constitucional permite a renovação, na medida do possível, de uma Carta Constitucional elaborada por gerações pretéritas.

Mantido o *ethos* social vigente à época da Constituição, nada justifica a modificação da Carta. Se for patente a necessidade de renovação, quer dizer que a Constituição já não responde aos anseios sociais.

Movimentos revolucionários, golpes de Estado e outras rupturas bruscas, podem ocorrer, mas são eventos extraordinários, cujas raízes não estão no nosso objetivo de investigação. Apenas se adota a posição doutrinária de que a Constituição deve prever mecanismos de renovação, a fim de evitar rupturas abruptas.

Entretanto, mister frisar que as reformas contêm limites traçados pelo constituinte originário. Esse limites estão presentes na atual Carta, e são: os formais, atinente ao procedimento, iniciativa e quórum de aprovação; os circunstanciais, referentes aos períodos de legalidade extraordinária; os materiais expressos e implícitos, atinentes ao conteúdo das normas.

A atual Carta não prevê a limitação temporal, embora no Brasil, restou expressa na Constituição Imperial (1824).

A teoria da dupla revisão e a proteção ao direito adquirido são temas que aparecem ao estudioso dos limites do poder reformador.

Saliente-se que a tese da dupla revisão, apesar de bem construída, não é aceita pela maioria dos juristas brasileiros, apesar de respeitadas opiniões contrárias. Assim deve ser, dado que se oposto fosse, abrir-se-ia uma porta a reformas com conteúdo de golpes. Lembremo-nos de que a Constituição e seus institutos são construídos para ser perenes e não efêmeros. O fim mesmo de um instrumento de poder (como o é a Constituição) é a permanência neste.

No que tange ao direito adquirido nada mais justo e seguro tutelá-los, pois são situações já cristalizadas. Se o futuro nos perturba, pois é incerto, que mantenhamos o passado, a fim de segurarmos-nos em algo. Esse é o espírito que embasa a tutela do direito adquirido.

Não se pode confundir este instituto com a expectativa de direito ou com a incidência de um regime jurídico (regras que se protraem no tempo, regulando situações jurídicas perenes). Esses institutos não restam a salvo da reforma constitucional, sendo prudente, no entanto, o Poder Reformador prever regras de transição, a fim de não frustrar de todo expectativas legítimas que falecerão ou não serão no todo atendidas.

Apesar de ser apenas um poder constituído, o Poder Reformador guarda bastante importância no sistema jurídico ao permitir a renovação do sistema constitucional e a manutenção da ordem jurídica.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo deste trabalho foi feita uma incursão na doutrina constitucional acerca da manifestação do Poder Constituinte Originário.

Sua importância é eminente na medida em que institui a ordem jurídica. É a intersecção das forças políticas e jurídicas que animam a sociedade. É a síntese dos trabalhos e dos anseios que diferentes grupos de poder que vivem na sociedade.

Ao menos a Constituição de 1988 foi assim construída.

Não é demais lembrar que ela foi edificada pela sociedade que visava a um governo democrático. Este veio transacionado. Dois anos (1986-1988) passaram-se para que os trabalhos ficassem prontos. Tensões políticas, participação da sociedade, debates jurídicos, tudo isso é encontrado no texto originário.

Como obra que é do Poder Constituinte Originário - nós, o povo - a Carta tem pretensões de permanecer, enquanto nós pudermos nela confiar. De suas construções normativas devem advir respostas aos problemas sociais mais tormentosos, mais atuais.

Se o texto original não pôde prever todos os embates e problemas futuros, coisa normal, dado que o trabalho humano não evoluiu ao nível de desvendar o futuro, os mecanismos de reforma constitucional permitiram a atualização do texto originário, que se diga, há muito não é mais o mesmo.

Dois são os principais mecanismos de atualização/reforma da Constituição, a mutação e a reforma via emenda constitucional ou revisão.

A mutação é a mudança atribuída à exegese do texto normativo. Este permanece o mesmo, embora o sentido e alcance não.

Vimos que princípios e regras se comportam de modo diferente diante do fenômeno da mutação.

Fato é que esta, a mutação, existe e revela-se elementar para apaziguar respostas a anseios sociais.

A questão do casamento homoafetivo é bem ilustrativo. O artigo 226, §3º, reconhece a união estável entre homem e mulher. Formalmente seu texto é o mesmo. Materialmente a exegese que lhe foi dada não. O Supremo Tribunal Federal, em casos notórios de jurisdição abstrata, cristalizou o entendimento, em 2011, de que a união estável entre pessoas do mesmo sexo é tão protegida juridicamente quanto as que possuem orientação heterossexual.

Na doutrina e jurisprudência já se fala em poliamor, como uma das formas reconhecidas de família, instituição essa que segundo o texto originário se resume a homem e mulher.

Vejamos que a mutação constitucional atendeu a um dos grandes anseios sociais, a isonomia jurídica entre pessoas independentemente da orientação sexual, questão atinente tão só à vida íntima e privada dos indivíduos.

O Estado não pode discriminar indivíduos por sua orientação sexual, eis o fundamento, que não resta expresso do texto

formal originário, mas que foi construído por mutação constitucional, permitindo com isso uma resposta jurídica a um problema que ganhou força após 1988.

A reforma constitucional é outra importante ferramenta de atualização da Constituição para que responda pelos anseios sociais.

Até o final de 2017 o texto originário já foi emendado mais de 90 vezes, mais as seis vezes decorrentes da revisão constitucional de 1994.

Não é difícil ver que o texto ora vigente não é o mesmo que o de outrora, muito menos, as normas construídas por meio deles, os textos.

Frise-se que o texto da norma não se confunde com a norma em si, fruto da interpretação.

Seguindo a filosofia de Ludiwig Wittgenstein, que nos ensina que o limite de nossos mundos é o limite de nossa linguagem, conclui-se que por meio desta construímos o mundo em que vivemos.

Ora se a norma se extrai da interpretação (construção pela linguagem), o mundo em que vivemos se atualiza conforme vamos interpretando as normas que nos regem.

Isso as dota capacidade suficiente de se perenizarem, até que um dia, dada à evolução social, precisemos de novos textos, com novos possíveis significados, indicado, pois, que a sociedade mudou.

Enquanto não chegada essa hora, continuaremos a construir diferentes mundos com base nos mesmos textos, tamanho o poder da linguagem. Até onde se revelar possível a reforma via emenda, assim se procederá, até que seja a hora de o Originário se manifestar, novamente, saindo de sua latência.

Esses são os fatores principais a explicar o porquê a atual Carta, dentre as edificadas por vias democráticas, se tornou a mais longeva.^[69]

A de 1934 durou tempo insuficiente para ser testada, dado que em 1937 foi suplantada pelo Estado Novo.

A Constituição de 1946 perdurou até 1964, ano do golpe militar, portanto menos de 20 anos.

A atual Carta Política de 1988 já atinge os seus quase 30 anos de idade, num período de grandes mudanças sociais.

Pensamos que o segredo de seu aparente sucesso enquanto texto normativo, seja a possibilidade de atualizar o seu texto, via Poder Judiciário, por meio da mutação constitucional, ou via Poderes Legislativo e Executivo detentores do poder reformador (levando-se em consideração a iniciativa da proposta).

Isso sem falar na possibilidade de a sociedade, por meio de seus movimentos sociais, poder interferir no processo de construção das normas (seja pela exegese, seja pela pressão na aprovação de um projeto de emenda em tramitação), revelando-se que a Constituição de 1988, com todas as críticas que sobre ela recaem, tem-se mostrado efetivamente democrática.

Prova disso é que, neste ano, final de 2015, discutiu-se novamente se um Presidente da República deve perder seu cargo. Sendo que em 2016 foi impedido de exercê-lo, assumindo o seu vice. Tal situação só é concebível em um Estado Democrático de Direito, com imprensa livre e instituições minimamente sólidas. Eis a segunda vez que isso ocorre no Brasil, durante a vigência da mesma Constituição, ou seja, não houve um golpe de Estado, mas apenas o uso das regras do jogo^[70].

O fato é que, apesar de toda a instabilidade, os grandes problemas institucionais, por enquanto, estão sendo resolvidos com base na atual Carta Política.

Até agora, não se bradou de forma mais voraz a necessidade de uma nova constituinte, apenas se esta a pensar quais os rumos interpretativos e reformadores de que a atual Constituição precisa.

Novamente a Constituição no centro das questões como o elemento capaz de resolver nossos problemas mais graves e atuais.

Essa capacidade e importância, sem dúvida alguma, é decorrente da capacidade que o trabalho do Constituinte de 1988 tem de se atualizar, não fosse isso, talvez já não vigorasse há muito.

Verifica-se, portanto, que o Poder Constituinte Originário ainda se faz presente, por dois motivos, primeiro, pois vivemos sob os mesmos auspícios de 1988 e, apesar de toda a mudança social, as bases por nós divididas, ainda são as mesma, ainda vigora o mesmo *ethos* social; segundo, pois a Reforma Constitucional formal e informal – respeitados os limites que lhes são inerentes – permitiu que o texto originário não se tornasse obsoleto.

Eis o segredo do sucesso da atual Carta Política, que se mostra cada vez mais importante, na medida em que os problemas institucionais e os problemas sociais encontram nela as respostas buscadas.

Apenas se faz uma ressalva ao até agora sucesso da Constituição. Será que ela tem fôlego para enfrentar mais uma década, mesmo após quase 100 emendas em 30 anos, sem contar as 6 emendas revisionais?

A excessiva quantidade de reformas constitucionais pode estar a revelar que a jovem carta de 1988 talvez esteja a dar sinais de que ou não é tão jovem, ou a sociedade se transformou de modo que ela não consegue mais acompanhar, exceto por remendos. Mister lembrar que muitas reformas foram casuísticas (manutenção dos municípios criados ao arrepio das normas constitucionais, para ficar apenas com um exemplo) e outras estruturais (reforma administrativa e reforma do judiciário).

Logo, vê-se que não é mais a mesma carta de 1988. Nem poderia sê-lo, pois de 1988 até 2017, data em que esse texto é revisitado, muitas mudanças sociais ocorreram. Eric Hobsbawm defende que o século XX começou em 1914 e terminou em 1991, não seguindo com isso seus marcos numéricos (1901-2000). Isso, pois as bases do século XX foram lançadas com o fim da era imperialista, que culminou com a primeira guerra mundial, mas se encerram estruturalmente, dando início à outra era histórica, com a queda da União Soviética, em 1991. Seguindo essa linha de ideia, a Constituição de 1988 está ultrapassada. Sem adentrar nesse tema, que requer uma análise histórica, o que não é objeto deste estudo, o que se pode constatar é que o seu aparente sucesso em vigorar por esses últimos 30 anos, e ser o ponto central de resolução dos problemas latentes da sociedade brasileira, foi o poder de ser interpretada com diversas possibilidades semânticas, bem como o poder de ser formalmente reformada. Saber quantas mais mutações seu texto permite ou quantas reformas aguentará é exercício de futurologia.

Por fim, o sucesso de uma Constituição não pode ser avaliado durante a sua vigência, dado que não é possível analisar com precisão qualquer estrutura apenas com a visão interna. A tarefa de analisar se uma Constituição é ou não bem sucedida é papel da história, ao avaliar o contexto em que foi produzida e se atingiu minimamente aquilo que prometeu. Por isso, se encerra a dizer que o aparente sucesso atual carta constitucional vigente, deve-se às diferentes formas pelas quais o Poder Constituinte Derivado pode se manifestar.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5 – ed. alemã. Theorie der Grundrechte. Suhrkamp Verlag. 2006. São Paulo: Malheiros. 2008 .*

ARENDT, HANNAH. *Origens do totalitarismo: Hannah Arendt; tradução Roberto Raposo. – São Paulo : Companhia das Letras, 2012.*

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios, da definição à aplicação dos princípios jurídicos, 12. ed. Malheiros. 2011.*

BARROSO, Luís Roberto Barroso. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo – 2. ed. – São Paulo: Saraiva. 2010.*

BARROSO, Luís Roberto Barroso. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora – 7.ed.rev. – São Paulo: Saraiva, 2009.*

_____. *O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro, 5ª Edição. Ed. Saraiva. 2011.*

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. COELHO, Inocência Mártires. MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional. 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.*

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional. 26. ed. Malheiros. 2010.*

BULFINCH, THOMAS, 1796-1867. *O livro de ouro da mitologia: histórias de deuses e heróis / Thomas Bulfinch; tradução David Jardim. – Rio de Janeiro: Ediouro, 2006.*

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional – Teoria do Estado e da Constituição e Direito Constitucional Positivo. Ed. Del Rey. 14ª edição. 2008.*

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério / Ronald Dworkin; tradução e notas Nelson Boeira. – São Paulo: Martins Fontes, 2002. – (Justiça e direito)*

FUSTEL DE COULANGES, NUMA DENIS, 1830-1889. *A cidade antiga: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma / Fustel de Coulanges; tradução Roberto Leal Ferreira. – São Paulo: Martin Claret, 2009. – (Coleção a obra-prima de cada autor ; 2)*

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição. Sergio Antonio Fabris Editor. 1991.*

HOBASBAWM, Eric. *A Era dos Extremos: o breve século xx: 1914-1991; tradução Marcos Santarrita ; revisão técnica Maria Célia Paoli. São Paulo : Companhia das Letras, 1995.*

STRAUSS, Claude Levi. *Antropologia Estrutural. 6. ed. Biblioteca Tempo Universitário – 7. Tempo Brasileiro Ltda.*

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade, 3ª Edição, 21ª Tiragem. Ed. Malheiros. 2012.*

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo. 28. ed. Malheiros. 2011.*

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional / Alexandre de Moraes. – 23. Ed. – São Paulo : Atlas, 2008.*

Os clássicos da política, 1 / Francisco C. Weffort, organizador. – 14.ed. – São Paulo : Ática, 2006.

Os clássicos da política, 2 / Francisco C. Weffort, organizador. – 14.ed. – São Paulo : Ática, 2006.

KELSEN, HANS, 1881-1973. *Teoria pura do direito / Hans Kelsen; [tradução João Baptista Machado]. – 6ª ed. – São Paulo : Martins Fontes, 1998. – (Ensino Superior)*

REALE, Miguel. *Noções Preliminares de Direito / Miguel Reale. – 27. ed. ajustada ao novo código civil – São Paulo: Saraiva, 2002.*

STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito / Lenio Luiz Streck. 8. ed. rev. Atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2009.*

WITTGENSTEIN, Ludiwig. *Investigações filosóficas / Ludwig Wittgenstein; tradução de José Carlos Bruni. – 2. ed. – São Paulo: Abril Cultural, 1979.*

_____. *Tratatus Logico-Philosophicus / Ludwig Wittgenstein; Tradução, apresentação e estudo introdutório de Luiz*

Henrique Lopes dos Santos; [Introdução de Bertrand Russell]. – 3. ed. 2. Reimpr. – São Paulo: Editora Universidade de São Paulo, 2010.
NOTAS:

[1] BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. COELHO, Inocência Mártires. MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

[2] MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional / Alexandre de Moraes*. – 23. Ed. – São Paulo : Atlas, 2008, p. 28.

[3] BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26. ed. Malheiros. 2010, p. 141.

[4] CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional – Teoria do Estado e da Constituição e Direito Constitucional Positivo*. Ed. Del Rey. 14ª edição, 2008. p.251.

[5] BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26. ed. Malheiros. 2010, p. 141.

[6] BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo, os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. Ed. Saraiva. 2ª edição, p. 109.

[7] Alguns autores classificam do seguinte modo: histórico (primeira Constituição dentro de um Estado); Revolucionário; e Transicional.

[8] BARROSO, Luís Roberto. *Op. Cit.*, p. 99.

[9] BONAVIDES, Paulo. *Op. Cit.*, p. 158/159.

[10] BARROSO, Luís Roberto. *Op. Cit.*, p. 109.

[11] MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional / Alexandre de Moraes*. – 23. Ed. – São Paulo : Atlas, 2008, p. 28.

[12] *Idem*.

[13] *Ibidem*.

[14] BARROSO, Luís Roberto. *Op. Cit.*, p. 110 - 117.

[15] ARENDT, HANNAH. *Origens do totalitarismo: Hannah Arendt; tradução Roberto Raposo*. – São Paulo : Companhia das Letras, 2012.

- [16] BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo, os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. Ed. Saraiva. 2ª edição, p. 121.
- [17] BULFINCH, THOMAS, 1796-1867. *O livro de ouro da mitologia: histórias de deuses e heróis / Thomas Bulfinch; tradução David Jardim*. – Rio de Janeiro: Ediouro, 2006. p. 234
- [18] MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional / Alexandre de Moraes*. – 23. Ed. – São Paulo : Atlas, 2008.p. 29.
- [19] BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo, os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. Ed. Saraiva. 2ª edição, p. 145/146.
- [20] BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26. ed. Malheiros. 2010. p. 146.
- [21] BARROSO, Luís Roberto. *Op. Cit.*, p. 145.
- [22] *Ibidem*, p.140/141.
- [23] *Ibidem*, p. 142.
- [24] MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional / Alexandre de Moraes*. – 23. Ed. – São Paulo : Atlas, 2008. p. 29.
- [25] É polêmica a questão sobre o poder municipal de editarem suas próprias leis orgânicas. Este trabalho não adentrará ao tema, limitando-se a seguir a orientação predominante no sentido de que os Municípios não são titulares de fração do Poder Constituinte Derivado.
- [26] *Ibidem*.
- [27] BARROSO, Luís Roberto. *Op. Cit.*, p. 147.
- [28] “Art. 3º. A revisão constitucional será realizada após cinco anos, contados da promulgação da Constituição, pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral.”
- [29] Novamente se faz a ressalva de que não se adentrará no campo da discussão acerca de os Municípios serem (ou não) titulares do Poder Derivado Decorrente.
- [30] “Art. 11. Cada Assembléia Legislativa, com poderes constituintes, elaborará a Constituição do Estado, no prazo de um ano,

contado da promulgação da Constituição Federal, obedecidos os princípios desta.

Parágrafo único. Promulgada a Constituição do Estado, caberá à Câmara Municipal, no prazo de seis meses, votar a Lei Orgânica respectiva, em dois turnos de discussão e votação, respeitado o disposto na Constituição Federal e na Constituição Estadual.”

[31] *“Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição.”*

[32] *Art. 32. O Distrito Federal, vedada sua divisão em Municípios, reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos com interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços da Câmara Legislativa, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição.*

[33] BARROSO, Luís Roberto. *Op. Cit.*, p. 147.

[34] BONAVIDES, Paulo. *Op. Cit.*, p. 196/198.

[35] FUSTEL DE COULANGES, NUMA DENIS, 1830-1889. *A cidade antiga: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma / Fustel de Coulanges; tradução Roberto Leal Ferreira.* – São Paulo: Martin Claret, 2009. – (Coleção a obra-prima de cada autor ; 2)

[36] BARROSO, Luís Roberto. *Op. Cit.*, p. 128.

[37] *Ibidem*.p. 128, nota de rodapé nº 15.

[38] HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição.* Sergio Antonio Fabris Editor. 1991.

[39] BARROSO, Luís Roberto. *Op. Cit.*, p. 127.

[40] KELSEN, HANS, 1881-1973. *Teoria pura do direito / Hans Kelsen; [tradução João Baptista Machado].* – 6ª ed. – São Paulo : Martins Fontes, 1998. – (Ensino Superior)

[41] BARROSO, Luís Roberto Barroso. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora – 7.ed.rev.* – São Paulo: Saraiva, 2009.

[42] BARROSO, Luís Roberto Barroso. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo – 2. ed.* – São Paulo: Saraiva. 2010.p.130/131

[43] BARROSO, Luís Roberto Barroso. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo – 2. ed.* – São Paulo: Saraiva. 2010.p.123/139.

[44] *Pode ser assim sintetizada tal dificuldade: Como explicar que uma minoria anule a decisão de uma maioria? Os fundamentos da resposta positiva residem na defesa da democracia, na preservação dos direitos fundamentais das minorias e preservação da identidade constitucional.*

[45] BARROSO, Luís Roberto Barroso. *Op. Cit.*, p.139.

[46] *“Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:*

I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;

II - do Presidente da República;

III - de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

§ 1º A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.

§ 2º A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

§ 3º A emenda à Constituição será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem.

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

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.

§ 5º A matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa.”

[47] BARROSO, Luís Roberto Barroso. *Op. Cit.*,p.147/149.

[48] BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 26. ed. Malheiros. 2010. p.198.

- [49] *Ibidem* a 46 p. 152/155.
- [50] *Ibidem*, p. 158.
- [51] *Ibidem*, p. 159
- [52] *Ibidem*, p. 151.
- [53] BONAVIDES, Paulo. *Op. Cit.*, p.200.
- [54] BARROSO, Luís Roberto Barroso. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo – 2. ed. – São Paulo: Saraiva. 2010.p.150.*
- [55] *Idem*, p.160.
- [56] *Ibidem*, p. 163.
- [57] *Ibidem*, p. 168.
- [58] *Ibidem*, p.166/167.
- [59] BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional. 26. ed. Malheiros. 2010. p.202.*
- [60] BARROSO, Luís Roberto Barroso. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo – 2. ed. – São Paulo: Saraiva. 2010.p.165.*
- [61] BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional. 26. ed. Malheiros. 2010. p.203.*
- [62] Art. 5º, XXXVI – *a lei na prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.*
- [63] *A diferença entre a retroatividade média e mínima é a pendência dos efeitos dos atos. Na média, somente se desfaz o que está pendente, dado que o que já em usufruto não é atingido; na mínima, se desfaz os efeitos que se prolongam no tempo, ainda que de atos já perfeitos e eficazes no passado. Se a mínima atinge os efeitos presentes e futuros dos atos pretéritos perfeitos e eficazes; a média atinge somente os efeitos pendentes dos atos perfeitos, mas não eficazes, pendentes, v.g. de uma condição accidental para a sua realização.*
- [64] BARROSO, Luís Roberto Barroso. *Op. Cit.*, p. 188.
- [65] MS 24.875-1, *Rel. Min. Sepúlveda Pertence.*

[66] BARROSO, Luís Roberto Barroso. Op. Cit., p. 186/187..

[67] *(consulta realizada aos 23/12/2015)*

[68] *Aqui no Brasil algumas alcunhas são atribuídas a esses grupos, como os “ruralistas”, a “bancada evangélica”, o “grupo da bala”, etc. Cada segmento social acaba por se sentir representado por esses grupos em opiniões e posições políticas, nada mais natural numa Democracia.*

[69] *Aqui não se considera a Constituição de 1891, como verdadeiramente democrática, a despeito de promulgada, pois na verdade ela instituiu e perpetuou mecanismos de poder (a Política do Café com Leite), que permitiu o exercício do poder político por oligarquias. Inclusive esse jogo entre apenas São Paulo e Minas Gerais (regra) levou à ruptura do sistema, com a revolução ou golpe de Getúlio Vargas, que culminou com a Constituição Polaca, de 1937.*

[70] Não se avaliará aqui se foi ou não um golpe político, no sentido de ser um golpe de Estado (inversão da ordem vigente), dado que este não é objeto do texto. Apenas se pontua que numa ditadura, tal debate não ocorreria. Com todos os vícios que podem ter ocorrido, o impeachment da então Presidente da República, foi construído por debate público que só foi possível, pois há aqui no Brasil uma democracia, que apesar de jovem (30 anos, praticamente) parece ter se consolidado. As eleições de 2018 serão um grande teste. Sem futurologia, apenas se afirma, vivemos numa democracia e que assim seja por muito tempo.

INCORPORAÇÃO DE QUINTOS/DÉCIMOS NO SERVIÇO PÚBLICO. PERÍODO COMPREENDIDO ENTRE A EDIÇÃO DA LEI 9.624/1998 E A MEDIDA PROVISÓRIA 2.225-45/2001

MARCO AURÉLIO ROSA DE DEUS:
Formado na AUDF. Advogado da União.

1. INTRODUÇÃO

A incorporação de quintos foi regulamentado pelo o art. 180 da Lei nº 1.711/1952, Estatuto dos Servidores Públicos Civis da União, assim:

Art. 180. O funcionário que contar mais de 35 anos de serviço público será aposentado:a) com as vantagens da comissão ou função gratificada em cujo exercício se achar, desde que o exercício abranja, sem interrupção, os cinco anos anteriores;

b) com idênticas vantagens, desde que o exercício do cargo em comissão ou da função gratificada tenha compreendido um período de dez anos, consecutivos ou não, mesmo que, ao aposentar-se, o funcionário já esteja fora daquele exercício.

§ 1º No caso da letra b dêste artigo, quando mais de um cargo ou função tenha sido exercido, serão atribuídas as vantagens do maior padrão, desde que lhe corresponda um exercício mínimo de dois anos; fora dessa hipótese, atribuir-se-ão as vantagens do cargo ou função de remuneração imediatamente inferior.

§ 2º A aplicação do regime estabelecido neste artigo exclui as vantagens instituídas no artigo 184, salvo o direito de opção.

O Art. 193 da Lei 8.112/90, Estatuto do Servidor Público Federal em vigor, dispunha que se o servidor que tiver exercido função de direção, chefia, assessoramento, assistência ou cargo em comissão, por período de 5 (cinco) anos consecutivos, ou 10 (dez) anos interpolados, poderá aposentar-se com a gratificação da função ou remuneração do cargo em comissão, de maior valor, desde que exercido por um período mínimo de 2 (dois) anos.

O referido dispositivo legal foi revogado pela Lei nº 9.527, de 10.12.97.

2. FORMAS REMUNERATÓRIA NO SERVIÇO PÚBLICO – SUBSÍDIO - REMUNERAÇÃO

No serviço público há basicamente dois institutos no que se refere ao sistema remuneratório pelo serviço prestado, subsídio e remuneração.

Em relação ao subsídio o art. 39, § 4º da Constituição federal dispõe que:

Art. 39, § 4º O membro de Poder, o detentor de mandato eletivo, os Ministros de Estado e os Secretários Estaduais e Municipais serão remunerados exclusivamente por subsídio fixado em parcela única, vedado o acréscimo de qualquer gratificação, adicional, abono, prêmio, verba de representação ou outra espécie remuneratória, obedecido, em qualquer caso, o disposto no art. 37, X e XI. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

Para Bandeira de Mello (2002, pag. 249):

Subsídio é a denominação atribuída à forma remuneratória de certos cargos, por força da qual a retribuição que lhes concere se efetua por meio dos pagamentos mensais de parcelas

únicas, ou seja, indivisas e insuscetíveis de aditamentos ou acréscimos de qualquer espécie (...)

Assim, percebe-se que remunera-se-ão por subsídios os agentes políticos. Para os demais servidores públicos, a forma de retribuição pelo serviço prestado é a remuneração.

A remuneração é composta do vencimento básico do cargo, somado com gratificações e vantagens, que somente poderão ser fixados ou alternados por lei específica (art. 37, X, CF/88).

Para Carvalho Filho (2012, pág. 740):

Remuneração é o montante percebido pelo servidor público a título de vencimentos e de vantagens pecuniárias. É, portanto, o somatório das várias parcelas pecuniárias a que faz jus, em decorrência de sua situação funcional.

REMUNERAÇÃO BÁSICA – A remuneração básica consiste na importância correspondente ao cargo ou emprego do servidor. Cuida-se do núcleo remuneratório. A ele podem, ou não, ser acrescentadas outras parcelas.

Vencimento é a retribuição pecuniária que o servidor percebe pelo exercício de seu cargo (...).

No entanto, com exceção de parcelas de caráter indenizatórias previstas em lei, os dois institutos remuneratório do serviço público devem observar o teto constitucional (art. 37, XI, CF).

3. DO DIREITO À INCORPORAÇÃO - VPNI

Os servidores que fazem jus à incorporação de quintos/décimos tiveram o benefício transformado em vantagem pessoal nominal individual (VPNI).

Assim, o art. 2º da Lei 9.624/98 estabelece que serão consideradas transformadas em décimos, a partir de 1º de novembro de 1995 e até 10 de novembro de 1997, as parcelas incorporadas à remuneração, a título de quintos, observado o limite máximo de dez décimos.

Até a edição da Lei 9.624/98, era tranquilo o entendimento de terem sido os quintos/décimos extintos, a despeito da menção à Lei 8.911/94.

A partir da MP nº 2.225-45/01, que acrescentou o art. 62-A à Lei 8.112/90, surgiu o entendimento de que referido marco regulatório seria o novo limite temporal à aquisição do direito à incorporação de quintos/décimos.

No entanto, a simples menção, no texto da MP nº 2.225-45/2001, dos arts. 3º e 10 da Lei nº 8.911/94, e do art. 3º da Lei nº 9.624/98, não parece ter o condão de repreciná-los, ressuscitando vantagem extinta desde 08/04/1998 (data da publicação da Lei nº 9.624/98).

O fenômeno da reprecinação, não é presumível, deve ter suporte em norma expressa, em razão do art. 2º, § 3º, da LINDB, o que não ocorreu.

O Supremo Tribunal Federal, sob a Relatoria do Ministro Gilmar Mendes, entende que o direito à incorporação de qualquer parcela remuneratória – quintos ou décimos – já estava extinto desde a Lei 9.527/97, ressaltando que a MP 2.225-45/2001 não veio para extinguir definitivamente o direito à incorporação que teria sido revigorado pela Lei 9.624/1998, mas para transformar em Vantagem Pessoal Nominalmente Identificada (VPNI) a incorporação das parcelas a que se referem os artigos 3º e 10 da Lei 8.911/1994 e o artigo 3º da Lei 9.624/1998.

Pela importância do tema, trancreve-se a notícia publicada no sítio do STF (19/03/2015), assim:

Por maioria dos votos, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) deu provimento ao Recurso Extraordinário (RE) 638115, que discute a constitucionalidade da incorporação de quintos por servidores públicos em função do exercício de funções gratificadas no período compreendido entre a edição da Lei 9.624/1998 (2 de abril de 1998) e a Medida Provisória 2.225-45/2001 (4 de setembro de 2001). A matéria, com repercussão geral reconhecida, alcança mais de 800 casos sobrestados em outras instâncias da Justiça.

O RE foi interposto pela União contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que reafirmou entendimento de que é possível a incorporação dos quintos – valor de um quinto da função comissionada por ano de exercício, até o limite de cinco anos, que se incorporava à remuneração – no caso em questão. No STF, a União sustentou que não existe direito adquirido a regime jurídico e que o acórdão questionado teria violado os princípios da legalidade e da indisponibilidade do interesse público.

Julgamento

O relator da matéria, ministro Gilmar Mendes, votou pelo conhecimento do recurso. Ele foi seguido pelos ministros Teori Zavascki, Dias Toffoli, Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski. Nesse ponto, ficaram vencidos os ministros Luiz Fux e Celso de Mello, bem como as ministras Rosa Weber e Cármen Lúcia, ao

entenderem que o RE refere-se a matéria infraconstitucional.

Em seguida, o ministro Gilmar Mendes votou pelo provimento do recurso. Para ele, o direito à incorporação de qualquer parcela remuneratória – quintos ou décimos – já estava extinto desde a Lei 9.527/1997. O ministro ressaltou que “a MP 2.225-45/2001 não veio para extinguir definitivamente o direito à incorporação que teria sido revigorado pela Lei 9.624/1998, como equivocadamente entenderam alguns órgãos públicos, mas apenas e tão somente para transformar em Vantagem Pessoal Nominalmente Identificada (VPNI) a incorporação das parcelas a que se referem os artigos 3º e 10 da Lei 8.911/1994 e o artigo 3º da Lei 9.624/1998”.

Ele lembrou que, conforme a Procuradoria Geral da República (PGR), “em nenhum momento a MP 2.225 estabeleceu novo marco temporal à aquisição de quintos e décimos, apenas transformou-os em VPNI, deixando transparecer o objetivo de sistematizar a matéria no âmbito da Lei 8.112/1990, a fim de eliminar a profusão de regras sobre o mesmo tema”.

Segundo o relator, o restabelecimento de dispositivos normativos – que permitiam a incorporação dos quintos ou décimos e foram revogados anteriormente – somente seria possível por determinação expressa da lei. “Em outros termos, a reconstituição de normas, no ordenamento pátrio, depende de expressa determinação legal, como dispõe o parágrafo 3º do artigo 3º da Lei de Introdução do Código

Civil”, disse ao citar que a manifestação da PGR foi nesse sentido.

De acordo com o ministro Gilmar Mendes, se a MP 2.225/2001 não repristinou expressamente as normas que previam a incorporação de quintos, “não se poderia considerar como devida uma vantagem remuneratória pessoal não prevista no ordenamento jurídico”. Ele salientou que a concessão de vantagem a servidores somente pode ocorrer mediante lei em sentido estrito, com base no princípio da reserva legal.

“Embora a MP tenha se apropriado do conteúdo das normas revogadas, mencionando-as expressamente, não teve por efeito revigorá-las, reinserindo-as no ordenamento jurídico”, avaliou o ministro. Ele destacou que a irretroatividade das leis é princípio geral do ordenamento jurídico brasileiro, cuja finalidade é preservar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito, em homenagem ao princípio da segurança jurídica.

Dessa forma, o ministro Gilmar Mendes concluiu que, se não há lei, não é devida a incorporação de quintos e décimos. “Não há no ordenamento jurídico norma que permita essa ressurreição dos quintos e décimos levada a efeito pela decisão recorrida, por isso inequívoca a violação ao princípio da legalidade”, entendeu ao frisar que “não se pode revigorar algo que já estava extinto por lei, salvo mediante outra lei e de forma expressa, o que não ocorreu”. No mérito, o relator foi seguido por maioria,

vencidos os ministros Luiz Fux, Cármen Lúcia e Celso de Mello, que negaram provimento ao RE.

Com o intuito de preservar os servidores que receberam as verbas de boa-fé, o Plenário modulou os efeitos da decisão para que não haja a repetição do indébito, vencido nesse ponto o ministro Marco Aurélio.

4. DIREITO ADQUIRIDO – IMPOSSIBILIDADE DE SERVIDOR TRANSPORTAR VANTAGENS PESSOAIS ADQUIRIDAS DE UM PARA OUTRO CARGO.

O STF entende inexistir direito adquirido a regime jurídico, no âmbito do regime remuneratório do funcionalismo, o que pode ser conferido, dentre outros, nos seguintes julgados: (RE 164750, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, 1ª Turma, j. em 02/12/1997, DJ 13-02-1998; RE 446767 AgR, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, 1ª Turma, julgado em 30/08/2005, DJ 03-03-2006; RMS 23998, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, 2ª Turma, julgado em 19/06/2007, DJe-087 DIVULG 23-08-2007 PUBLIC 24-08-2007 DJ 24-08-2007; RE 602029 AgR, Relator(a): Min. EROS GRAU, 2ª Turma, julgado em 02/02/2010, DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010).

Julgando o RE nº 587.371, submetido ao regime do art. 543-B do CPC, o STF, com caráter vinculante, decidiu ser impossível ao servidor transportar as vantagens pessoais adquiridas no exercício de determinado cargo público para outro cargo no qual venha a ser nomeado posteriormente.

Nete ponto o tema é bastante sensível, tendo em vista que há um considerado número de agentes políticos, tais como magistrados, membros do ministério público, defensores, que ocupavam cargos públicos e que adquiriram o direito aos quintos/décimos e ao assumirem referidos cargos pretendem incorporar as vantagens.

Na área federal, a Advocacia-Geral da União defende a tese da incompatibilidade de acumulação de subsídios com quintos/décimos, haja vista a forma de remuneração de agentes políticos ser por subsídios.

5. TETO CONSTITUCIONAL – ART. 37, XI, CF/88

O teto constitucional se aplica sobre a vantagem somada ao subsídio. Sobre o tema, o STF, nos autos do Recurso Extraordinário afeto à técnica da repercussão geral (RE nº 606358), decidiu que todas as rubricas, seja de caráter pessoal ou funcional, submetem-se ao teto do funcionalismo, ainda que deferidas antes do advento da EC nº 41/03, Assim:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL. SERVIDORES PÚBLICOS. REMUNERAÇÃO. INCIDÊNCIA DO TETO DE RETRIBUIÇÃO. VANTAGENS PESSOAIS. VALORES PERCEBIDOS ANTES DO ADVENTO DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 41/2003. INCLUSÃO. ART. 37, XI e XV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. 1. Computam-se para efeito de observância do teto remuneratório do art. 37, XI, da Constituição da República também os valores percebidos anteriormente à vigência da Emenda Constitucional nº 41/2003 a título de vantagens pessoais pelo servidor público, dispensada a restituição dos valores recebidos em excesso de boa-fé até o dia 18 de novembro de 2015. 2. O âmbito de incidência da garantia de irredutibilidade de vencimentos (art. 37, XV, da Lei Maior) não alcança valores excedentes do limite definido no art. 37, XI, da Constituição da República. 3. Traduz afronta direta ao art. 37, XI e XV, da Constituição da República a exclusão, da base de incidência do teto remuneratório, de

valores percebidos, ainda que antes do advento da Emenda Constitucional nº 41/2003, a título de vantagens pessoais. 4. Recurso extraordinário conhecido e provido. (RE 606.358/SP, Rel. MINISTRA ROSA WEBER, Plenário, STF, julgamento 18/11/2015, DJ-e 01/04/2016)

No mesmo sentido, é importante ressaltar que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário nº. 609.381/GO, com repercussão geral reconhecida, decidiu que o teto remuneratório estabelecido pela Emenda Constitucional nº. 41/2003 possui eficácia imediata, sendo submissas a ele todas as verbas de natureza remuneratória recebidas pelos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, ainda que adquiridas de acordo com regime legal anterior.

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO.
TETO DE RETRIBUIÇÃO. EMENDA
CONSTITUCIONAL 41/03. EFICÁCIA
IMEDIATA DOS LIMITES MÁXIMOS NELA
FIXADOS. EXCESSOS. PERCEPÇÃO NÃO
RESPALDADA PELA GARANTIA DA
IRREDUTIBILIDADE.

1. O teto de retribuição estabelecido pela Emenda Constitucional 41/03 possui eficácia imediata, submetendo às referências de valor máximo nele discriminadas todas as verbas de natureza remuneratória percebidas pelos servidores públicos da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, ainda que adquiridas de acordo com regime legal anterior.

2. A observância da norma de teto de retribuição representa verdadeira condição de legitimidade para o pagamento das remunerações no serviço público. Os valores

que ultrapassam os limites pré-estabelecidos para cada nível federativo na Constituição Federal constituem excesso cujo pagamento não pode ser reclamado com amparo na garantia da irredutibilidade de vencimentos.

3. A incidência da garantia constitucional da irredutibilidade exige a presença cumulativa de pelo menos dois requisitos: (a) que o padrão remuneratório nominal tenha sido obtido conforme o direito, e não de maneira ilícita, ainda que por equívoco da Administração Pública; e (b) que o padrão remuneratório nominal esteja compreendido dentro do limite máximo pré-definido pela Constituição Federal. O pagamento de remunerações superiores aos tetos de retribuição de cada um dos níveis federativos traduz exemplo de violação qualificada do texto constitucional.

4. Recurso extraordinário provido.

RE 609381, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 02/10/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-242 DIVULG 10-12-2014 PUBLIC 11-12-2014

Em caso de redução de quintos/décimos, para que seja respeitado o disposto no art. 37, inciso XI, da CRFB/88, não viola o princípio da irredutibilidade da remuneração, tendo em vista que o dispositivo deixa claro que é possível a redução da remuneração para a aplicação do teto.

6. CONCLUSÃO

Portanto, a incorporação de quintos/décimos no serviço público referente ao período compreendido entre a edição da lei 9.624/1998 e a medida provisória 2.225-45/2001, não encontra respaldo na lei, doutrina ou jurisprudência pátria. E, em caso de incorporação lícita, há de se observar o teto constitucional (art. 337, XI, CF/88).

7. REFERÊNCIAS

1 - CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual do Direito Administrativo. 26ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2014.

2 - Constituição de 88. Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 14 de dezembro de 2017.

3 – Lei nº 8.112/1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112cons.htm. Acesso em 14 de dezembro de 2017.

4 - Lei nº 9.527, de 10.12.97. Altera dispositivos das Leis nºs 8.112, de 11 de dezembro de 1990, 8.460, de 17 de setembro de 1992, e 2.180, de 5 de fevereiro de 1954, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9527.htm. Acesso em 14 de dezembro de 2017.

5 - MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 15ª ed. São Paulo: Editora Malheiros S.A, 2002.

6 - STF – Supremo Tribunal Federal – disponível em <http://stf.jus.br/portal/teses/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4054666&numeroProcesso=638115&classeProcesso=RE&numeroTema=395>. Acesso em: 14 de dezembro de 2017.

RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PROVEDORES DE INTERNET NAS SITUAÇÕES EM QUE OCORRAM VIOLAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE PRIVACIDADE E LIBERDADE DE EXPRESSÃO, EM VIRTUDE DE CONTEÚDOS GERADOS POR TERCEIROS

MARIA CAROLINA DE ARAUJO LIMA:
Advogada. Especialista em Direito Constitucional. Bacharela em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco - UNICAP.

RESUMO: O presente estudo tem por escopo realizar uma análise sobre a responsabilidade civil dos provedores de Internet nas situações em que ocorram violação dos direitos à privacidade e à liberdade de expressão, em virtude de danos causados por conteúdos produzidos por terceiros. O cerne consiste em analisar a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema, edificada antes da vigência da Lei 12.965/2014, uma vez que a Corte Superior já definiu que o referido diploma legal não se aplica aos casos anteriores à sua vigência e, ainda, as disposições do novel diploma que passou a reger temática. Assim, foram pormenorizados os casos que abordam condutas do provedor em monitorar previamente o conteúdo publicado e o prazo para promover a remoção do conteúdo ofensivo. No que tange à metodologia adotada, foram utilizados preceitos doutrinários e análises jurisprudenciais, a fim de delimitar os critérios para responsabilidade civil do provedor e, concomitantemente, a reparação de prejuízos causados por publicação de conteúdo ofensivo.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil. Provedores. Internet. Lei nº 12.965/2014.

SUMÁRIO: 1.INTRODUÇÃO. DOS REFLEXOS DA INTERNET NOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE PRIVACIDADE E DE LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DA RESPONSABILIDADE CIVIL. 2.1 DO DIREITO À PRIVACIDADE. 2.2 DO DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO. 2.3 DA RESPONSABILIDADE CIVIL. 2.3.1 Conceito. 2.3.2 Elementos da responsabilidade civil. 2.3.3 Espécies de responsabilidade civil. 3 ANÁLISE DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL ACERCA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PROVEDORES DE SERVIÇOS DE INTERNET.3.1 DA RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PROVEDORES DE

INTERNET NA DOCTRINA. 3.2 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL NO ÂMBITO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA . 3.2.1 Da atuação do provedor de Internet em fiscalizar previamente o conteúdo publicado pelos usuários. 3.2.2 Do prazo para o provedor de Internet promover a retirada do conteúdo ilícito. 3.4 O MARCO CIVIL DA INTERNET - LEI 12.965/2014. 3.4.1 Confronto entre a posição majoritária da jurisprudência até agosto de 2014 com o disciplinado na nova lei. CONCLUSÃO REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUÇÃO

É inegável que o advento da Internet conferiu contornos significativos à compreensão do conceito de informação, revigorando de maneira sublime o seu valor. Em que pese o ambiente virtual ter possibilitado a ampla propagação de informações, as suas peculiaridades também contribuíram para o aumento de situações que envolvam problemas oriundos das relações estabelecidas na Internet. Esses conflitos, por sua vez, produzem reflexos na esfera jurídica.

No presente trabalho será dado enfoque à problemática que envolve a responsabilidade civil dos provedores de Internet por danos causados por conteúdo gerados por terceiros, conferindo especial atenção aos danos provocados por violação ao direito à privacidade e ao direito à liberdade de expressão. A escolha da temática se justifica em razão de o surgimento da Internet ter desencadeado inevitável reflexão acerca dos aspectos referentes à compreensão de determinados conceitos, como a definição de privacidade, liberdade de expressão, aliado à contemporaneidade do assunto, essencialmente, no que se refere ao advento de uma legislação específica sobre o tema.

Pretende-se com o presente trabalho contribuir para o estudo da definição dos critérios eficientes no momento de aplicar a obrigação de reparar danos, tendo em vista que, recentemente, o ordenamento jurídico pátrio passou a contar com diploma legal específico para reger o tema, o chamado Marco Civil da Internet, não aplicado para situações anteriores à sua vigência.

Ademais, serão explanados os efeitos que a Internet causou no exercício dos direitos de privacidade e liberdade de expressão, ambos

previstos na Constituição Federal de 1988. Em seguida, serão abordados aspectos atinentes ao instituto da responsabilidade civil, visitando seu conceito e ainda, seus elementos e tipos.

Por derradeiro, serão balizadas questões referentes à responsabilidade civil do provedor, a partir de uma análise sobre o posicionamento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça e que foi seguido pelos demais Tribunais pátrios, em atenção à falta de legislação que cuidasse especificamente do tema. Por conseguinte, será apresentada a legislação que entrou em vigor recentemente e que traz preceitos que disciplinam a temática em discussão – Lei 12.965/2014, conhecida como o Marco Civil da Internet, com a pretensão de comparar suas lições com o entendimento firmado pela jurisprudência pátria até a sua edição.

2 DOS REFLEXOS DA INTERNET NOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE PRIVACIDADE E DE LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DA RESPONSABILIDADE CIVIL

2.1 DO DIREITO À PRIVACIDADE

É cediço que a Internet guarda muitas peculiaridades que a fazem uma portentosa fonte de comunicação e pesquisa, traduzindo-se como meio de difusão do pensamento, sendo o intercâmbio de informações um de seus maiores desdobramentos. A informação transmitida de maneira ágil e capaz de disseminar ideias culminou na decisão da Organização das Nações Unidas em considerar, no ano de 2011, o acesso à Internet um direito humano fundamental^[1].

Por outro lado, o exercício do direito de acesso à Internet acabou por fragilizar o direito à privacidade. Tarcisio Teixeira^[2] destaca que “a privacidade na Internet pode ser violada com facilidade por causa da indiscriminada captação de dados, que enseja a formação de um perfil de usuário e que acarreta a comercialização desses dados”. A violação do direito à privacidade é facilitada pela mesma peculiaridade que torna a Internet uma ferramenta atrativa, qual seja, a facilidade em difundir e reproduzir informações, sem limites aparentes de localidade.

Nesse estudo, a expressão privacidade será usada em sentido amplo, como faz e recomenda José Afonso da Silva^[3] envolvendo todas as manifestações da esfera íntima, privada e da personalidade. A jurisprudência pátria já se portou nesse sentido, ou seja, em discutir a

privacidade abarcando o direito à intimidade, vida privada, honra e imagem. Unicamente para ilustrar o entendimento adotado neste trabalho, observa-se:

No respeitante ao inciso X, é de se considerar que a proteção constitucional à privacidade (intimidade, vida privada, honra e imagem) dirige-se à liberdade individual de ser, estar e agir, alcançando a esfera exclusiva da pessoa, ou seja, o campo da personalidade que concentra informações de interesse unicamente do seu titular ou de um grupo de convivência estreita. As informações abarcadas pelo direito à privacidade são, assim, destituídas de repercussão social”. Origem: Tribunal Regional Federal - 5ª Região Classe: Apelação Cível - AC312380/SE. Número do Processo: 200185000024517. Código do Documento: 72236. Data do Julgamento: 01/07/2003. Órgão Julgador: Quarta Turma. Relator: Desembargador Federal Francisco Cavalcanti. PUBLICAÇÕES. Diário da Justiça (DJ) - 02/09/2003 - Página 649.

Portanto, o conceito de privacidade adotado neste estudo será tratado em sentido amplo.

Da mesma forma, em âmbito internacional, o direito à privacidade igualmente recebe amparo, dado que o artigo 12 da Declaração Universal dos Direitos Humanos e o artigo 17 do Pacto Internacional sobre o Estado dos Direitos Civis e Políticos estabelecem que ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, familiar, em domicílio ou entre correspondências, e que todos têm o direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.

Nessa esteira Marcel Leonardi aponta^[4]:

Não se deve entender a tutela da privacidade como a proteção exclusiva de um indivíduo, mas sim como uma proteção necessária para a manutenção da estrutura social. A privacidade não é valiosa apenas para a vida privada de cada indivíduo, mas também para a vida pública e comunitária. Como

destaca GUSTAVO TEPEDINO, o direito à privacidade consiste em tutela indispensável ao exercício da cidadania.

Como bem destacou René Ariel Dotti^[5] a vida privada, genericamente, alcança todos os aspectos que as pessoas não gostariam que se tornassem públicos. Em apertada síntese, é o que não deve ser objeto do direito à informação, constituindo-se em um limite natural a esse direito. Ocorre que, consoante entendimento de Liliana Paesani^[6]:

“O desenvolvimento da informática colocou em crise o conceito de privacidade, e, a partir dos anos 80, passamos a ter um novo conceito de privacidade que corresponde ao direito que toda pessoa tem de dispor com exclusividade sobre as próprias informações, mesmo quando disponíveis em bancos de dados”.

É cediço que o advento da Internet facilitou a troca de informações, e a sua carência no tocante à segurança em armazenar e transmitir dados sigilosos moldou o conceito de privacidade. Com a finalidade de ajustar a definição de privacidade à realidade construída na sociedade pelas particularidades da Internet, partindo-se do pressuposto de que a ciência jurídica precisa acompanhar as mudanças no comportamento da coletividade, a jurisprudência pátria, empenhada nessas considerações, se preocupou em assumir um posicionamento:

Com o desenvolvimento da tecnologia, passa a existir um novo conceito de privacidade, sendo o consentimento do interessado o ponto de referência de todo o sistema de tutela da privacidade, direito que toda pessoa tem de dispor com exclusividade sobre as próprias informações, nelas incluindo o direito à imagem. (STJ, REsp 1168547/RJ, 4ª T, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 11/05/2010, v.u., DJe 07/02/2011).

Nas palavras de Rodotà^[7]:

Quando nos defrontamos com o tema privacidade no espaço cibernético, apresentam-se duas ordens de problemas: o primeiro reporta-se ao respeito à esfera privada alheia que nos conduz no terreno tradicional da tutela da privacidade. O segundo refere-se à privacidade de quem se movimenta naquele espaço e, conseqüentemente, requer o anonimato. Contudo os dois problemas estão destinados a se cruzarem e indaga-se quais serão as conseqüências se uma pessoa considerar que sua privacidade está sendo violada por uma informação anônima na rede.

Ao considerar que no âmbito da Internet as informações, a comunicação e a divulgação dos dados são feitos em um patamar de desmedido alcance, a violação da privacidade acabou por torna-se uma ameaça iminente.

Segundo Paesani^[8], nessa linha de entendimento, há uma alerta para necessidade de se obter algum controle do grande número de informações que circula por ela, preservando direitos fundamentais, como a privacidade. De certa forma, tem-se que foi construído um cenário onde a insegurança jurídica norteia a Internet e a proteção da privacidade dos usuários e dos dados sigilosos transmitidos precisa ser assegurada.

Na esfera da violação à privacidade, o aspecto mais polêmico é o que trata a respeito das “informações deixadas por alguém durante o uso rede e que são recolhidas pelos cookies” ^[9]. Esclarecendo, ainda segundo a autora, “cookies são absorventes de textos com informações sobre comportamento dos usuários da rede, as quais são utilizadas para várias finalidades ou vendidas para um mercado que as considera um produto de grande interesse” ^[10].

Diante disso, pode-se articular que objetivo do cookie é guardar os dados, a exemplo de nomes e senhas, para que não seja exigido que o usuário digite esses dados na oportunidade em que visite o site novamente. Ademais, com a captação dos dados do usuário, tendo em vista o seu comportamento virtual (preferências) e seus interesses, os cookies acabam por assumir um valor relevante para efeitos de direcionamento de anúncios de publicidade.

Apurada a definição de cookie, já é plausível antever que a preocupação relacionada ao adequadamente cognominado por Amaro Moraes Neto^[11] de “indigestos biscoitos da web”, em alusão à tradução do verbete para língua portuguesa, constitui-se na medida em que esses dados são utilizados indiscriminadamente e sem o devido esclarecimento aos usuários o que revela afronta ao direito à privacidade.

Nesse sentido, cabe trazer à baila o posicionamento do jurista Ivan Lira de Carvalho:

[...] aspecto da Internet que inquieta a todos aqueles que zelam pelo bom uso dessa genial ferramenta de aproximação dos povos, diz respeito à invasão dos microcomputadores pelos cookies, forma carinhosa (mas nem por isso menos preocupante) de tratamento dado a esses “biscoitinhos digitais”, que fazem a via inversa das conexões, entrando na intimidade do usuário sem pedir permissão e de forma imperceptível. São pequenos programas, “plantados” a partir de certas páginas web no computador do visitante destas, armazenando na máquina do usuário as informações colhidas quando ele passou por um determinado site. Aparentemente têm somente a finalidade de facilitar o retorno do usuário a determinados sites, posto que completa o URL sempre que o usuário começa a digitá-lo. Entretanto, são desvirtuados, passando a funcionar como autênticos espiões, gerando informações acerca das preferências do visitante, sempre que ele passa por uma determinada página virtual. Essa característica de ‘espião’ dos cookies, implica em violação ao direito à privacidade, ensejando providências judiciais inibitórias (restrição ou impedimento ao uso desses softwares) ou indenizatórias (quem sabe até por dano moral, decorrente da violação da intimidade do usuário)”.^[12].

Da mesma forma, Tarcisio Teixeira^[13] indica que a mera coleta de informações praticada pelo site, por meio de cookie, já pode configurar uma invasão de privacidade. De imediato, pode-se concluir ainda, que a própria instalação do cookie na ausência de consentimento do usuário, já caracteriza a invasão de privacidade, tendo em vista que a sua instalação configura a existência de uma captação informações de qualquer gênero e a posterior composição de banco de dados, muitas vezes, com o intuito de comercializar essas informações.

O adequado seria que o usuário fosse informado do funcionamento do cookie, sendo alertado acerca do real destino das informações que serão recolhidas. Sendo oportunizada ao usuário a escolha do uso do cookie, não haveria que se falar em violação da privacidade, caso optasse pela instalação dessa prática. Nesse trilho, já caminha a União Europeia, desde 2002, ao editar uma lei^[14] que determina que os cookies apenas possam atuar caso tenha sido esclarecido ao usuário o fato de que as suas informações poderão ser manipuladas. Acertadamente, o referido diploma legal esclarece, também, que o uso do cookie se traduz em uma espécie de espionagem da navegação do usuário.

2.2 DO DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO

A liberdade de expressão está garantida pelo texto constitucional no inciso IX do artigo 5º. Da mesma forma, está assegurada na Declaração Universal dos Direitos Humanos, no Pacto de Direitos Cívicos e Políticos e na Declaração Chapultepec, documentos internacionais dos quais o Brasil é signatário. Está concatenada tanto à liberdade de manifestação quanto à atividade intelectual, artística, científica e de comunicação.

No que tange ao conteúdo, o direito constitucional à liberdade expressão abrange opiniões, comentários, convicções, acerca de qualquer assunto. De natureza igual, é o exercício desse direito que pode se catalogar no uso da palavra, fotografias, vídeos, ou seja, qualquer artifício que possa transmitir ideias, mensagens ou informações, independente de censura ou licença. Nas palavras de Carlos Rohrmann^[15]:

O direito de liberdade de expressão envolve as duas vias, tanto a liberdade de manifestar o pensamento, seja por qualquer forma, quanto à liberdade de receber a manifestação de terceiros. A

primeira envolve um direito de “falar”, enquanto a outra se refere ao direito de ter acesso ao que foi ou está sendo dito por terceiros.

O exercício da liberdade de expressão, assim como os direitos fundamentais em sua integralidade, não tem caráter absoluto. Deve ser exercido dentro dos parâmetros estampados na Carta Magna, os quais definem seu conteúdo jurídico e ajustam sua existência legal. Associada a isso, temos o entendimento do jurista Pedro Lenza^[16] que evidenciou:

Veda-se a censura de natureza pública, ideológica, e artística (artigo 220, parágrafo 2º, Constituição Federal de 1988), porém, apesar da liberdade de expressão acima garantida, lei federal deverá regular as diversões e espetáculos públicos, cabendo ao Poder Público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada.

Estabelecidas as observações pertinentes a respeito do conceito do direito à liberdade de expressão, passa-se à análise das implicações decorrentes da Internet no exercício do direito em questão.

Tratando-se de Internet e liberdade de expressão, a polêmica de maior insigne reside na prática do famigerado spam. O termo spam pode ser definido como correio eletrônico não solicitado enviado em larga escala, de conteúdo idêntico que, geralmente, está associado a informes publicitários. A mensagem não solicitada se refere a conteúdos enviados para destinatários que não manifestaram consentimento prévio para receber tal mensagem.^[17] A principal característica do spam consiste na ausência de solicitação do destinatário.

Tarcisio Teixeira^[18] assim define:

A mensagem eletrônica não solicitada, também conhecida por spam, é o email de conteúdo impróprio ou inoportuno, distribuído em massa, via correio eletrônico. Pode-se dizer [...] é dirigida a inúmeros endereços, com fim comercial ou não, na qual se

divulga e/ou oferecem produtos ou serviços. Também é chamado de junk email, que se tem traduzido por lixo eletrônico”.

Considerando a escassez de normas brasileiras que disciplinem a controvérsia[19], é imprescindível estabelecer um equilíbrio, analisando-se o caso concreto, com fito de afastar a inibição à liberdade de as pessoas se expressarem por meio de spam e manter a inviolabilidade de suas correspondências, atentando, concomitantemente, ao fato de que as pessoas não sejam lesadas em seu direito à privacidade.

Desse modo, deve-se ater-se em buscar a harmonia entre as disposições constitucionais com vistas a satisfazer as exigências da ordem pública e do bem-estar da sociedade. Reservando-se em analisar o equilíbrio no exercício dos direitos constitucionais, notadamente quanto às relações estabelecidas na Internet, é forçoso concluir que se assegure o interesse coletivo em detrimento do interesse individual, sendo a jurisprudência pátria um dos personagens principais nessa busca.

2.3 DA RESPONSABILIDADE CIVIL

2.3.1 Conceito

O conceito inteligível de Afranio Lyra[20] sobre responsabilidade civil foi destacado por Lilitiana Minardi:

Quem pratica um ato, ou incorre numa omissão de que resulte dano, deve suportar as consequências do seu procedimento. Trata-se de uma regra elementar de equilíbrio social, na qual se resume, em verdade, o problema da responsabilidade. Vê-se, portanto, que a responsabilidade é um fenômeno social.

Assim, infere-se que a responsabilidade civil consiste em fenômeno jurídico que impõe àquele que causar dano a alguém, a obrigação de reparar o prejuízo decorrente de sua conduta. O comportamento do autor do dano, necessariamente, viola norma jurídica e hostiliza interesse particular. O prejuízo da vítima, portanto, merece reparos a fim de que esta retorne à sua condição anterior tanto quanto for permitido. Da mesma

forma, Maria Helena Diniz entende que a responsabilidade civil visa aplicar medidas que obriguem alguém a reparar dano patrimonial ou moral causado a outrem[21].

Pablo Stolze[22] sinalizou que a reparação feita pelo autor do evento danoso assume três funções diversas, quais sejam: compensação do dano à vítima, punição do ofensor e desmotivação social da conduta lesiva. Nesse sentido já caminhava Roberto Norris[23], citado por Rui Stoco, que afirmou ser, talvez, o traço mais marcante da responsabilidade civil “o fato de se constituir especialmente em um instrumento de compensação”, além de “desestimular a repetição de condutas semelhantes em um momento posterior”.

Desse modo, pode-se concluir que o instituto da responsabilidade civil molda um cenário onde se tem uma conduta anterior ilícita que trouxe como consequência dano para alguém, sendo atribuído ao autor do ato o dever de suportar os efeitos de seu comportamento.

2.3.2 Elementos da responsabilidade civil

Da leitura do artigo 186 do Código Civil pátrio depreende-se os elementos constitutivos da responsabilidade civil, ou seja, o dispositivo legal mencionado apresenta os requisitos para configuração do instituto da responsabilidade civil, quais sejam: ação ou omissão voluntária, verificação de um dano e, por fim, nexos de causalidade entre os dois primeiros elementos.

O primeiro elemento apresentado, ação ou omissão voluntária, se traduz em conduta humana. É o comportamento humano voluntário, portanto, que por meio de uma ação ou omissão acarreta consequências jurídicas. Maria Helena Diniz[24] observou que:

A ação, elemento constitutivo da responsabilidade, vem a ser o ato humano, comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário e objetivamente imputável, do próprio agente ou de terceiro, ou do fato de animal ou coisa inanimada, que cause dano a outrem, gerando o dever de satisfazer os direitos do lesado.

Rui Stoco[25] sintetizou bem ao afirmar que “não há responsabilidade civil sem determinado comportamento humano contrário à ordem jurídica”. Dessa maneira, a conduta humana é elemento primário, ou seja, primeiro momento para a configuração da responsabilidade civil, guardando como característica intrínseca a voluntariedade[26].

O indivíduo, uma vez dotado de discernimento necessário para compreender os efeitos de sua ação e de liberdade de escolha, tem consciência de suas atitudes. Assim sendo, deve ser responsabilizado por danos oriundos de suas ações omissivas e comissivas.

No tocante ao dano, a doutrina pátria é uníssona em sustentar que a ausência de dano não que se falar responsabilidade civil, dado que sem prejuízo, não há responsabilidade. Leciona Rui Stoco[27]:

O dano é, pois, elemento essencial e indispensável à responsabilização do agente, seja essa obrigação originada de ato lícito, nas hipóteses expressamente previstas, seja de ato ilícito, ou de inadimplemento contratual, independente, ainda, de se tratar de responsabilidade objetiva ou subjetiva.

Tem-se que o dano é elemento máximo para configuração da responsabilidade civil, traduzindo-se em toda desvantagem suportada por um indivíduo, resultante de um comportamento de outrem. Ademais, cabe frisar que não é todo dano que acarreta a responsabilização de seu autor, tendo em vista que o Código Civil ampara apenas o ressarcimento de danos diretos e efetivos, afastando da seara da responsabilidade os danos presumidos e incertos.

Por derradeiro, passemos à análise do último elemento orientador da responsabilidade civil: o nexa causal. Sergio Cavalieri Filho[28] atenta para a seguinte definição de nexa causal: “É o vínculo, a ligação ou relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado”.

O nexa de causalidade, portanto, é o elo entre a conduta ilícita e o resultado danoso. Ademais, é forçoso concluir que é fundamental que o dano tenha sido causado pela ação do sujeito, ou seja, para restar caracterizada a responsabilidade civil, imprescindível se fazer uma análise para identificar se foi o sujeito que deu causa ao resultado danoso. Em suma, não haverá obrigação de reparar se entre a conduta humana e o dano não houver relação de causalidade.

2.3.3 Espécies de responsabilidade civil

A responsabilidade civil traz consigo uma clássica divisão realizada levando-se em consideração a natureza do instituto. Pode estar concretizada em decorrência de um contrato, quando há descumprimento de um dever preestabelecido, gerando a obrigação de ressarcir, caso em que falamos em responsabilidade civil contratual, ou, ainda, na hipótese em que entre o autor do dano e a vítima não há qualquer vínculo jurídico anterior até a realização do comportamento que ensejou um prejuízo e a consequente obrigação de reparar, caso em que estamos diante da responsabilidade civil extracontratual.

Por outro lado, a responsabilidade civil extracontratual, também conhecida como responsabilidade aquiliana[29], pode ser classificada, tendo em vista o aspecto subjetivo, em responsabilidade objetiva e responsabilidade subjetiva.

Sergio Cavalieri Filho[30] ensina que a responsabilidade contratual:

Não está no contrato, como equivocadamente alguns a definem. O que está no contrato é o dever jurídico preexistente, a obrigação originária voluntariamente assumida pelas partes contratantes. A responsabilidade contratual surge quando uma delas (ou ambas) descumpra esse dever, gerando o dever de indenizar.

Rui Stoco[31] destaca a lição de Savatier lembrada por Caio Mário: “a responsabilidade contratual é a inexecução previsível e evitável, por uma parte ou seus sucessores, de obrigação nascida no contrato, prejudicial à outra parte ou seus sucessores”.

A responsabilidade contratual, portanto, decorre do não atendimento à prestação fixada em contrato. Ao se falar em contrato, faz-se mister destacar que todos têm a livre escolha para contratar, no entanto, uma vez efetuado o contrato, é dever das partes cumprir o que ficou avençado – princípio da força vinculante das convenções, traduzido na expressão *pacta sunt servanda*[32]. Compreende-se, do referido princípio, portanto, que o contrato impera entre as partes, que devem cumpri-lo rigorosamente.

O Código Civil pátrio dispõe em seus artigos 389 e seguintes a respeito da responsabilidade civil contratual, determinando, para sua

verificação, que haja um dever, preestabelecido no contrato e que esse dever tenha sido desrespeitado e, ainda, que o ato seja imputável à parte que descumpriu o contrato, além de fundamentar essa espécie de responsabilidade na existência de dolo ou culpa. Nesse sentido, são as lições de Maria Helena Diniz^[33]:

A responsabilidade contratual funda-se na culpa, entendida em sentido amplo, de modo que a inexecução culposa da obrigação se verifica que pelo seu descumprimento intencional, havendo vontade consciente do devedor de não cumprir a prestação devida, com o intuito de prejudicar o credor (dolo), quer pelo inadimplemento do dever jurídico, sem a consciência da violação, sem a intenção deliberada de causar dano ao direito alheio, havendo apenas um procedimento negligente, imprudente ou omissivo (culpa), prejudicial ao credor. Sendo a culpa, nesse sentido amplo, que abrange o dolo e a culpa em sentido estrito, o principal fundamento da responsabilidade contratual, o dever de indenizar apenas surgirá quando o inadimplemento for causado por ato imputável ao devedor. Daí a necessidade de se apreciar o comportamento do obrigado, a fim de se verificar, para a exata fixação de sua responsabilidade, se houve dolo, negligência, imperícia ou imprudência de sua parte.

Assim sendo, é imperioso afirmar que a responsabilidade contratual tem fundamento na autonomia da vontade. Pode-se indicar, portanto, que do não cumprimento de obrigações fixadas espontaneamente decorrerá ao inadimplente a atribuição de reparar o prejuízo causado pelo seu comportamento infiel. Em outras palavras, pode-se concluir que o descumprimento do contrato compromete o andamento da relação jurídica firmada entre as partes, atentando-se para o fato de que a reparação deve ser equivalente ao prejuízo suportado, pois a finalidade do instituto da responsabilidade civil é assegurar que a vítima do dano retorne à sua posição jurídica anterior à conduta danosa.

A responsabilidade civil extracontratual não pressupõe descumprimento de dever anteriormente ajustado entre as partes. Ela decorre da falta de respeito ao direito de outrem, ou seja, há violação de norma legal (ato ilícito), o que enseja a obrigação de reparar o dano. Rui Stoco[34] considera que

A responsabilidade extracontratual é o encargo imputado pelo ordenamento jurídico ao autor do fato, ou daquele eleito pela lei como responsável pelo fato de terceiro, de compor o dano originado do ato ilícito, ou seja, da obrigação daquele que por ação ou omissão voluntária, violar direito e causar dano a outrem.

A violação tratada pela responsabilidade extracontratual se funda na própria lei, ou seja, consiste no “dever geral de não causar danos a ninguém, que encontra expressão e materialização no artigo 186 do Código Civil de 2002[35]”.

Tarcisio Teixeira[36] destaca distinções entre a responsabilidade contratual e extracontratual, a saber:

Na extracontratual, o “reclamante” deve demonstrar todos os elementos da responsabilidade: o dano, a infração da norma e o nexo de causalidade entre eles. Por sua vez, na contratual, inverte-se o ônus da prova. Outra distinção estaria nos deveres, pois enquanto na primeira é necessário invocar o dever negativo ou a obrigação de não prejudicar, na segunda há um dever positivo de adimplir o objeto da avença.

A responsabilidade extracontratual, em regra, terá como fundamento a teoria da culpa, isto é, a vítima do dano deverá comprovar que a conduta humana que causou o prejuízo tenha sido efetuada de maneira dolosa ou culposa. Por outro lado, a responsabilidade extracontratual pode ser entendida sob enfoque objetivo, situação em que o indivíduo que deu causa ao dano tenha realizado conduta que por si só, implica em ameaça a direito de outrem, caso em que teremos o fundamento na teoria do risco.

Além disso, é relevante evidenciar que tanto na responsabilidade contratual, como na responsabilidade extracontratual, é essencial que haja a desobediência a uma norma. A distinção se dá no passo em que na responsabilidade contratual há o desrespeito ao dever de cumprir o avençado em contrato, enquanto que na responsabilidade extracontratual, a obrigação prevista em lei de não causar prejuízo a outrem é descumprida.

Há duas correntes que tratam de estudar a responsabilidade civil sob o prisma da presença ou não do elemento culpa: a doutrina subjetiva ou teoria da culpa e a doutrina objetiva ou teoria do risco.

A responsabilidade subjetiva tem esteio na teoria da culpa, que preconiza a comprovação da culpa do autor da conduta danosa, com o fito de perseguir a reparação do dano. Tarcisio Teixeira^[37] afirma que “a base da responsabilidade subjetiva está no fato de saber o quanto a prática do ato contribuiu para o prejuízo sofrido pela vítima”. Nesse cenário, a culpa deve ser reconhecida em sentido amplo, compreendendo o dolo, ou seja, vontade direta do agente de prejudicar, e a culpa em sentido estrito (imprudência, negligência e imperícia). Desse modo, a existência da culpa pressupõe responsabilidade civil subjetiva. A ausência de comportamento culposo por parte do autor da conduta afasta a obrigação de reparar. Da leitura do artigo 186 combinado com o artigo 927, ambos do Código Civil, depreende-se a teoria da responsabilidade subjetiva adotada pelo ordenamento jurídico pátrio.

Por sua vez, a responsabilidade objetiva se alicerça na teoria do risco. A principal característica da responsabilidade objetiva é a ausência de culpa para sua configuração, ou seja, haverá dever de reparação independentemente de culpa. É necessário apenas que haja nexos de causalidade entre a conduta do agente e o dano para que se tenha a obrigação de indenizar. Carlos Roberto Gonçalves^[38] lembra, ainda, que a teoria do risco defende que o comportamento de alguém que criar um risco de dano a terceiro, deve ser obrigado a efetuar a reparação, mesmo que a conduta seja desprovida de culpa. De igual modo, nosso atual parágrafo único do art. 927 contemplou a regra geral da responsabilidade objetiva, ao estabelecer que haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade

normalmente desenvolvida, por sua natureza, implicar risco para os direitos de outrem.

Tarcisio Teixeira^[39] destaca que:

A responsabilidade objetiva tem lugar nos casos específicos em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem, o que o torna obrigado à reparação. Nesse sentido é o disposto pelo parágrafo único do artigo 927 do Código Civil.

Admitindo-se que as relações jurídicas estabelecidas no domínio da Internet se revestem das especificidades próprias do meio eletrônico, é inegável que a análise da responsabilidade civil nesse contexto merece detida análise, em atenção aos desafios jurídicos que sugere.

3 ANÁLISE DOUTRINÁRIA E JURISPRUDENCIAL ACERCA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PROVEDORES DE SERVIÇOS DE INTERNET.

3.1 DA RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PROVEDORES DE INTERNET NA DOUTRINA

Consoante relatado anteriormente, a temática da responsabilidade civil dos provedores de Internet se reveste de certa complexidade em razão de as características do ambiente virtual contribuírem para dificultar a identificação do verdadeiro responsável pelos danos causados por conteúdos divulgados por meio da Internet. A doutrina aponta que a questão elementar na compreensão da problemática da responsabilidade civil dos provedores é identificar com especificidade a atuação do provedor.

É por tal razão que Liliana Minardi alerta para análise acerca da posição dúbia que ocupa o provedor, pois, ao operar transmitindo informações sem conhecer o objeto delas, poderá ser levado a desempenhar a vistoria do conteúdo difundido diante da possibilidade de ser responsabilizado por eventuais danos decorrentes do teor das informações transmitidas^[40]. Nessa linha, Tarcisio Teixeira conclui que o

provedor, na intenção de afastar eventual responsabilidade, pode acabar por “exercer um papel de censura” ^[41], infringindo assim o direito à liberdade de expressão daqueles que produziram e publicaram a informação. Marcel Leonardi, por sua vez, acredita que “o controle sobre o conteúdo é que efetivamente torna o provedor responsável pelo ato ilícito praticado por terceiro” ^[42].

Ao tratar estritamente da função desempenhada pelo provedor de conteúdo, Tarcisio Teixeira afirma que embora essa espécie de provedor não tenha publicado na Internet o conteúdo ilegal, acaba contribuindo para que o material seja facilmente propagado^[43], pois atua disponibilizando espaço no ambiente virtual para publicação de informações por parte de terceiros.

O autor considera que o provedor facilita o contato entre o autor da informação e os demais usuários da rede. Assim, o autor levanta a possibilidade de se aplicar ao provedor de conteúdo a regra estampada no parágrafo único do artigo 7º do Código de Proteção e Defesa do Consumidor^[44], que consiste em responsabilizar solidariamente todos que estejam associados à autoria do conteúdo ofensivo. Nas palavras do autor, “o provedor poderia ser responsabilizado pelo conteúdo de sites que utilizam seus serviços, pois a ele são vinculados. É a responsabilidade do provedor por fato de terceiro com sua atividade relacionada, desde que tenha algum controle sobre a atividade exercida por esse terceiro” ^[45]. Nessa situação específica, temos o que a doutrina chegou a denominar de responsabilidade civil indireta, pois será atribuída a responsabilização pelo dano a alguém que embora não o tenha, diretamente, dado causa, guarda alguma espécie de relação jurídica com o autor direto do dano ^[46].

Por sua vez, Carlos Roberto Gonçalves filia-se à aplicação da responsabilidade civil objetiva, pois na medida em que o provedor de conteúdo atua permitindo o armazenamento de informações produzidas por terceiros, acaba por admitir o risco de violação aos direitos de outros usuários^[47]. De outro modo, não compartilha desse entendimento Demócrito Reinaldo Filho, lembrado por Tarcisio Teixeira, por entender que caso o provedor de conteúdo mantenha “página de notícias ou informações editando-as, ele será responsável por elas, mas se simplesmente permite

que as mensagens sejam colocadas na Internet, sem qualquer poder de controle editorial, não terá responsabilidade pelo conteúdo delas” ^[48], inclinando-se a favor da aplicabilidade da teoria da responsabilidade civil subjetiva, pois o provedor apenas seria responsabilizado na hipótese em que detém o controle sobre o conteúdo armazenado em suas páginas e ainda possibilita o acesso, incorrendo, assim, em culpa pelos danos causados em decorrência da divulgação do conteúdo ofensivo.

Gustavo Testa Corrêa atenta para o fato de que é impraticável a conduta do provedor que consista em fiscalizar a integralidade do conteúdo das informações armazenadas em suas páginas eletrônicas, pois as informações publicadas podem ser atualizadas a todo tempo, por intermédio de mecanismos eletrônicos automáticos, “sobre os quais o provedor não tem nenhum controle^[49]. Para o autor, não há qualquer relação entre o provedor e o conteúdo publicado, devendo a responsabilidade pelos eventuais danos ser atribuída unicamente ao agente que produziu o material ofensivo.

Vê-se que a doutrina dominante entende que caso não seja assegurado ao provedor a possibilidade de exercer controle sobre o conteúdo das informações armazenadas em suas páginas eletrônicas, não há como responsabilizá-lo pelos danos decorrentes do caráter ofensivo das informações por ele disponibilizadas.

3.2 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL NO ÂMBITO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

3.2.1 Da atuação do provedor de Internet em fiscalizar previamente o conteúdo publicado pelos usuários.

Em 2010, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça passou a delinear, nas suas decisões, o entendimento de que não é plausível impor aos provedores de serviços de Internet uma conduta que consista em fiscalizar previamente o conteúdo publicado pelos usuários. Em breve síntese, a decisão reconheceu que os provedores não respondem de maneira objetiva pela divulgação, efetuada por terceiros, de material de conteúdo ofensivo, além de não estarem obrigados a atuar monitorando o conteúdo publicado e, ainda, no momento em que tomarem conhecimento

de que certo conteúdo é de cunho ilícito, deve promover a sua retirada imediata, sob pena de responderem pelos danos suportados pela vítima, caso se comprove que o conteúdo realmente tinha caráter ilícito. Outrossim, devem os provedores garantirem meios que sejam potencialmente capazes de identificar seus usuários. Extrai-se da ementa do acórdão do Recurso Especial nº 1.193.764/SP:

DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR. INTERNET. RELAÇÃO DE CONSUMO. INCIDÊNCIA DO CDC. GRATUIDADE DO SERVIÇO. INDIFERENÇA. PROVEDOR DE CONTEÚDO. FISCALIZAÇÃO PRÉVIA DO TEOR DAS INFORMAÇÕES POSTADAS NO SITE PELOS USUÁRIOS. DESNECESSIDADE. MENSAGEM DE CONTEÚDO OFENSIVO. DANO MORAL. RISCO INERENTE AO NEGÓCIO. INEXISTÊNCIA. CIÊNCIA DA EXISTÊNCIA DE CONTEÚDO ILÍCITO. RETIRADA IMEDIATA DO AR. DEVER. DISPONIBILIZAÇÃO DE MEIOS PARA IDENTIFICAÇÃO DE CADA USUÁRIO. DEVER. REGISTRO DO NÚMERO DE IP. SUFICIÊNCIA.

A fiscalização prévia, pelo provedor de conteúdo, do teor das informações postadas na web por cada usuário não é atividade intrínseca ao serviço prestado, de modo que não se pode reputar defeituoso, nos termos do art. 14 do CDC, o site que não examina e filtra os dados e imagens nele inseridos. O dano moral decorrente de mensagens com conteúdo ofensivo inseridas no site pelo usuário não constitui risco inerente à atividade dos provedores de conteúdo, de modo que não se lhes aplica a responsabilidade objetiva prevista no art. 927, parágrafo único, do CC/02. Ao ser comunicado de que determinado texto ou imagem possui conteúdo ilícito, deve o provedor agir de forma enérgica, retirando o material do ar imediatamente, sob pena de responder solidariamente com o autor

direto do dano, em virtude da omissão praticada. Ao oferecer um serviço por meio do qual se possibilita que os usuários externem livremente sua opinião, deve o provedor de conteúdo ter o cuidado de propiciar meios para que se possa identificar cada um desses usuários, coibindo o anonimato e atribuindo a cada manifestação uma autoria certa e determinada. Sob a ótica da diligência média que se espera do provedor, deve este adotar as providências que, conforme as circunstâncias específicas de cada caso, estiverem ao seu alcance para a individualização dos usuários do site, sob pena de responsabilização subjetiva por culpa in omissendo. Ainda que não exija os dados pessoais dos seus usuários, o provedor de conteúdo, que registra o número de protocolo na Internet (IP) dos computadores utilizados para o cadastramento de cada conta, mantém um meio razoavelmente eficiente de rastreamento dos seus usuários, medida de segurança que corresponde à diligência média esperada dessa modalidade de provedor de serviço de Internet. Recurso especial a que se nega provimento^[50].

A relatora, ministra Nancy Andrighi, lembrou acertadamente que para definir a limitação da responsabilidade civil dos provedores, é imprescindível determinar a natureza jurídica de cada um. Por entender que a empresa demandada atuou como provedor de conteúdo, a sua responsabilidade deve ficar limitada à natureza da atividade por ela desempenhada que corresponde a meramente disponibilizar as informações que são publicadas pelos usuários. Percebe-se, pois, que a ministra relatora considerou que a responsabilidade da empresa é subjetiva, com alicerce na teoria da culpa, dado que a empresa não guarda qualquer relação com a produção ou alteração do conteúdo.

No que se refere à fiscalização prévia do conteúdo que é divulgado, a relatora, com respaldo nas lições de Rui Stoco^[51], entendeu que o provedor

de conteúdo não produziu as informações, exercendo apenas a função de intermediário, isto é, repassando as informações publicadas para os demais usuários, restando, portanto, configurada a sua não responsabilidade pelo eventual caráter ofensivo e violador da moral, intimidade e honra de outras pessoas. Ademais, concluiu afirmando que a fiscalização prévia do conteúdo por parte do provedor, no fundo, prejudicaria a liberdade de manifestação do pensamento, o que implica na violação do direito à liberdade de expressão, consagrado na Carta Magna. Portanto, no entender da Terceira Turma, o monitoramento do conteúdo publicado não é inerente à atividade desempenhada pelo provedor, o que acarreta a não aceitação do argumento da autora quanto à falha na prestação do serviço ao não realizar a fiscalização prévia do material divulgado. O voto também alertou que a vigilância do conteúdo lesaria um dos maiores atrativos da Internet: transmissão de dados em tempo real.

Outrossim, determinou que a empresa demandada apenas fosse responsabilizada, de maneira solidária, caso notificada pela vítima para promover a remoção do conteúdo considerado ofensivo e assim não procedesse, ou seja, o fato de se ter afastada a responsabilidade objetiva, não significa que os provedores estarão imunes de serem responsabilizados pela circulação de informes. No caso dos autos, a empresa demandada providenciou a retirada imediata do conteúdo, quando teve ciência de seu caráter ofensivo.

Além disso, a ministra relatora asseverou que o provedor tem a obrigação de proporcionar mecanismos para reconhecer seus usuários, com o intuito de intimidar o anonimato, vislumbrando o inciso IV do artigo 5º da Constituição Federal, entendendo a ministra relatora que tal prática não prejudica a privacidade dos usuários. Em outras palavras, o provedor deve propiciar meios que permitam que a cada conduta praticada na Internet possa ser atribuída, com exatidão, a sua autoria. Na hipótese em que o provedor não disponha desses mecanismos, responderá de maneira subsidiária pelos eventuais danos suportados por terceiros. Vê-se que a relatora conduziu seu voto sopesando os direitos fundamentais de privacidade e de liberdade de expressão, pois não há censura no tocante à publicação de informações na Internet, no entanto, caso haja prejuízos ou violação aos direitos de terceiros em decorrência do material publicado, o

autor da publicação precisa ser identificado, entendendo que o processo de identificação contempla a vedação ao anonimato.

Por entender que não houve responsabilidade da empresa demandada pela circulação do material ofensivo, ao recurso foi conferido o não provimento, por unanimidade.

A Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, em maio de 2014, continuou proferindo suas decisões perfilhando como razões de decidir o raciocínio já explanado na análise do julgado anterior. Da ementa, extrai-se:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DIREITO ELETRÔNICO. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS. PROVEDOR DE BUSCA NA INTERNET SEM CONTROLE PRÉVIO DE CONTEÚDO. ORKUT. MENSAGEM OFENSIVA. NOTIFICAÇÃO PRÉVIA. INÉRCIA DO PROVEDOR DE BUSCA. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA CARACTERIZADA. AGRAVO DESPROVIDO.

Este Tribunal Superior, por seus precedentes, já se manifestou no sentido de que: I) o dano moral decorrente de mensagens com conteúdo ofensivo inseridas no site por usuário não constitui risco inerente à atividade desenvolvida pelo provedor da internet, porquanto não se lhe é exigido que proceda a controle prévio de conteúdo disponibilizado por usuários, pelo que não se lhe aplica a responsabilidade objetiva, prevista no art. 927, parágrafo único, do CC/2002; II) a fiscalização prévia dos conteúdos postados não é atividade intrínseca ao serviço prestado pelo provedor no Orkut.

A responsabilidade subjetiva do agravante se configura quando: I) ao ser comunicado de que determinado texto ou imagem tem conteúdo ilícito,

por ser ofensivo, não atua de forma ágil, retirando o material do ar imediatamente, passando a responder solidariamente com o autor direto do dano, em virtude da omissão em que incide; II) não manter um sistema ou não adotar providências, que estiverem tecnicamente ao seu alcance, de modo a possibilitar a identificação do usuário responsável pela divulgação ou a individuação dele, a fim de coibir o anonimato.

Na hipótese, a decisão recorrida dispõe expressamente que o provedor de busca foi notificado extrajudicialmente quanto à criação de perfil falso difamatório do suposto titular, não tendo tomado as providências cabíveis, optando por manter-se inerte, motivo pelo qual responsabilizou-se solidariamente pelos danos morais infligidos à promovente, configurando a responsabilidade subjetiva do réu.

Agravo regimental não provido^[52]

Ainda no que tange ao ponto referente à fiscalização prévia do conteúdo publicado, em que pese a Terceira Turma, conforme já ilustrado, explanar o entendimento de que não é possível exigir que o provedor de Internet efetue o controle do teor do material divulgado, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça^[53], adotou, em junho de 2012, posicionamento mais prejudicial ao provedor, pois entendeu ser admissível a realização da fiscalização prévia. Extrai-se da ementa:

RESPONSABILIDADE CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ANÚNCIO ERÓTICO FALSO PUBLICADO EM SITES DE CLASSIFICADOS NA INTERNET. DEVER DE CUIDADO NÃO VERIFICADO. SERVIÇOS PRESTADOS EM CADEIA POR MAIS DE UM FORNECEDOR. SITE DE CONTEÚDO QUE HOSPEDA OUTRO. RESPONSABILIDADE CIVIL DE TODOS QUE PARTICIPAM DA CADEIA DE CONSUMO.

No caso em apreço, o site O click permitiu a veiculação de anúncio em que, objetivamente, comprometia a reputação do autor, sem ter indicado nenhuma ferramenta apta a controlar a idoneidade da informação. Com efeito, é exatamente no fato de o veículo de publicidade não ter se precavido quanto à procedência do nome, telefone e dados da oferta que veiculou, que reside seu agir culposos, uma vez que a publicidade de anúncios desse jaez deveria ser precedida de maior prudência e diligência, sob pena de se cancelar o linchamento moral e público de terceiros.

Mostrando-se evidente a responsabilidade civil da empresa Mídia 1 Publicidade Propaganda e Marketing, proprietária do site O click, configurada está a responsabilidade civil da TV Juiz de Fora, proprietária do site ipanorama.com, seja por imputação legal decorrente da cadeia de consumo, seja por culpa in eligendo.

Recurso especial provido.

Para fins didáticos e de clareza, o ministro relator tratou de explanar as espécies de provedores, destacando a importância de tal classificação. Em seguida, enfatizou que a maior problemática que envolve o tema da responsabilidade civil dos provedores reside na possibilidade de controle prévio do provedor sobre o conteúdo que será publicado. Adotou como embasamento do seu voto as premissas constantes na Diretiva 20/31 da Comunidade Europeia, que em seus artigos 12, 13 e 14 tratam da responsabilidade civil do provedor, levando em consideração a atividade desempenhada. Em outras palavras, foi considerado que quanto maior for a permissão do provedor de Internet para decidir sobre o que será divulgado, mais indiscutível será a responsabilidade decorrente dessa decisão.

Ao final, o relator declarou que o caso ora analisado se tratava de uma relação de consumo por equiparação, reconhecendo que há um provedor de conteúdo, que atua fornecendo serviços em cadeia para os usuários, por meio de hospedagem do portal O Click na página eletrônica ipanorama.com.

No tocante à responsabilidade da empresa Mídia 1 Publicidade Propaganda e Marketing, decidiu o ministro relator que a referida empresa agiu de maneira culposa, pois deixou de realizar o controle prévio sobre o material posto em divulgação, não se atentando quanto à origem dos dados ora publicados, sendo aplicável ao caso a teoria da responsabilidade subjetiva. Ademais, o ministro relator afirmou que a ausência de fiscalização deu azo à falha na prestação do serviço, o que afasta a alegação de que estaríamos diante de um caso de responsabilidade objetiva, sendo certo aplicar ao caso o disposto no artigo 14 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor, pois toda a situação que gerou o dano é oriunda de uma falha na prestação do serviço.

Assim, por concluir que está configurada a responsabilidade da Mídia 1 Publicidade Propaganda e Marketing, a empresa TV Juiz de Fora Ltda., que mantém o site i.panorama, que atuou como provedor de hospedagem do portal O Click, foi determinada responsável de forma solidária, em virtude da relação da cadeia de consumo e da culpa ao eleger empresa que falhou na prestação dos serviços, pois não exerceu o controle prévio das informações publicadas.

Em outro caso levado a julgamento em abril de 2014 a Quarta Turma^[54] passou a fundamentar seus julgados seguindo a orientação da Terceira Turma, qual seja, considerar que não é plausível impor ao provedor a atuação de fiscalizar previamente o conteúdo publicado na Internet. A Terceira Turma proferiu a seguinte ementa:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DIREITO ELETRÔNICO E RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MORAIS. PROVEDOR DE BUSCA NA INTERNET SEM CONTROLE PRÉVIO DE CONTEÚDO. ORKUT. MENSAGEM OFENSIVA. NOTIFICAÇÃO PRÉVIA.

INÉRCIA DO PROVEDOR DE BUSCA.
RESPONSABILIDADE SUBJETIVA
CARACTERIZADA. AGRAVO DESPROVIDO.

1. Este Tribunal Superior, por seus precedentes, já se manifestou no sentido de que: I) o dano moral decorrente de mensagens com conteúdo ofensivo inseridas no site por usuário não constitui risco inerente à atividade desenvolvida pelo provedor da internet, porquanto não se lhe é exigido que proceda a controle prévio de conteúdo disponibilizado por usuários, pelo que não se lhe aplica a responsabilidade objetiva, prevista no art. 927, parágrafo único, do CC/2002; II) a fiscalização prévia dos conteúdos postados não é atividade intrínseca ao serviço prestado pelo provedor no Orkut.

2. A responsabilidade subjetiva do agravante se configura quando: I) ao ser comunicado de que determinado texto ou imagem tem conteúdo ilícito, por ser ofensivo, não atua de forma ágil, retirando o material do ar imediatamente, passando a responder solidariamente com o autor direto do dano, em virtude da omissão em que incide; II) não mantiver um sistema ou não adotar providências, que estiverem tecnicamente ao seu alcance, de modo a possibilitar a identificação do usuário responsável pela divulgação ou a individualização dele, a fim de coibir o anonimato.

3. O fornecimento do registro do número de protocolo (IP) dos computadores utilizados para cadastramento de contas na Internet constitui meio satisfatório de identificação de usuários.

4. Na hipótese, a decisão recorrida dispõe expressamente que o provedor de busca foi notificado extrajudicialmente quanto à criação de perfil falso difamatório do suposto titular, não tendo tomado as

providências cabíveis, optando por manter-se inerte, motivo pelo qual responsabilizou-se solidariamente pelos danos morais infligidos à promovente, configurando a responsabilidade subjetiva do réu.

5. Agravo regimental não provido.

O ministro relator frisou um aspecto importante do presente caso: está caracterizada a responsabilidade subjetiva da empresa Google não pelo fato de que se esforçou para remover o conteúdo ofensivo após ciência da liminar judicial, mas sim, tão somente, pelo seu comportamento inerte antes de a vítima ter acionado o Judiciário, pois detém condições de impedir o acesso ao conteúdo apontado como ofensivo pela vítima.

Assim, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça entrou em harmonia com os posicionamentos adotados pela Terceira Turma, arquitetando o entendimento de que a Corte Superior confere a responsabilidade subjetiva aos provedores de Internet quando notificados, ainda que extrajudicialmente, da existência de conteúdo ofensivo não toma providências no sentido tornar o conteúdo indisponível para acesso.

Cumprido, por fim, ressaltar que o entendimento jurisprudencial lecionado acima pelo Superior Tribunal de Justiça foi edificado na ausência de legislação que regulasse a temática e deve ser aplicado aos fatos ocorridos antes da vigência da Lei 12645/2014^[55]:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FACEBOOK. AÇÃO DE REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS. CONTEÚDO REPUTADO OFENSIVO. MONITORAMENTO. AUSÊNCIA. RESPONSABILIDADE. AFASTAMENTO. NOTIFICAÇÃO JUDICIAL. NECESSIDADE. 1. Ação ajuizada em 10/08/2014. Recurso especial interposto em 09/03/2016 e distribuído a este gabinete em 25/08/2016. 2. O propósito recursal reside na definição do termo inicial da responsabilidade solidária da recorrente - uma provedora de aplicações de internet - por conteúdos gerados por terceiros que utilizam suas aplicações. 3. A verificação do conteúdo

das imagens postadas por cada usuário não constitui atividade intrínseca ao serviço prestado pelos provedores de compartilhamento de vídeos, de modo que não se pode reputar defeituoso, nos termos do art. 14 do CDC, a aplicação que não exerce esse controle. 4. O dano moral decorrente de mensagens com conteúdo ofensivo inseridas no site pelo usuário não constitui risco inerente à atividade dos provedores de compartilhamento de vídeos, de modo que não se lhes aplica a responsabilidade objetiva prevista no art. 927, parágrafo único, do CC/02. 5. Sobre os provedores de aplicação, incide a tese da responsabilidade subjetiva, segundo a qual o provedor de aplicação torna-se responsável solidariamente com aquele que gerou o conteúdo ofensivo se, ao ser notificado a respeito da lesão, não tomar providências para a sua remoção. Precedentes. **6. Diante da ausência de disposição legislativa específica, este STJ havia firme jurisprudência segundo a qual o provedor de aplicação passava a ser solidariamente responsável a partir do momento em que fosse de qualquer forma notificado pelo ofendido.** 7. Com o advento da Lei 12.965/2014, o termo inicial da responsabilidade do provedor de aplicação foi postergado no tempo, iniciando-se tão somente após a notificação judicial do provedor de aplicação. 8. A regra a ser utilizada para a resolução de controvérsias deve levar em consideração o momento de ocorrência do ato lesivo ou, em outras palavras, quando foram publicados os conteúdos infringentes: (i) para fatos ocorridos antes da entrada em vigor do Marco Civil da Internet, deve ser obedecida a jurisprudência desta corte; (ii) após a entrada em vigor da Lei 12.965/2014, o termo inicial da

responsabilidade da responsabilidade solidária do provedor de aplicação, por força do art. 19 do Marco Civil da Internet, é o momento da notificação judicial que ordena a retirada de determinado conteúdo da internet. 9. Recurso especial conhecido e provido. (STJ - REsp: 1642997 RJ 2016/0272263-4, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 12/09/2017, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 15/09/2017).

Desse modo, resta demonstrada análise acerca da construção do entendimento que deve ser aplicado anteriormente à égide da legislação pertinente ao tema, no que tange ao controle do conteúdo ofensivo.

3.2.2 Do prazo para o provedor de Internet promover a retirada do conteúdo ilícito.

Ao analisar o aspecto do prazo para que o provedor efetive a retirada do conteúdo de cunho hostil, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça^[56], em junho de 2012, passou a fixar o referido prazo. No caso, a Corte deixou claro que ao ser notificado, o provedor deve proibir o acesso ao conteúdo em até 24 horas, sob pena de ser responsabilizado solidariamente com o causador do dano, caso depois seja comprovado que o conteúdo era realmente revestido de ofensas. Extrai-se da ementa:

RESPONSABILIDADE CIVIL. INTERNET. REDES SOCIAIS. MENSAGEM OFENSIVA. CIÊNCIA PELO PROVEDOR. REMOÇÃO. PRAZO.

Uma vez notificado de que determinado texto ou imagem possui conteúdo ilícito, o provedor deve retirar o material do ar no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, sob pena de responder solidariamente com o autor direto do dano, em virtude da omissão praticada.

Nesse prazo de 24 horas, não está o provedor obrigado a analisar o teor da denúncia recebida,

devendo apenas promover a suspensão preventiva das respectivas páginas, até que tenha tempo hábil para apreciar a veracidade das alegações, de modo a que, confirmando-as, exclua definitivamente o perfil ou, tendo-as por infundadas, restabeleça o seu livre acesso.

O diferimento da análise do teor das denúncias não significa que o provedor poderá postergá-la por tempo indeterminado, deixando sem satisfação o usuário cujo perfil venha a ser provisoriamente suspenso. Cabe ao provedor, o mais breve possível, dar uma solução final para o conflito, confirmando a remoção definitiva da página de conteúdo ofensivo ou, ausente indício de ilegalidade, recolocando-a no ar, adotando, nessa última hipótese, as providências legais cabíveis contra os que abusarem da prerrogativa de denunciar.

Na situação específica, a vítima utilizou o mecanismo nomeado “Denúncia de Abusos”, à disposição dos usuários do Orkut, para dar ciência à empresa de que havia um perfil no Orkut contendo material ofensivo a seu respeito, afrontando sua privacidade e também a sua imagem.

Ocorre que, a empresa Google tardou a retirada do material apontado pela autora, levando dois meses para satisfazer o pedido. A empresa Google, em suas razões recursais, sustentou que o período de dois meses para remover a publicação ofensiva é plausível, haja vista a existência de milhares de ordens judiciais adicionadas a outras milhares de notificações dos usuários, oriundos de todas as partes do mundo, posto que os serviços que oferece são de alcance mundial e irrestrito. Além disso, atestou que seus servidores trabalham com inúmeras informações, a nível internacional e dão prioridade para os casos que reportam uma gravidade de ordem significativa, sendo dois meses um tempo necessário para promover a retirada do conteúdo.

A ministra relatora, Nancy Andrichi, salientou que ainda que não seja obrigação do provedor analisar o teor de cada conteúdo identificado como ofensivo, é aceitável impor ao provedor que impeça o acesso ao material denunciado no lapso temporal de 24 horas, sob pena de ser responsabilizado solidariamente com o autor direto do dano, em razão da omissão praticada.

Em relação ao argumento da empresa Google, no sentido de que possui, diariamente, um número elevado de denúncias de conteúdos ilegais, a ministra relatora enfatizou que essa circunstância tão somente ratifica a situação de total descontrole no uso das redes sociais, o que reforça a imprescindibilidade de uma resposta operativa e ágil por parte da empresa que mantém a rede social.

Em outro caso semelhante, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça^[57] manteve esse entendimento no tocante ao prazo para suspender o acesso ao conteúdo denunciado. Da ementa, extrai-se:

CIVIL E CONSUMIDOR. INTERNET. RELAÇÃO DE CONSUMO. INCIDÊNCIA DO CDC. PROVEDOR DE CONTEÚDO. FISCALIZAÇÃO PRÉVIA DO CONTEÚDO POSTADO NO SITE PELOS USUÁRIOS. DESNECESSIDADE. MENSAGEM DE CUNHO OFENSIVO. DANO MORAL. RISCO INERENTE AO NEGÓCIO. INEXISTÊNCIA. CIÊNCIA DA EXISTÊNCIA DE CONTEÚDO ILÍCITO. RETIRADA DO AR EM 24 HORAS. DEVER. SUBMISSÃO DO LITÍGIO DIRETAMENTE AO PODER JUDICIÁRIO. CONSEQUÊNCIAS. DISPOSITIVOS LEGAIS ANALISADOS: ARTS. 14 DO CDC E 927 DO CC/02.

Recurso especial em que se discute os limites da responsabilidade de provedor de rede social de relacionamento via Internet pelo conteúdo das informações veiculadas no respectivo site.

A fiscalização prévia, pelo provedor de conteúdo, do teor das informações postadas na web por cada

usuário não é atividade intrínseca ao serviço prestado, de modo que não se pode reputar defeituoso, nos termos do art. 14 do CDC, o site que não examina e filtra os dados e imagens nele inseridos.

O dano moral decorrente de mensagens com conteúdo ofensivo inseridas no site pelo usuário não constitui risco inerente à atividade dos provedores de conteúdo, de modo que não se lhes aplica a responsabilidade objetiva prevista no art. 927, parágrafo único, do CC/02.

Ao ser comunicado de que determinada postagem possui conteúdo potencialmente ilícito ou ofensivo, "deve o provedor removê-la preventivamente no prazo de 24 horas, até que tenha tempo hábil para apreciar a veracidade das alegações do denunciante, de modo a que, confirmando-as, exclua definitivamente o vídeo ou, tendo-as por infundadas, restabeleça o seu livre acesso, sob pena de responder solidariamente com o autor direto do dano em virtude da omissão praticada.

Na hipótese, a ministra relatora lembrou que no Colendo Superior Tribunal de Justiça já é pacificado o entendimento de que, uma vez ciente da existência de conteúdo de caráter ofensivo, deve o provedor indisponibilizar o acesso ao conteúdo ofensivo em até 24 horas. No entanto, nesse caso, há uma particularidade em relação à amostra de julgado analisada anteriormente, qual seja, o autor não notificou extrajudicialmente a empresa Google, que mantém a rede social Orkut, a respeito da existência de informações ofensivas publicadas em comunidade da rede social. O autor optou por valer-se das vias judiciais para satisfazer a sua pretensão de excluir a comunidade, da rede social Orkut, que dispõe de informações ofensivas a seu respeito. Assim, a empresa Google foi notificada para retirar o material por meio de ordem judicial, a qual, terminantemente promoveu o seu cumprimento. A ministra

relatora entendeu que ao sujeitar a controvérsia ao Poder Judiciário, o autor fica submetido ao que for decidido pelo magistrado. Em atenção ao fato de que a empresa Google tomou conhecimento da situação apenas por meio de decisão judicial, decidiu a Terceira Turma que não há possibilidade de responsabilizar a empresa Google, caracterizada como espécie de provedor de conteúdo.

Mais uma vez, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que o provedor precisa ter conhecimento da publicação do conteúdo ofensivo e, diante da notificação, não promover a retirada do conteúdo em até 24 horas, para que seja configurada a sua responsabilidade solidária pelos danos posteriormente comprovados suportados pela vítima.

A partir da análise dos julgados até então apresentados, é possível indicar que o posicionamento assumido pelo Superior Tribunal de Justiça inclina-se em adotar a teoria da responsabilidade subjetiva, pois os provedores serão responsabilizados apenas nas situações em que notificados extrajudicialmente pela vítima a respeito do caráter ilícito de determinado conteúdo, não tomarem as providências necessárias para impedir o acesso ao material no prazo de 24 horas, agindo, dessa forma, com culpa, ao contribuir para a propagação do conteúdo ofensivo. A Corte Superior marcou a sua posição enquanto o ordenamento jurídico pátrio era carente de legislação a respeito do tema, mesclando o disposto em leis vigentes no país, a fim de que a prestação jurisdicional pudesse ser entregue.

No próximo tópico, serão apresentados aspectos atinentes ao tema do presente trabalho constantes na Lei 12.965/2014, que foi elaborada com o intuito de nortear os juristas brasileiros, já que eles conviviam com a ausência de uma regulamentação no ambiente virtual.

3.3 O MARCO CIVIL DA INTERNET - LEI 12.965/2014.

É cediço que as questões atinentes ao uso da Internet alcançaram dimensões imensuráveis que justificam a necessidade de sua regulamentação. Considerando a notável influência exercida pela Internet na sociedade, é imperioso concluir que a ciência jurídica não deve

permanecer afastada a essa realidade. É por tal razão que Liliana Minardi^[58] acredita que há que se buscar “equacionar o avanço da Internet com a necessidade de obter algum controle sob o grande volume de informações que circula pelo mundo, preservando direitos fundamentais como a privacidade, a liberdade de informação” e ainda a liberdade de expressão sem, no entanto, constituir afronta ao Estado Democrático de Direito.

Uma legislação que abordasse o tema implicaria em uma maior segurança jurídica, ao mesmo tempo em que provocaria a previsibilidade das decisões proferidas pelo Judiciário. Além disso, a legislação deverá acompanhar as mudanças constantes características da Internet, sendo imprescindível que tenha um caráter genérico e adaptável para fazer sentido sempre que o ambiente virtual sofrer transformações.

Nesse passo, foi editada a Lei 12.965/2014, intitulada Marco Civil da Internet, que dispõe, de forma clara, acerca dos princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. A mencionada lei busca assegurar a garantia de direitos, sem delimitar as liberdades. Assim, o Marco Civil da Internet acabou por conferir maior notoriedade ao direito à liberdade de expressão e ao direito à privacidade.

O marco regulatório da Internet contemplou o direito a liberdade de expressão como um fundamento para disciplinar a utilização da Internet no Brasil. É o que se observa diante da leitura do caput do artigo 2º da referida lei:

Art. 2º: A disciplina do uso da internet no Brasil tem como fundamento o respeito à liberdade de expressão, bem como (...).

Em seu artigo 8º, novamente a lei se reporta ao direito à liberdade de expressão, dessa vez classificando-o como condição para o efetivo exercício do direito de acesso à Internet:

Art. 8º: A garantia do direito à privacidade e à liberdade de expressão nas comunicações é condição para o pleno exercício do direito de acesso à Internet.

Embora o presente artigo não adote por objeto a responsabilidade civil por infrações a direitos autorais no âmbito da Internet, vale lembrar que o marco regulatório, no que tange a esse ponto, evidencia o direito à liberdade de expressão, conforme se compreende do disposto no caput e parágrafo segundo do artigo 19:

Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.

§ 2º A aplicação do disposto neste artigo para infrações a direitos de autor ou a direitos conexos depende de previsão legal específica, que deverá respeitar a liberdade de expressão e demais garantias previstas no art. 5º da Constituição Federal.

No tocante ao direito à privacidade, o Marco Civil da Internet o prestigiou ao elegê-lo categoricamente como princípio orientador do uso da Internet no país, consoante se compreende da leitura do inciso II do artigo 3º da Lei 12.965/2014:

Art. 3º: A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios:

II - proteção da privacidade;

O disposto no inciso I do artigo 7º e no caput do artigo 8º da lei em questão garante aos usuários o direito à privacidade como ponto elementar para a viabilidade do pleno exercício do direito ao acesso à Internet, que, por sua vez, é essencial para o exercício da cidadania:

Art. 7º: O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos:

I - inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

Art. 8º: A garantia do direito à privacidade e à liberdade de expressão nas comunicações é condição para o pleno exercício do direito de acesso à Internet.

O referido diploma legal, no que se refere à responsabilidade civil dos provedores, trouxe lições que implicarão em adaptações no posicionamento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça. Portanto, é de alcance certo afirmar que a entrada em vigor da nova lei causa uma mudança no posicionamento dos Tribunais pátrios, visto que esses seguiam as lições do Superior Tribunal de Justiça.

O novel diploma legal enfatiza duas situações diversas. A primeira delas diz respeito ao já mencionado artigo 19 que conferiu sumo prestígio à liberdade de expressão. O dispositivo legal estabelece que os provedores de Internet serão responsabilizados por danos causados pela divulgação de conteúdos criados por terceiros, apenas nas hipóteses em que diante de ordem judicial específica determinando a retirada do conteúdo ofensivo, os provedores permaneçam inertes. Assim, o mero pedido extrajudicial por parte da vítima para remover o conteúdo não é suficiente. Na hipótese em que o provedor receber ordem judicial específica determinando a retirada do conteúdo e for omissivo, a responsabilidade aplicada será a solidária, como já entendia o Superior Tribunal de Justiça, com espeque no parágrafo único do artigo 7º do Código de Proteção e Defesa do Consumidor e no parágrafo único do artigo 942 do Código Civil.

3.3.1 Confronto entre a posição majoritária da jurisprudência até agosto de 2014 com o disciplinado na nova lei

No Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, a Nona Câmara Cível^[59] proferiu acórdão de lavra do Desembargador Eugênio Facchini Neto, que usou nitidamente os preceitos da Lei 12. 965/2014. Segue a ementa:

AGRAVO DE INSTRUMENTO.
RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO DE
OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM
INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS.
ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. ASTREINTES.
INTERESSE RECURSAL. AUSÊNCIA. VALOR DAS
ASTREINTES. MANUTENÇÃO.

1. A questão do cumprimento, ou não, da decisão judicial deve ser submetida inicialmente ao juízo de origem, sob pena de supressão de um grau de jurisdição.

2. De outra parte, observo que, conforme orientação que vem se firmando no STJ a respeito das tutelas cautelares possíveis em ações desta natureza, “Ao ser comunicado de que determinada mensagem postada em site de relacionamento social por ele mantido possui conteúdo potencialmente ilícito ou ofensivo a direito autoral, deve o provedor removê-lo” – REsp. nº 1.396.417/MG.

3. Manutenção da ordem para que a ré remova o conteúdo dito ofensivo publicado nos links indicados pelo autor.

4. A fixação de multa cominatória tem previsão legal e, no caso, por enquanto, não há motivo para minorar o valor arbitrado.

5. Valor e periodicidade da multa que podem ser revistos inclusive de ofício, caso ela venha a incidir e, nas circunstâncias concretas que advierem, revele-se despropositada ou desproporcional (fato inocorrente

até o momento). NEGADO SEGUIMENTO AO RECURSO.

Atenta o Desembargador Relator para a falta de demonstração, por parte da empresa Google, da impossibilidade técnica de remover o conteúdo apontado como ofensivo e ainda destitui de convicção a alegação da agravante de que a competência para promover a exclusão do conteúdo ofensivo é exclusiva do autor do conteúdo. Assim, fortalece suas razões de decidir no apontado pela literalidade do artigo 19 da Lei 12.965/2014, grifando que o novel diploma legal prevê a responsabilidade do provedor caso, após receber ordem judicial específica no sentido de remover conteúdos ofensivos gerados por terceiros, não tomar as providências necessárias.

Sob a égide do entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça antes da entrada em vigor do Marco Civil, os provedores serão responsabilizados pelos danos causados desde o momento em que não atendeu ao pedido extrajudicial da vítima em retirar o conteúdo ofensivo. Apesar de o provedor apresentar justificativas a respeito da não retirada do material, será responsabilizado. O provedor excepcionalmente não seria responsabilizado caso o magistrado entendesse que o teor do material publicado não é ilícito, ou seja, não viola direitos, como o direito à privacidade, nem contraria normas jurídicas. Tal disciplinamento configura ameaça indubitável aos provedores, pois acabaram por estar inclinados a proibir o acesso ao conteúdo a fim de que sejam afastadas eventuais penalidades em decorrência da comprovação do caráter ofensivo do conteúdo.

Com a entrada em vigor do Marco Civil, os provedores estão amparados, já que o regramento definido na nova lei determina que a responsabilidade dos provedores esteja condicionada tão somente ao não cumprimento de ordem judicial específica. Em outras palavras, sem ordem judicial específica o provedor não está obrigado a retirar o conteúdo, sob pena de ser responsabilizado pela propagação do material e os danos consequentes. No entanto, o marco regulatório da Internet traz duas exceções ao regime de responsabilização. A primeira delas está estampada no parágrafo segundo do artigo 19 que diz respeito à violação

de direitos autorais, que dependerá de legislação específica. A segunda exceção consta no artigo 21, que determina que diante de situações que envolvem cenas de nudez e sexo, o provedor será responsabilizado caso notificado extrajudicialmente pela vítima a respeito do caráter ofensivo do conteúdo, deixe de indisponibilizar o acesso ao material.

Convém enfatizar, por derradeiro, que antes do advento da Lei 12.965/2014 a jurisprudência filiou-se à aplicação da teoria da responsabilidade subjetiva aos provedores. Após a edição da lei, o novo modo de julgamento das ações terá que ser pautado no fato de que os provedores, a princípio, não serão responsabilizados. A responsabilidade civil dos provedores estará condicionada ao não cumprimento de decisão judicial específica determinando a retirada do conteúdo apontado como ofensivo. O advento do marco regulatório da Internet, portanto, judicializou o regime de responsabilização dos provedores, ao determinar o Poder Judiciário é a esfera escolhida para melhor deslinde dos casos. Além disso, no tocante à problemática em exame, o Marco Civil acabou por atenuar, de maneira evidente, o direito à privacidade, enquanto que valoriza o direito à liberdade de expressão.

CONCLUSÃO

As vítimas de prejuízos oriundos de atos ilícitos praticados na Internet têm progressivamente invocado a via Judiciária, com o intuito de obter a reparação dos danos suportados, valendo-se para tanto de ajuizamento de ações de indenização em desfavor dos provedores de Internet, uma vez que as peculiaridades do ambiente virtual estimulam a dificuldade em identificar o exato causador do dano. Assim, é evidente que a extensão e o potencial ofensivo de uma mensagem publicada na Internet podem causar danos de dimensões imensuráveis.

Assim, o presente trabalho buscou contribuir para elaboração de respostas às indagações referentes à responsabilidade civil dos provedores de Internet quando houver violação à privacidade e à liberdade de expressão, por danos causados por conteúdos gerados por terceiros.

Diante da ausência de legislação específica que versasse sobre a problemática, os Tribunais trataram a controvérsia embasando suas decisões nos diplomas legais que guardassem similitude com o tema e

também no estudo realizado pela doutrina. A finalidade era estabelecer uma maneira eficaz de aplicar a responsabilidade civil quanto ao dever de reparar danos. Em razão disso, foi criada uma dissonância na jurisprudência pátria, cabendo aos Tribunais Superiores a função engenhosa de harmonizar a jurisprudência.

Da análise feita, é imperioso concluir que o Superior Tribunal de Justiça buscou proteger o direito à privacidade ao determinar que no momento em que o provedor for notificado extrajudicialmente acerca da existência de conteúdo ofensivo, promova a sua retirada, sob pena de ser responsabilizado, ao mesmo tempo em que ordenou que os provedores não estão sujeitos à obrigação de fiscalizar o teor do conteúdo publicado, em razão de tal prática configurar violação ao direito à liberdade de expressão. Vê-se, portanto, que o Superior Tribunal de Justiça tentou sopesar o conflito dos direitos fundamentais em questão, inclinando-se a adotar a responsabilidade subjetiva, com espeque na teoria da culpa.

O legislador brasileiro, atento a essas questões, dedicou-se à edição de uma lei que regulamentasse, de maneira proeminente, o uso da Internet no Brasil. Estamos nos referindo à Lei 12.965/2014, com início de sua vigência em dia 24 de junho de 2014. O referido diploma legal estabelece, em seu artigo 19, que os provedores sejam responsabilizados somente nos casos em que não cumprirem ordem judicial específica que determine a retirada do conteúdo ofensivo.

Conclui-se, a partir do estudo esposado que a disposição legal, não obstante pretenda impedir a censura e a retirada abusiva do material divulgado, condiciona a satisfação do interesse da vítima ao ajuizamento de ação no Judiciário a fim de que haja o efetivo impedimento ao acesso ao conteúdo de cunho ofensivo, o que pode acarretar numa maior dimensão dos danos suportados e ampliar o número de demandas no Judiciário que poderiam ser resolvidas na esfera particular.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BITTAR, Carlos Alberto apud Maria Helena Diniz. **Curso de Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2009. 63 p.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.323.754/RJ. Recorrente: Google Brasil Internet Ltda. Recorrido: Grasielle Salme Leal. Relatora Min. Nancy Andrighi. Brasília, 19 junho 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=22644503&sReg=201200057484&sData=20120828&sTipo=5&formato=PDF>. Acesso em 10 de outubro de 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.396.963 /RS. Recorrente: Google Brasil Internet Ltda. Recorrido: Augusto Pio Beneditti. Relator: Min. Raul Araújo. Quarta Turma. Julgado em: 08 mai. 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=35199636&num_registro=201202214941&data=20140523&tipo=51&formato=PDF>. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1402104/RJ. Acesso em 10 de outubro de 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1338214/MT. Recorrente: Google Brasil Internet Ltda. Recorrido: Roger Eduardo Sasaki. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Terceira Turma. Julgado em: 21 nov. 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=32638094&num_registro=201200396460&data=20131202&tipo=51&formato=PDF>. Recurso Especial 1338214/MT. Acesso em 20 de outubro de 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial 2012/0154715-6. AgRg no REsp 1402104. Relator: Ministro Raul Araújo. Recorrente: Google Brasil Internet Ltda. Recorrido: Juliana Knust Sampaio. Brasília. Julgado em 27 maio 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=35202359&sReg=201201547156&sData=20140618&sTipo=51&formato=PDF>. Acesso em 14 de outubro de 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.642.997 - RJ (2016/0272263-4). Relatora Ministra Nancy Andrighi. Recorrente: FACEBOOK Serviços Online do Brasil. Recorrido: Fernando Cândido da

Costa. Julgado em 12 de setembro de 2017. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=76349712&num_registro=201602722634&data=20170915&tipo=5&formato=PDF. Acesso em 14 de dezembro de 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 997.993/MG. Recorrente: Robson Gerônimo Maciel. Recorridos: Mídia Um Publicidade Propaganda e Marketing Ltda.; TV Juiz de Fora Ltda. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Brasília, julgado em 21 de jun 2012. Órgão: Quarta Turma. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=23632544&sReg=200702476356&sData=20120806&sTipo=5&formato=PDF>. Acesso em 14 de outubro de 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.300.161/RS. Recorrente: José Leonardo Bopp Meister. Recorrido: Microsoft Informática Ltda. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília, 19 de jun 2012. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=22902494&sReg=201101902563&sData=20120626&sTipo=51&formato=PDF>. Acesso em 14 de outubro de 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 566.468/RJ. Recorrente: Terra Networks do Brasil S/A. Recorrido: Iraci Monteiro de Carvalho. Relator: Min. Jorge Scartezini. Brasília. Julgado em 23 nov.2004. Disponível em: <http://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200301325557&dt_publicacao=17/12/2004>. Acesso em 14 de outubro de 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1193764/SP. Recorrente: I P da S B. Recorrido: Google Brasil Internet Ltda. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Brasília. Julgado em 14 dez. 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=13438580&sReg=201000845120&sData=20110808&sTipo=51&formato=PDF>. Acesso em 14 de outubro de 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de instrumento nº 70061201752. Recorrente: Google Brasil Internet Ltda. Recorrido: Decio Luiz Franzen. Nona Câmara Cível. Julgado em: 22 ago. 2014. Disponível em: http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_cmarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_cmarca=700&num_processo_mask=70061201752&num_processo=70061201752&codEmenta=5909441&temIntTeor=true. Acesso em 10 de outubro de 2017.

BRASIL. Lei 12.965/2014. Art. 18. O provedor de conexão à internet não será responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em 14 de outubro de 2017.

CORRÊA, Gustavo Testa. **Aspectos Jurídicos da Internet**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 26-126.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.v.7, 40 p.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2009. 246 p

DOTTI, René Ariel. 1980, p. 71 e 256 *apud* TEIXEIRA, Tarcisio. **Curso de direito e processo eletrônico**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. 69 p.

FILHO, Demócrito Reinaldo. **Responsabilidade por publicações na Internet**, p. 197-198 citado por TEIXEIRA, Tarcisio. **Curso de direito e processo eletrônico**. 1.ed. São Paulo: Saraiva, 2013. 195 p.

FILHO, Sergio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 49-305.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de Direito Civil**, Volume III: Responsabilidade Civil. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 63-69.

GLOBO.COM. **ONU afirma que acesso à Internet é direito humano.** Disponível em: <http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2011/06/onu-afirma-que-acesso-internet-e-um-direito-humano.html>>. Acesso em 10 de outubro de 2017.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil.** 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 23-119.

JUSTIÇA FEDERAL NO RIO GRANDE DO NORTE. JFRN.JUS. “**A Internet e o direito à privacidade**”. Disponível em: <http://www.jfrn.jus.br/institucional/biblioteca/doutrina/doutrina174.doc>> . Acesso em 11 de novembro de 2017.

LARA, Helio Cezar. **Democracia e Internet: as novas possibilidades na formação da opinião pública.** Dissertação de Mestrado em Direito pela Faculdade de Direito do Largo de São Francisco da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2013.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado.** 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. 761 p.

LEONARDI, Marcel. **Responsabilidade Civil dos Provedores de Serviços de Internet.** São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005. p. 25-156.

LEONARDI, Marcel. **Responsabilidade Civil dos Provedores de Serviços de Internet.** São Paulo: Juarez de Oliveira, 2012, 122 p.

LYRA, Afranio, 1977, p. 30 *apud* MINARDI, Liliana. **Direito e Internet: Liberdade de Informação, Privacidade e Responsabilidade Civil.** São Paulo: 2013. 59 p.

LOPES, Miguel Maria de Serpa *apud* Maria Helena Diniz. **Curso de Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil.** São Paulo: Saraiva, 2009. 34 p.

NOTÍCIAS.BOL. **União Europeia proíbe envio de spam no continente.** Disponível em:

<<http://noticias.bol.com.br/destaques/2002/05/31/ult124u10167.jhtm>>.
Acesso em 20 de outubro de 2017.

NETFOLIO.PT. **O que é o spam?** Disponível em:
<<http://www.netfolio.pt/spam>>. Acesso em 10 de outubro de 2017.

NORRIS, Robert. **Responsabilidade Civil do Fabricante pelo Fato do Produto**. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p.27 *apud* Rui Stoco. Tratado de Responsabilidade Civil – Doutrina e Jurisprudência. 9ª ed. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. 155 p.

PAESANI, Liliana Minardi. **Direito e Internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil**. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 10-75.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo Curso de Direito Civil: responsabilidade civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, v. III. 15 p.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito Digital**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. 59 p.

RODOTÀ. 1996, Teledemocracia e libertá individuali, *apud*. PAESANI, Liliana Minardi. **Direito e Internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2013. 39 p.

ROHRMANN, Carlos Alberto. **Curso de Direito Virtual**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 5-174

SAVATIER, *apud* Caio Mário *apud* Rui Stoco. **Tratado de Responsabilidade Civil – Doutrina e Jurisprudência**. 9. ed. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 192.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 30. ed. São Paulo, SP: Malheiros, 2008.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil – Doutrina e Jurisprudência**. 9. ed. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 155-901.

TEIXEIRA, Tarcisio. **Curso de direito e processo eletrônico**. 1.ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 11-335

TEIXEIRA, Tarcisio. **Curso de direito e processo eletrônico – doutrina, jurisprudência e prática**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 179.

VASCONCELOS, Fernando Antônio de. **Internet: responsabilidade do provedor pelos danos praticados**. Curitiba: Juruá, 2005. p. 67-68.

NOTAS:

[1] GLOBO.COM. **ONU afirma que acesso à Internet é direito humano**. Disponível em: <http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2011/06/onu-afirma-que-acesso-internet-e-um-direito-humano.html>. Acesso em 10 de outubro de 2017.

[2] TEIXEIRA, Tarcisio. **Curso de direito e processo eletrônico**. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. 33 p.

[3] SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 30 ed. São Paulo, SP: Malheiros, 2008.

[4] LEONARDI, MARCEL. **Responsabilidade Civil dos Provedores de Serviços de Internet**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2012, 122 p.

[5] DOTTI, René Ariel. 1980, p. 71 e 256 *apud* TEIXEIRA, Tarcisio. **Curso de direito e processo eletrônico**. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. 69 p.

[6] PAESANI, Liliana Minardi. **Direito e Internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2013. 35 p.

[7] RODOTÀ. 1996, Teledemocrazia e libertá individuali, *apud*. PAESANI, Liliana Minardi. **Direito e Internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2013. 39 p.

[8] PAESANI, Liliana Minardi. 2000, *apud* TEIXEIRA, Tarcisio. **Curso de direito e processo eletrônico**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. 75 p.

[9] PAESANI, Liliana Minardi. **Direito e Internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2013. 39 p.

[10] _____.

- [11] NETO, Amaro Moraes. **Privacidade na Internet: um enfoque jurídico**. Bauru: Edipro, 2001. 73 p.
- [12] JUSTIÇA FEDERAL NO RIO GRANDE DO NORTE. JFRN.JUS. “**A Internet e o direito à privacidade**”. Disponível em:
<<http://www.jfrn.jus.br/institucional/biblioteca/doutrina/doutrina174.doc>>. Acesso em 11 de novembro de 2017.
- [13] TEIXEIRA, Tarcisio. **Curso de direito e processo eletrônico**. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.36 p.
- [14] NOTÍCIAS.BOL. União Europeia proíbe envio de spam no continente. Disponível em:
<<http://noticias.bol.com.br/destaques/2002/05/31/ult124u10167.jhtm>>. Acesso em 20 de outubro de 2017.
- [15] ROHRMANN, Carlos Alberto. **Curso de Direito Virtual**. 1 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. 141 p.
- [16] LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. 761 p.
- [17] NETFOLIO.PT. **O que é o spam?** Disponível em:
<<http://www.netfolio.pt/spam>>. Acesso em 10 de outubro de 2017.
- [18] TEIXEIRA, Tarcisio. **Curso de direito e processo eletrônico**. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.39 p.
- [19] Não há no Brasil um órgão de regulamentação que vise evitar spams, no entanto, provedores de acesso e serviços têm se organizado em movimentos no intuito de combater a prática. Nesse sentido, vide:
<<http://www.antispam.org.br>>.
- [20] LYRA, Afranio, 1977, p. 30 *apud* MINARDI, Liliana. **Direito e Internet: Liberdade de Informação, Privacidade e Responsabilidade Civil**. São Paulo: 2013. 59 p.
- [21] DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil**. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.v.7, 40 p.
- [22] GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de Direito Civil**, Volume III: Responsabilidade Civil. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. 63 p.
- [23] NORRIS, Robert. **Responsabilidade Civil do Fabricante pelo Fato do Produto**. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p.27 *apud* Rui Stoco.

Tratado de Responsabilidade Civil – Doutrina e Jurisprudência. 9ª ed. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. 155 p.

[24] DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2009. 40 p.

[25] STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil – Doutrina e Jurisprudência**. 9 ed. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. 178 p.

[26] GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de Direito Civil, Volume III: Responsabilidade Civil**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. 69 p.

[27] STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil – Doutrina e Jurisprudência**. 9 ed. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. 176 p.

[28] FILHO, Sergio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012. 49 p.

[29] A expressão aquiliana refere-se à Lex Aquilia, lei romana que versava sobre responsabilidade civil.

[30] FILHO, Sergio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2012. 305p.

[31] SAVATIER, apud Caio Mário apud Rui Stoco. **Tratado de Responsabilidade Civil – Doutrina e Jurisprudência**. 9. ed. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. 192 p.

[32] Vide TEIXEIRA, Tarcisio. **Curso de direito e processo eletrônico – doutrina, jurisprudência e prática**. São Paulo: Saraiva, 2013. 179 p.

[33] DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro – Responsabilidade Civil**. São Paulo: Saraiva, 2009. 246 p

[34] STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil – Doutrina e Jurisprudência**. 9 ed. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. 192 p.

[35] _____ .194 p.

[36] TEIXEIRA, Tarcisio. **Curso de direito e processo eletrônico**. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. 183 p.

[37] TEIXEIRA, Tarcisio. **Curso de direito e processo eletrônico**. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. 185 p.

- [38] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 23 p.
- [39] TEIXEIRA, Tarcisio. **Curso de direito e processo eletrônico – doutrina jurisprudência e prática**. São Paulo: Saraiva, 2013. 187 p.
- [40] PAESANI, Liliana Minardi. **Direito e Internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil**. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2013. 66 p.
- [41] TEIXEIRA, Tarcisio. **Curso de direito e processo eletrônico**. 1.ed. São Paulo:Saraiva, 2013.191 p.
- [42] LEONARDI, Marcel. **Responsabilidade Civil dos Provedores de Serviços de Internet**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005, 156 p.
- [43] TEIXEIRA, Tarcisio. **Curso de direito e processo eletrônico**. 1.ed. São Paulo:Saraiva, 2013.193 p.
- [44] BRASIL. Lei nº 8.078/90. Artigo 7º: Os direitos previstos neste código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade. Parágrafo único. Tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em 06 out 2017.
- [45] TEIXEIRA, Tarcisio. **Curso de direito e processo eletrônico**. 1.ed. São Paulo:Saraiva, 2013.195 p.
- [46] PAMPLONA FILHO, Rodolfo. GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo Curso de Direito Civil: responsabilidade civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, v. III. 15 p.
- [47] GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2003. 119 p.
- [48] FILHO, Demócrito Reinaldo. **Responsabilidade por publicações na Internet**, p. 197-198 citado por TEIXEIRA, Tarcisio. **Curso de direito e processo eletrônico**. 1.ed. São Paulo: Saraiva, 2013. 195 p.
- [49] CORRÊA, Gustavo Testa. **Aspectos Jurídicos da Internet**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 126.

[50] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1193764/SP. Recorrente: I P da S B. Recorrido: Google Brasil Internet Ltda. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Terceira Turma. Julgado em 14 dez. 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=13438580&sReg=201000845120&sData=20110808&sTipo=51&formato=PDF>. Acesso em 23 de setembro de 2017.

[51] STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**. 6 ed. São Paulo: RT, 2004, 901 p.

[52] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial 2012/0154715-6. AgRg no REsp 1402104. Relator: Ministro Raul Araújo. Recorrente: Google Brasil Internet Ltda. Recorrido: Juliana Knust Sampaio. Terceira Turma. Julgado em 27 mai 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=35202359&sReg=201201547156&sData=20140618&sTipo=51&formato=PDF>. Acesso em: 11 de outubro de 2017.

[53] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 997.993/MG. Recorrente: Robson Gerônimo Maciel. Recorridos: Mídia Um Publicidade Propaganda e Marketing Ltda.; TV Juiz de Fora Ltda. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Quarta Turma. Julgado em 21 de jun 2012. Disponível em

https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=23632544&sReg=200702476356&sData=20120806&sTipo=5&formato=PDF. Acesso em 14 de outubro de 2010.

[54] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.396.963 /RS. Recorrente: Google Brasil Internet Ltda. Recorrido: Augusto Pio Beneditti. Relator: Min. Raul Araújo. Quarta Turma. Julgado em: 08 mai. 2014. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=35199636&num_registro=201202214941&data=20140523&tipo=51&formato=PDF>. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1402104/RJ. Acesso em 10 de outubro de 2017.

[55] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RECURSO ESPECIAL Nº 1.642.997 - RJ (2016/0272263-4). Recorrente: FACEBOOK Serviços Online. Recorrido: Fernando Candido da Costa. Relatora Ministra Nancy Andrighi. Terceira Turma. Julgado em 12 de set de 2017. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=76349712&num_registro=201602722634&data=20170915&tipo=5&formato=PDF. Acesso em 14 dez 2017.

[56] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.323.754/RJ. Recorrente: Google Brasil Internet Ltda. Recorrido: Grasielle Salme Leal. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Terceira Turma. Julgado em: 19 jun. 2012. Disponível em:

<https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=22644503&sReg=201200057484&sData=20120828&sTipo=5&formato=PDF>. Acesso em 10 de outubro de 2017.

[57] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1338214/MT. Recorrente: Google Brasil Internet Ltda. Recorrido: Roger Eduardo Sasaki. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Terceira Turma. Julgado em: 21 nov. 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=32638094&num_registro=201200396460&data=20131202&tipo=51&formato=PDF>. Recurso Especial 1338214/MT. Acesso em 20 de outubro de 2017.

[58] PAESANI. Liliana Minardi. **Direito e Internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil**. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2013. 84 p.

[59] BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de instrumento nº 70061201752. Recorrente: Google Brasil Internet Ltda. Recorrido: Decio Luiz Franzen. Nona Câmara Cível. Julgado em: 22 ago. 2014. Disponível em: http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70061201752&num_processo=70061201752&codEmenta=5909441&temIntTeor=true. Acesso em 10 de outubro de 2017.

A CAPACIDADE POSTULATÓRIA DO DELEGADO DE POLÍCIA

THIAGO DE CASTRO SALDANHA NUNES:
Pós-Graduação "latu senso" pela Escola da Magistratura - AMAGIS- DF (Penal, Processo Penal e Empresarial). Bacharel em Direito pela Centro de Ensino Unificado do Distrito Federal - UDF. Servidor público do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios - TJDF.

RESUMO: O objetivo deste trabalho é discorrer sobre a capacidade postulatória do Delegado de Polícia. Essa capacidade refere-se à possibilidade de, no curso na investigação criminal, o Delegado de Polícia representar por medidas cautelares junto ao Poder Judiciário. O presente artigo aborda a divergência doutrinária existente entre o posicionamento do Ministério Público, que entende pela não aplicação da capacidade postulatória pelo Delegado de Polícia, e da Polícia Judiciária, que entende pela aplicação do referido instituto, e a respectiva legislação pertinente ao tema. Conclusivamente, apesar dos argumentos apresentados pelos membros do Ministério Público, a representação do delegado de polícia por medidas cautelares no curso da investigação criminal é convergente com o atual ordenamento jurídico e expresso na legislação vigente.

Palavras-chave: Brasil. Delegado de polícia. Capacidade postulatória. Medidas cautelares.

ABSTRACT: The objective of this study is to discuss the postulate capacity of chief of police. This capability refers to the possibility that the Chief of Police has to represent for precautionary measures by the Judiciary in the course of criminal investigation. This article deals with the doctrinal divergence between the position of the Public Ministry, which understands the non-application of postulate capacity by the Chief of Police, and the Judicial Police, which understands the application of that institute, and the relevant laws. Conclusively, despite the arguments of the members of Public Ministry, the representation of the Chief of Police for precautionary measures in the criminal investigation is convergent with the current legal system and expressed in current legislation.

Keywords: Brazil. Chief of police. Postulate capacity. Precautionary measures.

1. INTRODUÇÃO

No curso da investigação criminal, o delegado de polícia dispõe de uma série de ferramentas para apurar a autoria e a materialidade dos delitos. As medidas cautelares, sejam elas de natureza real, probatória ou pessoal, que têm por finalidade assegurar o interesse perseguido na fase pré-processual, são algumas dessas ferramentas à disposição do delegado para ajudar a tornar o procedimento investigativo mais eficaz.

Assim, o delegado de polícia, presidente do inquérito policial, no curso de uma investigação, ao vislumbrar a necessidade de decretação de alguma medida cautelar, não poderá decretá-la, visto que tais medidas, em regra, devem ser concedidas pelo Juiz.^[1] No entanto, a autoridade policial deve representar por tal medida, diretamente, junto ao Poder Judiciário. Isso é o que se entende por capacidade postulatória.

Não obstante, existem entendimentos que negam a possibilidade de o delegado representar por tais medidas. Os defensores dessa ideia vão no sentido de que o titular das ações acessórias deva ser necessariamente o titular da ação principal, enfatizando o caráter instrumental das ações acessórias em relação a ação principal.

Ainda nesse sentido, entendem que o manejo de qualquer ação judicial, somente caiba a quem esteja na legítima condição de parte para o possível e futuro processo principal, o que não é o caso do Delegado de Polícia. Portanto, nenhum outro órgão estaria legitimado a postular por medidas cautelares senão o Ministério Público, titular da ação penal.^[2]

Diante dessa divergência de posicionamentos entre o Ministério Público e a Polícia Judiciária, indaga-se: Qual posicionamento está amparado pelo ordenamento jurídico brasileiro?

No decorrer do estudo, que foi realizado mediante pesquisa exploratória com fundamentos de investigação qualitativa, observar-se-á que o entendimento dos Promotores/Procuradores de Justiça não

prevalece, pois, o ordenamento jurídico atual não vincula as medidas cautelares ao titular da ação penal.

Ao interpretar sistematicamente a Constituição Federal de 1988, nota-se que o Constituinte, ao atribuir às polícias o dever de apurar as infrações penais, também conferiu os instrumentos para que elas possam exercer plenamente suas funções.

A legislação infraconstitucional vem, em peso, reconhecendo a utilização das medidas cautelares pelo Delegado de Polícia para que ele possa valer-se dessas ferramentas para apurar infrações penais no decorrer da investigação criminal.

2. DIVERGÊNCIA DOUTRINÁRIA

O Conselho Nacional dos Procuradores Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União – CNPG, em seu Manual Nacional do Controle Externo da Atividade Policial publicado em 2009, não reconhece a capacidade postulatória do delegado de polícia. No item 4.5 do referido manual, intitulado “O Ministério Público e a titularidade privativa dos procedimentos cautelares”, os Procuradores entendem que por possuírem a titularidade privativa para promover a ação penal pública, tal titularidade também se estenderia para os demais procedimentos e processos de natureza cautelar.

O CNPG reafirmando a compreensão de que o titular das ações acessórias seja, necessariamente, o titular da ação principal, considera que essa é a estratégia processual considerada eficiente para viabilizar a ação principal.^[3]

Ainda segundo o manual, qualquer ação judicial só pode ser manejada por quem seja parte legítima para o futuro processo principal:

O manejo de qualquer ação judicial, notadamente das cautelares, somente cabe a quem esteja na legítima condição de parte para o possível e futuro processo principal. É nessa perspectiva que se mostra necessária toda uma

revisão acerca do manejo das ações cautelares atualmente cabíveis no âmbito estreito da persecução penal. Nesse particular, afigura-se que ainda oportuna, não obstante o tempo de vigência da atual Constituição Federal brasileira, adequar, senão mesmo corrigir, o devido processo legal no âmbito da restrição cautelar de direitos fundamentais na persecução penal. [4]

Para o CNPG, a representação direta do delegado de polícia ao Poder Judiciário é fruto do regime constitucional anterior, em que a autoridade policial detinha parcela da titularidade na persecução penal.

Estabelece o manual que, na atual ordem jurídica constitucional, a capacidade postulatória para os atos judiciais pertinentes à ação pública deve estar conjugada e condizente com o controle externo da atividade policial. Assim, as representações que noticiem a necessidade de medidas cautelares estariam incluídas no contexto maior do controle externo da atividade policial.

O referido manual expõe que cabe ao Ministério Público avaliar os motivos que levaram o Delegado de Polícia a representar junto ao Poder Judiciário para saber se tais medidas pretendidas pelo Delegado acompanham a linha estratégica a ser utilizada em uma futura ação penal, e, ainda, se tais medidas são necessárias e adequadas para apurar a infração.

Essa perspectiva viabiliza, a um só tempo, o resguardo do devido processo legal na restrição cautelar de direito fundamental, tendo o Ministério Público como titular privativo da capacidade postulatória para adoção de medida judicial preventiva, além de possibilitar, sobretudo, um efetivo controle da atividade policial no respeito aos direitos fundamentais. [5]

Ainda nesse sentido, o Procurador Regional da República - Wellington Cabral Saraiva, em artigo intitulado “Legitimidade privativa do Ministério Público para o processo penal cautelar” entende que a autoridade policial não possui capacidade postulatória nem legitimidade para promover ação penal de espécie alguma, notadamente da cautelar.

Para o Procurador, admitir diligências processuais por parte da polícia sem a participação do Ministério Público constituiria ofensa ao princípio da proporcionalidade na medida em que restringiria direitos individuais sem que, em determinados casos, houvesse interesse público, pois o Ministério Público poderia reputar desnecessárias as diligências pretendidas pelo Delegado de Polícia, ou considerar que a linha de investigação para a formação da *opinio delicti*, exclusiva do Ministério Público, era outra. [6]

O autor expõe que a polícia criminal não possui capacidade postulatória e, por outro lado, o juiz não pode agir de ofício na fase pré-processual por ofensa ao princípio dispositivo e ao princípio acusatório. Assim, afirma o autor que a consequência lógica e jurídica dessas premissas é que toda medida cautelar precisa do impulso prévio por parte do órgão legitimado ao Processo Penal, que é o Ministério Público.

Ressalta, ainda, que mesmo que não coubesse ao Ministério Público a titularidade da ação penal, toda e qualquer diligência policial com implicação na esfera dos direitos fundamentais precisaria, necessariamente, ser comunicada em caráter prévio ao Ministério Público. Nesse sentido, o Procurador enfatiza que a titularidade privativa da ação penal e das medidas cautelares é exigência de um processo penal de partes, e vai ao encontro dos princípios acusatório e contraditório.

Tanto o inquérito policial quanto as medidas previstas no Código de Processo Penal são rigorosamente instrumentais, subsidiários da ação penal, não constituem fim autônomo. Devem, portanto, subordinar-se à *opinio delicti*, ainda em formação, cuja titularidade privativa –

perdoa-se a repetição necessária – é do órgão do Ministério Público.^[7]

Concluindo, o autor expõe que o polo ativo processual das medidas cautelares deve ser ocupado pelo Ministério Público, pois a polícia criminal não tem capacidade postulatória. Afirmo, também, que os dispositivos legais que prevejam iniciativa processual à polícia, devam ser considerados inconstitucionais ou não recepcionados, pelo fato de serem incompatíveis com os princípios do devido processo legal e acusatório. E termina: “Fere a lógica, o bom senso e os princípios da finalidade, eficiência e razoabilidade que medidas cautelares sejam requeridas por quem não possua legitimidade para a ação principal, ou, pior, contra a estratégia processual do autor da ação principal”. ^[8]

Seguindo o posicionamento dos Promotores, o também Promotor de Justiça Edimar Carmo da Silva, em artigo intitulado “Ministério Público e a titularidade privativa do jus postulandi para a ação penal pública e procedimentos incidentes”, corrobora com o CNPG no sentido da não recepção de artigos do Código de Processo Penal pela Constituição Federal de 1988.

Para o promotor, os artigos do Código de Processo Penal que regram que peças decorrentes de investigações devam ser enviadas ao juiz competente não foram recepcionados pela Constituição Federal de 1988, pois as provas decorrentes das investigações são direcionadas ao Ministério Público e não ao juízo competente, pois este é imparcial. E, também, artigos que possibilitam a capacidade postulatória do Delegado de Polícia, também não foram recepcionados pela Carta Magna, pois diante do sistema acusatório e da privatividade da ação penal pública pelo *parquet*, tal capacidade não mais cabe ao Delegado de Polícia.^[9]

Fechando o entendimento dos Promotores/Procuradores, Wallace Paiva Martins Júnior, escrevendo para a Revista do Ministério Público de São Paulo – *Justitia*, também nega a capacidade de postular do Delegado de Polícia, pois, segundo o Promotor, “o Delegado não tem, e não poderia, logicamente, ter a possibilidade de oferecer pedidos em juízo, pois, tais

pedidos interessam, sobremaneira, ao titular da ação penal”.[\[10\]](#) E continua:

[...] esses pedidos devem ser deduzidos pelo dominus litis da ação penal pública, o Promotor de Justiça, pois constituem apenas procedimentos cautelares do direito processual penal no interesse da futura instrução criminal em juízo. Se o promotor de justiça tem o poder de requisitar inquéritos e diligências, conceder prazos e de exclusivamente propor a ação penal pública, também tem o poder exclusivo sobre as cautelares medidas acessórias da ação penal pública que lhe é exclusiva. [\[11\]](#)

Agora, no sentido oposto ao dos Promotores/Procuradores, Eugênio Pacelli, em seu curso de processo penal, responde positivamente à capacidade postulatória do Delegado de Polícia. Para o autor nossa legislação processual penal autoriza a representação policial ao juiz para a adoção de medidas acautelatórias na fase de investigação tanto no código de processo penal quanto em legislações especiais.

Para Pacelli, não se pode dizer que as medidas cautelares no processo penal configuram, como no processo civil, processos cautelares a exigir pressupostos como parte legítima, capacidade postulatória e outros. Tais medidas são sim providências acauteladoras, porém, não há requisitos legais que as equiparem ao processo cautelar do nosso processo civil.[\[12\]](#)

Ainda nessa obra, porém em capítulo diverso, Pacelli assenta não existir em nosso direito processual penal um processo cautelar, preparatório ou principal, tal como ocorre no processo civil e, também, não existir uma fase processual cautelar, com os requisitos genéricos de todo processo: demanda, partes, petição, inicial, contraditório etc.

Sabe-se da natureza administrativa presente na fase de investigação e que, nessa fase, estão presentes providências de natureza cautelar,

muitas das quais dependentes de autorização judicial, porém, não vinculadas a um processo, rigorosamente falando. Assim,

[...] as cautelares que dependem de ordem judicial podem ser objeto de representação da autoridade policial, nos termos em que se acha disposto o artigo 282, § 2º, CPP, sem que se possa falar em ausência de capacidade postulatória. Se não é de postular a capacidade da autoridade policial, reservada às partes no processo, certamente o é a de representar no curso de procedimento administrativo, cuja consequência, ao fim e ao cabo, na fase de investigação, é a mesma.^[13]

Seguindo o entendimento majoritário, o Delegado de polícia Giancarlos Zuliani Jr publicou artigo criticando e rebatendo diretamente o disposto no Manual de controle externo da atividade policial do CNPG.

O entendimento dos Procuradores, segundo o Delegado, é fruto de uma visão isolada de um dispositivo constitucional (art. 129, I), o que prejudica o princípio da unidade da constituição que dispõe sobre a interpretação sistemática da CF, evitando que determinada norma seja sacrificada em detrimento da aplicação de outra. Assim, o art. 129, I da CF deve ser interpretado em consonância com o artigo 144, § 4º que atribui às polícias civis, dirigidas por delegados de carreira, o dever de apurar as infrações penais.^[14]

O autor afirma, ainda, que até a presente data não tem sequer notícia acerca de decisão judicial que tenha apontado, com base no artigo 129, inciso I da CF, a inconstitucionalidade de artigos de lei que preveem o exercício da capacidade postulatória pela autoridade policial. Finalizando, o Delegado alerta sobre o repasse do juízo de conveniência e oportunidade da utilização de medidas cautelares para o Ministério Público:

[...] estar-se-ia transferindo, de forma indireta, o próprio comando da investigação criminal ao Parquet. O exemplo claro disso seria

nas apurações ligadas ao tráfico de entorpecentes em que são realizadas muitas interceptações telefônicas, o MP passaria a selecionar quais prefixos deveriam ser monitorados e acabaria ditando os rumos da investigação.^[15]

Francisco Sannini Neto, Delegado de Polícia do estado de São Paulo, antes de adentrar especificamente no tema relacionado a capacidade postulatória, traz um ponto extremamente relevante acerca da investigação criminal.

O conceito de inquérito policial comumente disseminado nos livros de processo penal é aquele em que os elementos colhidos nessa fase de inquérito é direcionado ao titular da ação penal, ou seja, ao Ministério Público.

Sabe-se que, na maioria das vezes, o inquérito serve sim para reunir elementos contra o sujeito passivo da investigação, porém, em outros casos a função é exatamente a contrária, ou seja, de fornecer provas ao próprio investigado, impossibilitando que ele seja processado.

Com esse entendimento o autor alerta que a investigação criminal não é direcionado ao titular da ação penal, pois o inquérito policial caracteriza-se como um instrumento democrático e imparcial, cujo único objetivo é reunir provas e elementos de informação quando à autoria e materialidade delituosa, justificando, se for caso, a propositura da ação. Assim, o inquérito policial não serve ao Ministério Público e nem à defesa, pois está compromissado apenas com a verdade e a justiça.^[16]

Levadas a efeito as considerações acerca do inquérito policial, o Delegado ressalta a diferença existente entre a representação feita pela vítima nos crimes de ação penal pública condicionada e a representação feita pelo Delegado de polícia. Naquele caso, a representação da vítima tem natureza jurídica de condição objetiva de procedibilidade, e, por outro lado, a representação do Delegado de polícia é um instrumento cujo objetivo é levar ao conhecimento do Poder Judiciário alguns fatos e

circunstâncias que justifiquem e exijam a decretação de determinada medida cautelar. Por fim, respondendo positivamente à capacidade postulatória, expõe:

Tendo em vista que o nosso ordenamento jurídico adotou o sistema acusatório, o Juiz não pode exercer uma função ativa ou de protagonismo na fase investigatória da persecução penal. Justamente por isso, com a intenção de resguardar os interesses perseguidos na fase pré-processual, o legislador conferiu ao Delegado de Polícia a possibilidade de provocar o Poder Judiciário por meio da representação.^[17]

Continuando a linha de pensamento dos Delegados de polícia, Bruno Fontenele Cabral, em artigo publicado pelo *Jus Navigandi*, entende que a utilização de medidas assecuratórias pela autoridade policial durante o inquérito policial encontra fundamento no artigo 144 da CF/88, que atribui às polícias civis, dirigidas por delegados de carreira, o dever de apurar infrações penais.^[18]

Em relação ao argumento dos Promotores/Procuradores de que a capacidade postulatória iria de encontro ao sistema acusatório, o Delegado expõe:

[...] não há de se falar que a capacidade postulatória da autoridade policial iria de encontro com o sistema acusatório, pois a CF/88 confere ao delegado de polícia a presidência do inquérito policial, ou seja, a titularidade da investigação criminal, embora se reconheça a existência de um movimento no sentido da ampliação do rol dos legitimados para a investigação criminal, com a tentativa de criação de figuras inusitadas como a do "promotor investigador" ou, ainda, do "juiz investigador", traduzidas pelas tentativas infrutíferas de

introdução do modelo de juizado de instrução no Brasil.[\[19\]](#)

Márcio Alberto Gomes Silva, Delegado da Polícia Federal, também escrevendo sobre o tema deste trabalho, se opõe ao argumento de que as medidas cautelares são pleitos preparatórios para o manejo do futuro processo penal, pois, segundo o Delegado, esta não deve ser a relação principal-acessório, pois, quando representadas pelo Delegado de Polícia, as medidas cautelares servem ao inquérito policial, que é procedimento administrativo, inquisitivo, sigiloso e escrito que, sob a presidência do Delegado de Polícia, tramita no âmbito da Polícia Judiciária. Assim, a relação não é principal-acessória, e sim inquérito-medida cautelar.[\[20\]](#)

Reforçando a divisão de tarefas disposta constitucionalmente e, também, com intuito de desvincular a relação principal-acessória defendida pela corrente dos Promotores de Justiça, o Delegado Márcio Alberto aduz:

No curso do feito inquisitivo, pode o Delegado de Polícia entender que o fato será melhor aclarado com o manejo de medida cautelar (de busca e apreensão, interceptação telefônica, quebra de sigilo bancário, etc.), que deve ser representada ao Poder Judiciário. Fica claro, nesta esteira, que o que está sendo acautelado é o próprio inquérito (e a prova a ser produzida em seu bojo). Assim é que a Autoridade Policial terá que demonstrar a necessidade/utilidade da medida mitigadora dos direitos do investigado/indiciado para que a mesma seja deferida pelo Juízo competente.[\[21\]](#)

Terminada a exposição dos posicionamentos divergentes, notaremos que, apesar dos argumentos apresentados pelos Promotores/Procuradores, a posição adotada pelos Delegados de Polícia está constitucional e legalmente amparada pelo ordenamento jurídico pátrio. Passa-se, no próximo capítulo, a expor a legislação pertinente.

3. LEGISLAÇÃO PERTINENTE

Inicia-se o presente capítulo trazendo o fundamento constitucional que, segundo a doutrina majoritária, legitima toda a legislação infraconstitucional a respeito da representação do delegado de polícia por medidas cautelares no âmbito do inquérito policial. Os parágrafos 1º e 4º do artigo 144 da Constituição Federal assim dispõem:

[...] § 1º - a polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a: I - apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei; [...] § 4º - às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.^[22]

Segundo Pacelli, o artigo da CF/88 acima citado não só atribui a função de investigação à polícia judiciária, como não subordina a atuação policial ao Ministério Público.^[23]

O delegado de polícia Bruno Fontenele Cabral, ao atribuir o fundamento da capacidade postulatória ao artigo 144 da CF/88, argumenta que de acordo com a teoria dos poderes implícitos, se a Constituição Federal conferiu aos delegados de polícia o poder de investigar, como consequência lógica, atribuiu à autoridade policial a adoção de medidas cautelares necessárias para o desenvolvimento adequado das investigações criminais.^[24]

Giancarlos Zuliani Jr, também Delegado de Polícia, reforça a ideia da utilização dos poderes implícitos e ressalta que não há como imaginar a tarefa de apurar infrações penais desassociada do manejo das medidas cautelares por parte da autoridade que preside a investigação. Assim, para

o Delegado, o artigo 144, § 4º, da Constituição Federal reveste de constitucionalidade toda a legislação ordinária que estabelece hipótese do exercício da capacidade postulatória por parte da autoridade policial[25].

Saindo do âmbito constitucional e partindo para a legislação infraconstitucional, percebe-se que o legislador conferiu expressamente à autoridade policial a incumbência de representar por medidas cautelares no curso da investigação criminal. Iniciando-se pelo Código de Processo Penal, o artigo 127 prevê a hipótese de representação pelo sequestro de bens: “O juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou do ofendido, ou mediante representação da autoridade policial, poderá ordenar o sequestro, em qualquer fase do processo ou ainda antes de oferecida a denúncia ou queixa”. [26] (Grifo Nosso)

O artigo 149, § 1º, do mesmo diploma legal, dispõe sobre a possibilidade de representação do delegado de polícia para que o acusado seja submetido a exame médico-legal quando houver dúvida sobre a integridade mental do acusado, *in verbis*:

Art. 149. Quando houver dúvida sobre a integridade mental do acusado, o juiz ordenará, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, do defensor, do curador, do ascendente, descendente, irmão ou cônjuge do acusado, seja este submetido a exame médico-legal. § 1º O exame poderá ser ordenado ainda na fase do inquérito, mediante representação da autoridade policial ao juiz competente. [27] (Grifo Nosso)

Um dos artigos de maior expressão na legislação infraconstitucional referente a capacidade postulatória do delegado de polícia é o artigo 282 do Código de Processo Penal. Ressalta-se que tal artigo foi fruto de alterações promovidas pela lei 12.403/11, portanto, recente.

O artigo 282, § 2º, faz parte do título IX do Código de Processo Penal denominado da prisão, das medidas cautelares e da liberdade provisória.

E, reforçando o entendimento majoritário, o parágrafo 2º dispõe: “As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público”. [28] (Grifo Nosso)

Em relação ao parágrafo supracitado, Paulo Rangel, legitimando a representação do Delegado de Polícia, traz o seguinte ensinamento: “A lei se refere às “partes” e não há partes no inquérito policial e quando ela se refere à investigação criminal somente legitima a autoridade policial, através da representação, e o Ministério Público, através de requerimento”. [29]

Ainda no Código de Processo Penal, no capítulo relacionado à prisão preventiva, o artigo 311 autoriza a representação do Delegado de polícia, *in verbis*:

Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial. [30] (Grifo Nosso)

Além do nosso Código de Processo Penal, várias legislações esparsas expressamente conferiram ao Delegado de Polícia a possibilidade de ir ao Poder Judiciário representar por medidas cautelares.

A lei 7.960/89, que dispõe sobre a prisão temporária, em seu artigo 2º dispõe: “A prisão temporária será decretada pelo juiz, em face da representação da autoridade policial ou de requerimento do Ministério Público, e terá o prazo de 05 (cinco) dias [...]” [31] (Grifo Nosso)

Continuando, a lei 9.296/96, dispendo sobre a interceptação de comunicações telefônicas, prevê a representação do Delegado de Polícia nos seguintes termos: “Art. 3º A interceptação das comunicações

telefônicas poderá ser determinada pelo juiz, de ofício ou a requerimento: I – da autoridade policial, na investigação criminal” [...]. [32]

A lei Maria da Penha (11.340/06), também fortifica o entendimento sobre a representação do Delegado de Polícia ao dispor em seu artigo 20 a possibilidade de representação pela prisão preventiva, *in verbis*:

Art. 20. Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva do agressor, decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade policial. [33] (Grifo Nosso)

Na lei 11.343/06, que institui o sistema nacional de políticas públicas sobre drogas, o legislador conferiu ao Delegado de Polícia a faculdade de representar pela apreensão e outras medidas assecuratórias de bens relativos aos crimes prevista na referida legislação. O artigo 60 da lei possui o seguinte texto:

Art. 60. O juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade de polícia judiciária, ouvido o Ministério Público, havendo indícios suficientes, poderá decretar, no curso do inquérito ou da ação penal, a apreensão e outras medidas assecuratórias relacionadas aos bens móveis e imóveis ou valores consistentes em produtos dos crimes previstos nesta Lei, ou que constituam proveito auferido com sua prática, procedendo-se na forma dos artigos 125 a 144 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal. [34] (Grifo Nosso)

A lei 9.613/98, conhecida como lei de lavagem de dinheiro, reforça toda a legislação explorada até agora, reconhecendo a representação da

Delegado de Polícia para decretação de medidas assecuratórias em seu artigo 4º:

Art. 4º O juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação do delegado de polícia, ouvido o Ministério Público em 24 (vinte e quatro) horas, havendo indícios suficientes de infração penal, poderá decretar medidas assecuratórias de bens, direitos ou valores do investigado ou acusado, ou existentes em nome de interpostas pessoas, que sejam instrumento, produto ou proveito dos crimes previstos nesta Lei ou das infrações penais antecedentes. (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012)[35] (Grifo Nosso)

Sabe-se que a legislação explorada até o momento não esgota todas as previsões da capacidade postulatória do Delegado de Polícia no ordenamento jurídico brasileiro, porém, fica clara a opção do legislador em conferir tal prerrogativa ao Delegado de Polícia.

Além disso, lembra Giancarlo Zuliani Jr que, até a presente data, não se tem notícia de qualquer decisão judicial que tenha apontado inconstitucionalidade de artigos de lei que preveem o exercício da capacidade postulatória pela autoridade policial.[36]

Nesse sentido, vale a pena trazer a decisão do Juiz Federal – Anibal Magalhães da Cruz Matos, nos autos do processo nº 1458-22.2013.4.01.3819, em que o Ministério Público Federal alegava nulidade absoluta de uma busca e arrecadação representada pelo Delegado de Polícia, pelo fato de o Delegado não possuir interesse de agir, legitimidade para agir e nem capacidade postulatória para a respectiva ação penal. Assim expôs o magistrado:

[...] diversamente do sustentado pelo Ministério Público Federal, é preciso registrar que o Delegado de Polícia, na qualidade de presidente do inquérito policial, tem, sim,

legitimidade para postular as medidas cautelares que entender pertinentes ao sucesso das investigações, o que é previsto expressamente em diversos dispositivos legais que não conflitam com qualquer norma constante no Texto Constitucional em vigor.^[37]

Com isso, fica demonstrado que, tanto a Constituição Federal de 1988, quanto a legislação infraconstitucional apresentada, reforçam o entendimento dos Delegados de Polícia no sentido de possuírem capacidade postulatória para representação por medidas cautelares no âmbito da investigação criminal.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No decorrer do presente trabalho, ficou clara a existência de dois entendimentos acerca da possibilidade de o Delegado de Polícia ir à juízo representar por medidas cautelares no curso da investigação criminal.

A posição liderada pelos Promotores e Procuradores de Justiça entendem que o Delegado de Polícia não tem a referida capacidade postulatória, baseando-se, constitucionalmente, no artigo 129, I da CF/88. Já os Delegados de Polícia vão de encontro ao entendimento dos Promotores, baseando-se, constitucionalmente, no artigo 144, §1º e §4º da CF/88.

A corrente dos membros do parquet apoia-se basicamente no argumento de que o Delegado de Polícia não é parte processual, e, considerando a acessoriedade das medidas cautelares, não poderia manejar ação judicial. Com isso, só o Ministério Público, titular das ações penais, poderia se utilizar de tais medidas.

Em sentido oposto, a corrente liderada pelos Delegados de Polícia acredita que o artigo 144, §1º e §4º garante a utilização das medidas cautelares pelo Delegado de Polícia. A legislação infraconstitucional confirma o posicionamento desta corrente, pois, expressamente e em

vários momentos, concede a possibilidade de representação pela autoridade policial.

Logo, embora existam argumentos válidos para ambos os posicionamentos, a corrente dos Delegados de Polícia prevalece no ordenamento jurídico brasileiro. A legislação é clara e expressa, e a praxe forense mostra que ela vem sendo cumprida. No mais, a capacidade postulatória do Delegado de polícia não representa qualquer inconstitucionalidade ou incompatibilidade com a atual ordem constitucional, não tendo sido objeto de qualquer ação que vise a sua declaração de inconstitucionalidade.

Para encerrar, sem entrar na discussão sobre a melhor escolha política legislativa, e sabendo-se que o debate acerca do tema é de extrema importância para a investigação criminal, vale registrar que o presente trabalho não tem a pretensão de esgotar o assunto acerca de tão importante instituto do processo penal brasileiro, e sim incentivar estudos e enriquecer o debate sobre o referido instituto.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADPF – Associação dos Delegados da Polícia Federal, site: www.adpf.org.br Disponível em: http://www.adpf.org.br/adpf/documentos/oficios/1368_Decisao.pdf. Acesso em: 20 de abril. 2015

ALBERTO, Márcio Gomes Silva. Representação por medidas cautelares. Disponível em: <http://sindpfrj.blogspot.com.br/2012/10/representacoes-por-medidascautelares.html>. Acesso em: 12 fev. 2015

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 20 abr. 2015

BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 17 mai. 2015

BRASIL. Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989. Dispõe sobre prisão temporária. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7960.htm>. Acesso em: 18 de mai. 2015

BRASIL. Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996. Regulamenta o art. 5º, XII, da Constituição Federal de 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/L9296.htm>>. Acesso em: 18 de mai. 2015

BRASIL. Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 21 abr. 2015

BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em: 05 fev. 2015

BRASIL. Lei nº 9.613, de 03 de março de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9613.htm>. Acesso em: 02 abr. 2011

CABRAL, Bruno Fontenele. Reflexões sobre as medidas assecuratórias no inquérito e a capacidade postulatória da autoridade policial. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2871, 12 [maio 2011](#). Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/19075>>. Acesso em: 21 jul. 2014

CABRAL, Wellington Saraiva. Legitimidade Privativa do Ministério Público para o Processo Penal Cautelar. Disponível em: http://www.metajus.com.br/textos_nacionais/Processo-Penal-Cautelar-Legitimidade-MP-Wellington.pdf. Acesso em: 8 mar. 2015

CNPG - Conselho Nacional Dos Procuradores Gerais Dos Ministérios Públicos Dos Estados e Da União. Manual do controle externo da atividade policial. 2012, p. 91. Disponível em: <http://www.mp.ba.gov.br/atuacao/criminal/gacep/Manual_do_Control_Ext_erno.pdf>. Acesso em: 7 mar. 2015

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal. 18. Ed. ver. E ampl. atual. De acordo com as leis 12.830, 12.850 e 12.878, todas de 2013. – São Paulo: Atlas, 2014.

PAIVA, Wallace Martins Junior. A exclusividade do "jus postulandi" do Ministério Público na ação penal pública e no inquérito policial, *Justitia*, São Paulo, 53 (156), out./dez. 1991, p. 15

RANGEL, Paulo. Direito processual penal. 20. Ed. – São Paulo: Atlas, 2012.

SANNINI NETO, Francisco. Representação do Delegado de Polícia: (des) vinculação ao parecer do Ministério Público. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 19, n. 3982, 27 maio 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/28228>>. Acesso em: 31 mar. 2015

SILVA, Edimar Carmo da. Ministério Público e a titularidade privativa do jus postulandi para ação penal e procedimentos incidentes. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/3116>. Acesso em: 4 mar. 2015

ZULIANI JR, Giancarlos. A Capacidade Postulatória do Delegado. Disponível em: <http://www.delegados.com.br/juridicos/a-capacidade-postulatoria-do-delegado>. Acesso em: 30 mar. 2015

NOTAS:

[1] SANNINI NETO, Francisco. [Representação do Delegado de Polícia: \(des\) vinculação ao parecer do Ministério Público](#). Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/28228>>. Acesso em: 6 mar. 2015

[2] Conselho Nacional Dos Procuradores Gerais Dos Ministérios Públicos Dos Estados e Da União. Manual do controle externo da atividade policial. 2012, p. 91. Disponível em: <http://www.mp.ba.gov.br/atuacao/criminal/gacep/Manual_do_Control_Ext_erno.pdf>. Acesso em: 7 mar. 2015

[3] Conselho Nacional Dos Procuradores Gerais Dos Ministérios Públicos Dos Estados e Da União. Manual do controle externo da atividade policial. 2012, p. 91. Disponível em: <http://www.mp.ba.gov.br/atuacao/criminal/gacep/Manual_do_Control_Ext_erno.pdf>. Acesso em: 7 mar. 2015

[4]Idem.

[5]Conselho Nacional Dos Procuradores Gerais Dos Ministérios Públicos Dos Estados e Da União. Manual do controle externo da atividade policial. 2012, p. 91. Disponível em: <http://www.mp.ba.gov.br/atuacao/criminal/gacep/Manual_do_Controlo_Ext_erno.pdf>. Acesso em: 7 mar. 2015.

[6]CABRAL, Wellington Saraiva. Legitimidade Privativa do Ministério Público para o Processo Penal Cautelar. Disponível em: http://www.metajus.com.br/textos_nacionais/Processo-Penal-Cautelar-Legitimidade-MP-Wellington.pdf. Acesso em: 8 mar. 2015

[7]CABRAL, Wellington Saraiva. Legitimidade Privativa do Ministério Público para o Processo Penal Cautelar. Disponível em: http://www.metajus.com.br/textos_nacionais/Processo-Penal-Cautelar-Legitimidade-MP-Wellington.pdf. Acesso em: 8 mar. 2015

[8]Idem.

[9]SILVA, Edimar Carmo da. Ministério Público e a titularidade privativa do jus postulandi para ação penal e procedimentos incidentes. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/3116>. Acesso em: 4 mar. 2015

[10]PAIVA, Wallace Martins Junior. A exclusividade do "jus postulandi" do Ministério Público na ação penal pública e no inquérito policial, *Justitia*, São Paulo, 53 (156), out./dez. 1991, p. 15

[11]Idem.

[12]OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal. 18. Ed. ver. E ampl. atual. De acordo com as leis 12.830, 12.850 e 12.878, todas de 2013. – São Paulo: Atlas, 2014.

[13]OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal. 18. Ed. ver. E ampl. atual. De acordo com as leis 12.830, 12.850 e 12.878, todas de 2013. – São Paulo: Atlas, 2014.

[14]ZULIANI JR, Giancarlos. A Capacidade Postulatória do Delegado. Disponível em: <http://www.delegados.com.br/juridicos/a-capacidade-postulatoria-do-delegado>. Acesso em: 30 mar. 2015

[15]ZULIANI JR, Giancarlos. A Capacidade Postulatória do Delegado. Disponível em: <http://www.delegados.com.br/juridicos/a-capacidade-postulatoria-do-delegado>. Acesso em: 30 mar. 2015

[16]SANNINI NETO, Francisco. Representação do Delegado de Polícia: (des)vinculação ao parecer do Ministério Público. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 19, n. 3982, 27 maio 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/28228>>. Acesso em: 31 mar. 2015

[17]SANNINI NETO, Francisco. Representação do Delegado de Polícia: (des)vinculação ao parecer do Ministério Público. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 19, n. 3982, 27 maio 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/28228>>. Acesso em: 31 mar. 2015

[18]CABRAL, Bruno Fontenele. Reflexões sobre as medidas assecuratórias no inquérito e a capacidade postulatória da autoridade policial. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2871, 12 maio 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/19075>>. Acesso em: 21 jul. 2014

[19]Idem.

[20]ALBERTO, Márcio Gomes Silva. Representação por medidas cautelares. Disponível em: <<http://sindpfrj.blogspot.com.br/2012/10/representacoes-por-medidas-cautelares.html>>. Acesso em: 12 fev. 2015

[21]ALBERTO, Márcio Gomes Silva. Representação por medidas cautelares. Disponível em: <<http://sindpfrj.blogspot.com.br/2012/10/representacoes-por-medidas-cautelares.html>>. Acesso em: 12 fev. 2015

[22]BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 20 abr. 2015

[23]OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal. 18. Ed. ver. E ampl. atual. De acordo com as leis 12.830, 12.850 e 12.878, todas de 2013. – São Paulo: Atlas, 2014.

[24]CABRAL, Bruno Fontenele. Reflexões sobre as medidas assecuratórias no inquérito e a capacidade postulatória da autoridade policial. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 2871, 12 maio 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/19075>>. Acesso em: 21 jul. 2014

[25]ZULIANI JR, Giancarlo. A Capacidade Postulatória do Delegado. Disponível em: <http://www.delegados.com.br/juridicos/a-capacidade-postulatoria-do-delegado>. Acesso em: 30 mar. 2015

[26]BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 20 mai. 2015

[27]BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 20 mai. 2015.

[28]Idem.

[29]RANGEL, Paulo. Direito processual penal. 20. Ed. – São Paulo: Atlas, 2012.

[30]BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 20 mai. 2015

[31]BRASIL. Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989. Dispõe sobre prisão temporária. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7960.htm>. Acesso em: 18 de mai. 2015

[32]BRASIL. Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996. Regulamenta o art. 5º, XII, da Constituição Federal de 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/L9296.htm>>. Acesso em: 18 de mai. 2015

[33]BRASIL. Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 21 abr. 2015.

[34]BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em: 05 fev. 2015

[35]BRASIL. Lei nº 9.613, de 03 de março de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9613.htm>. Acesso em: 02 abr. 2011

[36]ZULIANI JR, Giancarlos. A Capacidade Postulatória do Delegado. Disponível em: <http://www.delegados.com.br/juridicos/a-capacidade-postulatoria-do-delegado>. Acesso em: 30 mar. 2015

[37]Disponível em: http://www.adpf.org.br/adpf/documentos/oficios/1368_Decisao.pdf. Acesso em: 20 de abri. 2015

**CENTRO UNIVERSITÁRIO “ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO” DE
PRESIDENTE PRUDENTE/SP**

CURSO DE DIREITO

**O SISTEMA DE PRECEDENTES JUDICIAIS: ASPECTOS CONTRO-
VERTIDOS DE SUA APLICAÇÃO NO ATUAL CPC, E O PRENÚNCIO
DE MUDANÇA NA RACIONALIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS**

Lucas Del Mora do Nascimento

Presidente Prudente/SP
2017



www.conteudojuridico.com.br

**CENTRO UNIVERSITÁRIO “ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO” DE
PRESIDENTE PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

**O SISTEMA DE PRECEDENTES JUDICIAIS: ASPECTOS CONTRO-
VERTIDOS DE SUA APLICAÇÃO NO ATUAL CPC, E O PRENÚNCIO
DE MUDANÇA NA RACIONALIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS**

Lucas Del Mora do Nascimento

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação da Professora Ms. Gisele Caversan Beltrami Marcato.

Presidente Prudente/SP
2017

**O SISTEMA DE PRECEDENTES JUDICIAIS: ASPECTOS CONTRO-
VERTIDOS DE SUA APLICAÇÃO NO ATUAL CPC, E O PRENÚNCIO
DE MUDANÇA NA RACIONALIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS**

Trabalho de Curso (ou Mono-
grafia) aprovado como requisito
parcial para obtenção do Grau
de Bacharel em Direito.

Gisele Caversan Beltrami Marcato
(Orientadora)

Vinícius Marin Cancian
(Examinador 1)

André Freitas Luengo
(Examinador 2)

À meu Deus, autor de minha fé, e
a minha família, sustentáculo em todas ocasiões.

AGRADECIMENTOS

Ao final deste trajeto acadêmico, diversos agradecimentos são merecidos, não só aos acadêmicos que conviveram ao meu lado, mas também quem forneceu o suporte externo.

Agradeço primeiramente a Deus, por ter me dado gratuitamente o discernimento a coragem e decisão, que foram imprescindíveis para chegar onde estou.

Agradeço a minha família (pais, irmãos, avós, tios), que sempre torceram e contribuíram para a minha vitória em todas as áreas de minha vida.

Agradeço o Centro Universitário Toledo, e a todos os seus professores, que contribuíram para o meu crescimento profissional e intelectual, foi uma honra aprender com pessoas tão competentes e decididas em suas missões.

Agradeço imensamente a minha orientadora, por ter me acolhido e orientado neste árduo trabalho monográfico, me concedendo sua atenção e um pouco de suas valiosas lições, foi um privilégio ser seu orientando.

Agradeço ao professor Vinícius Marin Cancian e ao brilhante analista do Ministério Público André Freitas Luengo, que aceitaram prontamente o convite, para compor a banca, sinto-me honrado.

Agradeço por fim, a todos os amigos e amigas da turma E, que tornaram cada dia de aula como se fosse o último.

Se precedentes devem controlar razão e justiça, [...]

*Eu aconselharia cavalheiro muito seriamente
considerar o perigo em que estamos, e examinar quais
precedentes existem de cada lado da questão.*

*[...]. Além disso, deve-se lembrar que
os precedentes, em alguns casos, não vão desculpar um juiz.*

Jonathan Swift, Drapier's Letter, 1724.

RESUMO

Gradativamente o sistema *common law* tem se aproximado do sistema *civil law*, ocorrendo uma miscigenação entres estas tradições. Isto é, a cada dia mais, vemos o sistema americano e inglês regulamentando matérias por leis e códigos, e o direito continental utilizando-se de precedentes judiciais. Indubitavelmente, o sistema brasileiro adotou a tradição *civil law*, porém, vem constantemente atribuindo maior valor aos precedentes judiciais, sem observar os institutos e técnicas inerentes a esta ferramenta de aplicação do direito. Desse modo, considerando as influências trazidas pelo atual diploma processual civil, o presente trabalho monográfico visou dar uma singela contribuição para o debate sobre o sistema de precedente brasileiro, expondo os pontos controvertidos do sistema de precedentes judiciais brasileiro, tecendo críticas quanto a sua aplicação e constitucionalidade, e ainda, a mudança que estes acarretaram na racionalidade das decisões judiciais. Para tanto, o trabalho foi dividido em quatro pontos, que embora sejam diferentes, se associam entre si. Primeiramente, se assentou as premissas conceituais e metodológicas que cercam a decisão judicial, dentre as quais, ressalta-se a lógica formal e as teorias da argumentação jurídica. Em um segundo momento, se realizou a análise das duas grandiosas tradições do *civil law* e *common law*, e suas diferença e aproximações, com o fim de se aferir os vários sistemas de precedentes e a nova racionalidade das decisões, ou seja, o modo de julgar. A partir do cotejo das tradições jurídicas e seus aspectos na cultura racional jurídica brasileira, se empreendeu o estudo do terceiro momento, abordando-se o sistema de precedentes brasileiro, analisando-se sua conceituação no atual CPC e sua duvidosa constitucionalidade, e seus aspectos controvertidos, tecendo-se as críticas pertinentes, e ao final retratou-se sobre o modo de sua operação. Por fim, em um quarto momento, se pesquisou a aplicação dos precedentes nas cortes de vértice. Em face destes quatro pontos, se procurou demonstrar as adequações necessárias à adoção de um sistema de precedentes vinculantes brasileiros, e os cuidados inerentes a sua aplicação.

Palavras-chave: Decisão Judicial, Argumentação Jurídica, Racionalidade das Decisões, Sistema de Precedentes, Precedentes Vinculantes.

ABSTRACT

Gradually the common law system has approached the civil law system, occurring a miscegenation between these traditions. That is, every day, we see the American and English system regulating matters by laws and codes, and continental law using judicial precedents. Undoubtedly, the Brazilian system has adopted the civil law tradition. However, it has consistently attributed greater value to judicial precedents, without observing the institutes and techniques inherent in this tool of law enforcement. Thus, considering the influences brought by the current civil procedural law, this single-graph work aimed to make a simple contribution to the debate about the Brazilian pre-assignment system, exposing the controversial points of the system of Brazilian judicial precedents, criticisms regarding their application and constitutionality, and also, the change they have brought about in the rationality of judicial decisions. For this, the work was divided into four points, which, although different, are related to each other. Firstly, the conceptual and methodological premises that surround the judicial decision were established, among which the formal logic and theories of legal argumentation stand out. In a second moment, the analysis of the two great traditions of civil law and common law, and its differences and approximations, was carried out in order to assess the various systems of precedents and the new rationality of decisions, that is to say, the way of judging. Based on the comparison of legal traditions and their aspects in the Brazilian legal rational culture, the study of the third moment was undertaken, approaching the Brazilian pre-transference system, analyzing its conceptualization in the current CPC and its doubts constitutionality, and its controversial aspects, weaving the pertinent criticisms, and in the end it was portrayed on the way of its operation. Finally, in a fourth moment, the application of the precedents in the vertex cuts was investigated. In view of these four points, it was tried to demonstrate the necessary adaptations to the adoption of a system of Brazilian binding precedents, and the precautions inherent in its application.

Keywords: Judicial Decision, Legal Argumentation, Rationality of Decisions, System of Precedents, Binding Precedents.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 A DECISÃO JUDICIAL	14
2.1 Lógica Formal e Decisão Judicial	16
2.2 Interpretação e Argumentação	20
2.3 Casos simples e casos difíceis (Easy end Hard Cases)	25
2.4 As Teorias da Argumentação Jurídica	28
3 O PRECEDENTE E RACIONALIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS.....	33
3.1 A técnica do precedente e common law	35
3.2 A técnica do precedente e civil law	45
3.3 Diferenças e Aproximação das Tradições Ocidentais.....	49
3.4 Os Diversos Sistemas de Precedentes.....	55
3.5 A Racionalidade e a Fundamentação com Precedentes	60
4 PRECEDENTES NO DIREITO BRASILEIRO	64
4.1 Os Precedentes no Atual Código de Processo Civil	65
4.2 (In) Constitucionalidade dos Precedentes a Moda Brasileira.....	71
4.3 Aspectos Controvertidos e Crítica a Nova Jurisdição	76
4.4 Operação com Precedentes no Sistema Brasileiro.....	81
5 PRECEDENTES NOS TRIBUNAIS SUPERIORES DO BRASIL.....	88
5.1 Precedentes no Supremo Tribunal Federal – STF.....	89
5.2 Precedentes no Superior Tribunal de Justiça – STJ	93
6 CONCLUSÃO.....	96
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	99
ANEXOS.....	104

1 INTRODUÇÃO

Por vários anos foram disseminadas ideologias no sentido de absoluto desmembramento entre as teorias do *civil law* e da *common law*. No entanto, com o passar do tempo e a eminente necessidade de um sistema célere, ocorreu a miscigenação das duas teorias, com a criação de mecanismos semelhantes aos precedentes, porém não iguais, sendo um deles a súmula vinculante.

Merece crédito aqueles que defendem uma fusão gradativa das tradições, (dentre eles Thomas da Rosa Bustamante) pois uma complementa os problemas da outra, mas, ambas possuem pontos positivos e negativos.

Ocorre que, o nosso sistema jurídico é esquematizado e montado sobre a premissa da tradição romano-germânica, ou seja, do direito positivado, assim não deve o ordenamento se adequar aos precedentes, mas sim, estes se adequarem aquele.

Conforme a música “Autor Desconhecido” da banda Rosa de Saron, quem não conhece a própria história está condenado a repeti-la, pois se não olharmos para o passado, não saberemos o nosso futuro. Essa mesma regra aplica-se ao universo da jurisdição, ou seja, é quase que obrigatório sabermos o porquê das coisas, afastando-se a apavorante resposta “porque sim”.

Nesse interim, o presente trabalho monográfico buscou a análise das tradições do *common law* e *civil law*, tendo como pano de fundo o atual Código de Processo Civil, com o fim de se interpretar e compreender a intenção do legislador ao criar o Código de Processo Civil de 2015, assim como, o funcionamento do sistema do sistema de precedentes e sua aplicação prática, e a mudança de racionalidade que o mesmo causará nas decisões judiciais.

A nossa Constituição Federal, por algumas vezes, atribuiu efeito vinculante a algumas decisões do STF, notadamente, as de controle concentrado e as Súmulas Vinculantes.

Com o decorrer dos tempos, a jurisprudência, súmulas não vinculantes, os incidentes de uniformização, os recursos repetitivos e repercussão geral, ganharam força, surgindo-se uma dúvida estremeceadora em nosso sistema jurídico, qual seja, esses institutos são de observação obrigatória? Há diversas contendas doutrinárias e

jurisprudenciais sobre o assunto.

O debate ganhou força com a entrada do atual Código de Processo Civil, que modificou substancialmente o sistema jurídico brasileiro, em razão da preocupação com a celeridade e segurança jurídica. Isso porque, no Anteprojeto do código, restou claro a precaução do legislador em garantir a coerência interna e externa das decisões.

Entre as mudanças, o código criou o notável artigo 927, que será objeto de análise no presente trabalho. Neste artigo há um rol de institutos que deveram ser observados pelos juízes e tribunais, sendo eles: as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; as sumulas vinculantes; os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinários e especiais; os enunciados das sumulas do STF e STJ; a orientação do plenário ou órgão especial que estejam vinculados.

Não se olvide, que o sistema de precedentes vinculantes brasileiro, possui certa semelhança com o sistema de precedentes norte-americano, como a nomenclatura e principalmente a ideia de se utilizar decisões passadas, para embasar casos futuros. Porém, trata-se de sistemas completamente distintos, e portanto, se buscará analisar ambos os sistemas com o fim de se realizar a devida diferenciação de cada um.

O simples traslado de tradições jurídicas, sem observar as particularidades culturais e normativas, tanto do país que recebe, como do país que envia, não causará o efeito aguardado pelo novo Código de Processo Civil. Por isso, o nosso sistema merece um estudo aprofundado, tendo sempre em vista que temos uma Constituição de amplo alcance e princípios insofismáveis a serem respeitados.

Embora haja muitas críticas ao sistema brasileiro, é de salutar que o mesmo confrontará contra a arbitrariedade estatal que atinge os cidadãos. Dessa forma o legislador se preocupou com a efetivação dos direitos fundamentais em um Estado Democrático, para combater o descaso do Poder Judiciário.

Em suma, o presente trabalho teve como finalidade demonstrar o cenário geral do sistema brasileiro de precedentes vinculantes, tendo como base de estudo e

fundamento o atual Código de Processo Civil, o direito comparado entre *common law* e *civil law*, a decisão judicial e as teorias da argumentação jurídica. No mais, se fará um estudo crítico acerca dos aspectos controvertidos na utilização dos precedentes, especialmente quando se tem o objetivo de sedimentar conceitos, e aferir a intenção legislativa com os dogmas jurídicos.

A pesquisa possui relevante importância acadêmica e prática, em razão da já mencionada miscigenação das tradições jurídicas em que vivenciamos, visando clarear o nebuloso sistema de precedentes em território brasileiro.

Buscou-se, por meio do método comparativo, estabelecer as principais diferenças e semelhanças entre os sistemas *common law* e *civil law*, com o fim de descobrir a natureza do sistema que o atual CPC deseja implantar.

Ademais, se utilizou do método dedutivo, por meio de uma análise da teoria geral do processo, bem como do método indutivo, com o estudo de casos concretos julgados pelos nossos tribunais. Utilizou-se ainda, de pesquisa legislativa, em especial a Constituição Federal e o Código de Processo Civil.

O referencial teórico foi Teresa Arruda Alvim, que afirma que adotamos um sistema de precedentes a moda brasileira, e que o mesmo é benéfico para nossa justiça, e Lenio Luiz Sreck, que alega que os precedentes são decisões prontas.

Visando alcançar os objetivos do presente trabalho, partiu-se com a análise da decisão judicial, expondo suas características e elementos fundamentais, com o fim de se descobrir o papel dos precedentes em uma decisão judicial.

Em seguida, analisou-se a racionalidade das decisões judiciais, explicando de forma abreviada a estrutura do Judiciário norte-americano e inglês, a fim de se descobrir a racionalidade dos juízes de *common law*, para posteriormente se aprofundar na racionalidade dos juízes brasileiros, sendo importante deixar claro, que nesta oportunidade, se estudou também as diferenças e semelhanças das tradições ocidentais, e os vários sistemas de precedentes que cada país adota.

Após, abordou-se o estudo do sistema de precedentes nacional vigente, tendo como pano de fundo o atual CPC. Neste capítulo abordamos sua (in) constitucionalidade, aspectos controvertidos de sua aplicação, e no final o seu modo de operação.

Por fim, no ultimo capitulo, se concentrou em um breve estudo da aplicação dos precedentes nos tribunais superiores, buscando compreender como as cortes devem se manifestar frente aos precedentes.

2 A DECISÃO JUDICIAL

A decisão judicial é descrita por Holmes como um acontecimento póstero certo, e impreterivelmente previsível¹. Essa antecipação confere às partes, segurança jurídica, dando as ferramentas para ciência de como será o julgamento.

O atual sistema concebe um extenso cenário para que o intérprete do direito reconstrua caso a caso, utilizando-se de normas, costumes, princípios e valores, o direito cabível conforme a demanda. Porém tal cenário deu ensejo a arbitrariedades nas decisões judiciais, tendo em vista que os julgadores decidem conforme suas próprias convicções, cooperando para uma enxurrada de recursos nos tribunais.

Acontece que, no seio de um Estado Democrático de Direito, sob a luz da Constituição Federal, não podemos admitir que juízes decidam conforme a consciência, já que exercem um poder republicano, e são autênticos representantes da soberania popular, tornando-se apenas anunciadores do texto legal.

Sobre esse aspecto, o erudito Código de Processo Civil de 2015, buscou readquirir o perfil republicano dos magistrados brasileiros, como base fundamental para um devido processo pautado pela legalidade, justiça e rapidez, no mandamento de que o processo civil será organizado e baseado em conformidade com os valores e princípios fundamentais estabelecidos na Carta Magna.

Nesse contexto, não há mais como consentir a figura do juiz autoritário, proibindo-se o ativismo judicial irresponsável, resguardando dogmas históricos, citando um deles, a repartição dos poderes, onde o Legislativo, Judiciário e Executivo devem atuar de forma harmônica e independente.

Não obstante, com o advento do novo Código de Processo Civil, sobreveio mais um discurso no contexto da decisão judicial, o precedente, que até então era somente a fundamentação. Cada um cumpre um papel fundamental na decisão, sendo que o precedente, supostamente, assegura a utilidade do direito observando a

¹ The object of our study, then, is prediction, the prediction of the incidence of the public force through the instrumentality of the courts" (MARKE, 1955, p. 59)

segurança jurídica e coerência normativa, já a fundamentação constitui direito fundamental da parte e promove o processo íntegro. Ambos são discursos jurídicos, porém cada um com suas respectivas funções e endereços.²

O *busilis* consiste em verificar a eficácia dos precedentes como discurso judicial, ou seja, o sistema de precedentes judiciais seria o ideal para tornar as decisões precisas e justas? Ocorre que a maioria dos juizes não possuem as ferramentas necessária para trabalhar com um sistema totalmente diferente daquele que estão acostumados a manusear, colocando toda a atual ciência jurídica processual em risco. Portanto, é preciso compreender o desiderato do legislador do atual código, a fim de chegar a um consenso sobre o que seria um precedente, e como deve ser utilizado em uma decisão, tarefa nada fácil, já que há uma divergência doutrinária acerca do assunto.

Outro ponto que se discute seria os efeitos de uma decisão já transitada em julgado em relação a um processo futuro, ou seja, o uso de julgados teria sido alterado com o novo diploma processual? Para o ministro Roberto Barroso e a professora Patrícia Perrone Campos, os julgados possuem eficácia normativa em sentido forte, devendo ser observados sob pena de reclamação³. Se considerarmos que tal afirmativa está correta, teríamos um problema, tendo em vista que o poder judiciário estaria tecnicamente legislando, com licença do código de processo civil, uma lei meramente ordinária, sem levar em conta o princípio do livre convencimento motivado, implantando um sistema de precedentes judiciais, fazendo com que o uso de um julgado seja modificado para uma nova finalidade, qual seja, fundamentar uma decisão futura.

Assim deve se ter em mente que o direito não é uma ciência exata como a matemática onde se utiliza de formulas, e sim uma ciência humana, devendo-se analisar o caso em concreto para descobrir a prestação jurisdicional adequada, ou

² MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e Precedente: dois discursos a partir da decisão judicial. *Revista de Processo*, v. 37, n. 206, p.62, 2012.

³ BARROSO, Luiz Roberto e MELLO, Patrícia Perrone. Trabalhando com uma Nova Logica: A Ascensão dos Precedentes no Direito Brasileiro. *Revista da AGU, Brasília-DF*, v. 15, n. 03, p. 13. 2016.

seja, é inimaginável desmembrar de forma simétrica o caso concreto e o direito, compreendendo o fato e a norma⁴, impondo um resultado pré-definido para os casos semelhantes, que carecem de individualização.

De todas as mutações históricas que sofreu as decisões judiciais, denota-se que nos dias de hoje, é fundamental que se preze a hermenêutica como sistema de freio a arbitrariedade do juiz, ou seja uma grande vitória, no ponto de vista técnico. Nessa conjuntura, ganharam força as teorias da argumentação, direcionada para um esteio jurídico onde se decida com atratividade⁵. Em razão disso, e com amparo nas novas propostas do novo código de processo civil, e conforme o artigo 489, § 1º, as decisões judiciais devem conter um fundamento compatível com o pedido e a causa de pedir, garantindo a justiça buscada pelas partes. Com essas substanciais modificações no tange as fundamentações nas decisões judiciais, nos parece que a intenção do legislador ao elaborar o artigo 927, foi de consolidar os entendimentos dos tribunais e dar maior previsibilidade a partes.

2.1 Lógica Formal e Decisão Judicial

A natureza do presente trabalho científico, não concede uma investigação minuciosa do estudo da lógica, que somente servirá de sustentáculo para o tema central do trabalho.

De um modo geral, os provimentos judiciais não devem ser apenas legais, mas admissíveis por não obstaculizarem preceitos fundamentais reconhecidos⁶. Além disso, não se pode consentir em um Estado Democrático de Direito, um poder judiciário que decide por suas próprias razões, uma vez que, a obrigação de fundamentação possui amparo na Constituição Federal, no artigo 93, inciso IX, portanto, há uma lógica que deve ser aplicada conforme os parâmetros legais, em um raciocínio estruturado.

A lógica é uma ciência de origem filosófica. O raciocínio organizado é a declaração do conhecimento, buscando de forma precisa a verdade. Para descobri-

⁴ RAMIRES, Maurício. *Crítica a Aplicação de Precedentes no Direito Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do advogado, pg.47,2010.

⁵ KAUFMANN, Arthur. A problemática da filosofia do direito ao longo da história. In: A. Kaufmann, W. Hassemer (org.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. 6ª ed. Trad. de Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Gulbenkian, 2002, p. 134 e 151-153.

⁶ Compreendendo-se valores sociais e políticos como o respeito, verdade, diálogo e a Justiça Social.

la, é preciso observar vários critérios para que essa finalidade possa ser obtida. Assim, a lógica orbita na área da filosofia, cuidando das regras do raciocínio, ou do pensamento organizado, sendo um sistema que se compõe de axiomas e regras, visando representar um raciocínio verídico.

Utiliza-se a lógica não como um fim, mas, um meio. Ela se revela necessária somente por um meio que vise garantir que o pensamento chegue a informações e conhecimentos verdadeiros⁷.

Ao se fazer um panorama histórico sobre a lógica, se faz necessário voltarmos a Grécia clássica, no século VI a.C., onde os filósofos primaciais pré-socráticos viveram, nesse período elaboraram um discurso que contraria à atitude mítica dominante nos poemas de Hesíodo e Homero. A nova forma de pensar e reconstruída por Aristóteles – um expoente no assunto- na obra *Analíticos*. Como o próprio nome revela, cuida-se de uma análise do pensamento. Posteriormente outras obras relevantes do mesmo assunto surgiram, contribuindo para um melhor jeito de pensar, como por exemplo, a obra *Órganon*, que em português significa instrumento. Apesar de outros autores redigirem sobre o tema como Sócrates e Platão, nenhum deles se aprofundaram como Aristóteles, razão pela qual, até nos dias de hoje permanece a lógica aristotélica.

Aristóteles divide a lógica em material e formal. No aspecto da lógica material, se procura adequar a argumentação à realidade, é a genuína operação do pensamento, de acordo com a matéria, definindo os métodos do direito da matemática, da química e entre outras, ao passo que, a lógica formal se expressa em um jeito de pensar, de conhecer, e raciocinar, sem levar em conta o conteúdo⁸. Trata-se de uma atuação de reflexão sobre a veracidade das ideias e propostas, ou seja, apenas premissas.

⁷ SOUZA, Paulo Rogerio Areias de. A importância da lógica e da argumentação para os profissionais do direito. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XII, n. 61, fev 2009. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5992>. Acesso em mar 2017.

⁸ MARTINS, Dayse Braga. Lógica formal e lógica jurídica sobre a dialeticidade do Direito. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 51, 1 out. 2001. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/2118>>. Acesso em: 23 abril 2015

Observa-se que a palavra lógica, advém do grego *logos*, que quer dizer “razão”, na seara filosófica tal palavra se revela na capacidade humana da linguagem e do raciocínio, observando a percepção cognitiva da realidade.

É por meio da lógica que se atribui qualidade aos argumentos, sendo assim, justificar uma decisão utilizando-se apenas de precedentes é no mínimo equivocado, já que é um fundamento utilizado somente pelas semelhanças entre um caso e outro, omitindo-se da verdadeira hermenêutica, e aplicando de prontidão a tese cabível ao caso, independentemente de sua qualidade, já que é obrigatório sua presença na fundamentação.

O motivo de não poder aplicar a lógica formal nas decisões judiciais, é exatamente porque os juízos jurídicos, são juízos de valores advindos de motivos culturais, sociais, ideológicos, que consiste em simplesmente dizer “cada caso é um caso”, não se permitindo que se reduza a capacidade interpretativa e a aplicação do direito a sistemas pré-concebidos de lógica formal, um exemplo deles é o sistema de precedentes judiciais.

O direito é um ramo de controvérsias, e possui uma alta dinâmica, com valores e finalidades específicas, não admitindo uma lógica do certo e errado, sempre tem o “depende”. Por isso o direito deve ser reconstruído conforme o caso concreto.⁹ Dessa maneira, a lógica jurídica deve resistir e organizar o confronto de argumentos contrários relacionados a um mesmo caso. Com isso, se dá a possibilidade para que cada uma das partes exponha seus argumentos da melhor forma possível a atingir o convencimento do juiz¹⁰.

Não é de hoje que os tribunais alertam no sentido de que o direito não se desvincula da justiça, ou seja, não é simplesmente um exercício da lógica formal, utilizando-se de enquadramento de teses genéricas para solucionar conflitos¹¹.

Em tempos de positivismo jurídico, a justiça era um ideal irracional, existindo a lei posta estada por meio de regras, ou seja, para o positivismo, o juiz exerce

⁹ BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de Almeida. Curso de Filosofia do Direito. 3 Ed. São Paulo: Atlas, 2004. p. 501.

¹⁰ CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. Hermenêutica e Argumentação: Uma Contribuição ao Estudo do Direito. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 231.

¹¹ REsp 57395 MG 1994/0036471-7 (STJ) / REsp 35615 SP 1993/0015511-3 / AC 52676 PE 95.05.17560-4 (TRF-5)

uma atividade simplesmente declarativa e reprodutiva do texto legal. Assim, resta claro que esse modelo apresentado pelo positivismo, está calcado na lógica formal, com pensamentos simplesmente dedutivos, e não está apto para solucionar os conflitos jurídicos. Para Perelman, isso ocorre porque o papel do juiz é apenas ser a boca da lei, sendo que a lei não representa o universo jurídico, é meramente o instrumento chave que auxilia o juiz em suas funções jurisdicionais¹².

Com o decorrer dos anos, a maneira de pensar o direito foi modificada por diversos fatores, o mais importante deles foi a Segunda Guerra Mundial¹³, o positivismo clássico já não tinha capacidade de produzir uma resposta justa para as questões jurídicas, em especial as de maior complexidade. Desse modo, nasceu um novo pensamento jusfilosófico, chamado de pós-positivismo, dando azo a aplicação de princípios.

E foi exatamente nesse cenário que se levantou contra o positivismo clássico a Teoria da Argumentação Jurídica, impondo um modo de pensar prático em todos os momentos das decisões jurídicas.

A visão Kelseniana, por sua vez, tem como ponto neurálgico o rigor metodológico, baseado na incessante busca pelo descobrimento do objeto e o método a ser aplicado, visando construir uma teoria pura do direito, assim Kelsen afirma que uma decisão judicial não advém de uma operação lógica, tratando-se de um ato de aplicação da lei. Ademais, Kelsen afirma que o discurso lógico formal deve ser aplicado somente às proposições doutrinárias, sendo que, nas normas não seria possível sua aplicação¹⁴.

Do todo o percorrido, denota-se que o campo do direito é o do razoável, e não do irracional como sugere Kelsen, uma estrutura dedutivista não consegue explicar a real expressão e aplicação do direito, principalmente a tomada de uma decisão. O pensamento jurídico atual passa então a se opor contra a lógica formal, primando pela dialética e a lógica do razoável. E é exatamente nesse cenário que a

¹² PERELMAN, Chaïm. Lógica jurídica: nova retórica. Tradução de Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 221.

¹³ Podemos citar também o pluralismo e a diversidade da sociedade contemporânea, e a falência do positivismo.

¹⁴ FREITAS, Marcio Luiz Coelho de. Lógica jurídica, argumentação e racionalidade. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 17, n. 3307, 21 jul. 2012. Pg.01 Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/22271>>. Acesso em: 9 mar. 2017.

Teoria da Argumentação Jurídica cumpre um papel fundamental, fazendo com que o Direito não seja aplicado de forma mecânica e metódica, porém, deve o magistrado adotar argumentos contundentes e razoáveis em suas decisões, construindo por meio de um raciocínio lógico. Assim, se permite dar um grande passo a democracia e controlar eventuais arbitrariedades, cumprindo o disposto no art. 5º da LICC, que prima pelo atendimento dos fins sociais em que a lei se destina¹⁵.

2.2 Interpretação e Argumentação

De início, cumpre especificarmos as diferenças terminológicas entre “interpretação” e “argumentação”, a fim de determinar a conexão conceitual destas.

Interpretar se revela na ideia de esclarecimento, entendimento e assimilação de um determinado conteúdo, para que se extraia de um texto a sua aplicação e alcance. Nessa esteira, Karl Engisch aduz que “a tarefa da interpretação é fornecer ao jurista o conteúdo e o alcance dos conceitos jurídicos. A indicação do conteúdo é feita por meio de uma definição, ou seja, pela indicação das conotações conceituais”¹⁶.

A argumentação, por sua vez, e o ato de relacionar pesquisas, textos, estudos, teses, respostas, com a finalidade de defender determinada ideia ou pensamento. Uma escrita argumentativa sempre tem um destinatário, no ramo jurídico, por exemplo, o advogado ao juiz, o juiz as partes, sempre tentando provar algo e fazer com que o leitor ou ouvinte aceite uma linha de raciocínio.

A partir deste momento, aprofundaremos na ceara da interpretação, e posteriormente na da argumentação. Tudo é passível de interpretação, inclusive o silêncio, pois, toda coisa ou fato possui algum significado. Trata-se de um ato de vontade, logo todos nós, a cada minuto do nosso dia realizamos várias interpretações. Toda vez que nos sentimos inseguros frente a um determinado texto ou situação, nos esforçamos para interpretar e obter uma resposta.

¹⁵ Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum. Decreto Lei nº 4657 de 1942.

¹⁶ GULBENKIAN, Calouste. Introdução ao pensamento jurídico, 6º ed., pg.127, *apud* ARAUJO, Luiz Alberto David. Curso de direito Constitucional. São Paulo: Editora Verbatim, 2011.pg.102.

No contexto jurídico, é por meio da interpretação que conseguimos tirar a venda de nossos olhos, e enxergar aquilo que realmente o texto deseja transmitir, mesmo que de primeiro momento não se saiba o que o texto está dizendo. O juiz não pode atuar como uma cartomante, ou um clarividente, ao julgar as lides, pelo contrário, deve caso a caso esgotar sua capacidade interpretativa, para que se obtenha a verdade real.

A ciência responsável por estudar os métodos e princípios e fornecer os conteúdos necessários para interpretação, é a hermenêutica. Para alguns a palavra hermenêutica se origina de um verbo grego “*hermeneuein*”, que significava declarar, interpretar. Outros defendem que a origem está baseada no nome de um deus da mitologia grega *Hermes*, incumbido de interpretar as mensagens divinas¹⁷.

Na utilidade prática, interpretar significa ler a norma e buscar sua finalidade, ao passo que a hermenêutica vai dar para o interprete o suporte necessário para realizar essa tarefa interpretativa. Portanto, a hermenêutica é o monopólio da ciência jurídica que se presta a formular e organizar as técnicas que subsidiarão a interpretação¹⁸.

Sabendo disso, cumpre ressaltar ainda a diferença entre interpretação e aplicação do direito. Há correntes que defendem que aplicação e interpretação são as mesmas coisas, e outros que dizem que são termos diferentes. É possível constatar que se trata de atividades similares conforme passa a se expor abaixo.

Há um componente na tese daqueles que afirmam que um sistema de precedentes seria a solução as problemáticas processuais contemporâneas, que é a fragmentação entre interpretação e aplicação. Há vários equívocos nessa afirmação. Como dito a ciência jurídica não é uma simples racionalidade instrumental. Em suma, interpretar e compreender e compreender é aplicar, já não mais interpretamos para compreender, mas, sim, compreendemos para interpretar¹⁹.

Assim, na atual dogmática não há cisão entre aplicação e interpretação, uma vez que, a atribuição de sentidos leva-se em conta os fatos do caso em concreto

¹⁷ PEREIRA DOS SANTOS, Carlos Maximiliano, *Hermenêutica e aplicação do direito*, 2007, pg. 51.

¹⁸ AGRA, Walber de Moura. *Curso de direito constitucional*.2008. Pg.57.

¹⁹ STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, pg.75.

e a realidade subentendida, de forma que, a norma jurídica não é passível de interpretação, pois esta já está extraída do texto legal, portanto ela é o resultado final da interpretação. Em certos casos (*hard cases*) o interprete tem um papel fundamental, pois seus conceitos jurídicos serão determinantes para dirimir a causa.

Ocorre que em muitos casos o juiz já possui uma decisão antes mesmo de analisar os fatos. Esse tipo de interpretação está cheia de vícios, pois é hermética, se sustentando apenas na subjetividade do interprete. Assim deve-se utilizar uma interpretação especializada, buscando-se princípios concretos e pertinentes a causa, julgados com o mesmo parâmetro, e métodos razoáveis, evitando-se a arbitrariedade do juiz.

Um ponto importantíssimo que nos auxilia na ideia de que interpretação e aplicação são funções similares, é exatamente o caso em concreto, visto que nele segue-se um caminho para se chegar ao final da interpretação do direito²⁰. O caso em concreto é um dos principais motivos para se criar os tribunais superiores, e estes são incumbidos de ratificar ou anular a interpretação, que posteriormente será aplicada pelos juízes que prolataram a sentença recorrida.

É necessário que se extingue do âmbito jurídico todo e qualquer decisão construída sobre uma lógica indutiva, estabelecendo-se critérios que limitam a interpretação subjetiva. A vista disso apoiamos o pensamento crítico na fundamentação das decisões, devendo o juiz pautar-se na persuasão, e na busca da verdade real para cada caso em concreto, e não naquilo que ele considere sua verdade.

Em se tratando de interpretação genérica ou superficial, é imprescindível que comentemos o princípio da *in claris cessat interpretatio*. Tal brocado sintetiza o entendimento de que quando a lei for clara fica dispensada a interpretação. A doutrina é harmoniosa quanto a inaplicabilidade deste princípio no ordenamento jurídico.

Porém, com a chegada dos precedentes, que foram introduzidos pelo novo Código de Processo Civil, é reintegrado parcialmente no nosso ordenamento o princípio em testilha, tendo em vista que o precedente possui força de lei, um exemplo

²⁰ MARINONI, MITIDIERO, ARENHART. Curso de processo civil: teoria do processo civil, volume 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 608.

claro disto é a sentença rudimentar do Ministro Luiz Barroso proferida em setembro de 2016²¹.

A decisão acima seria adequada em algumas décadas passadas, onde a lei era supervalorizada. E é exatamente assim que os defensores deste princípio esperam que se utilize a interpretação, ou melhor, em casos simples não a utilize, realizando apenas uma comparação simétrica da lei e o caso em concreto, que para nós seria o precedente.

Há tempos o processo civil exige das decisões judiciais, uma fundamentação válida, ou seja, o juiz motivar o seu entendimento, pode se constatar tal afirmação no artigo 118 do CPC de 1939²², artigo 131 do CPC de 1973²³ e artigo 371 do CPC de 2015²⁴.

Mesmo diante de uma lei clara, é imprescindível a interpretação, pois o conceito de lei clara vai depender de cada julgador, ademais, os tempos e contextos de cada caso mudam, tornando-se obrigatória uma excelsa atuação do interprete. Portanto, resta claro a inaplicabilidade do princípio da *in claris cessat interpretatio*, tendo em vista que o verdadeiro sentido da hermenêutica é a percepção de todas expressões jurídicas, seja elas claras ou não, conforme ensinamento de Maximiliano²⁵

Em tempos de neocostitucionalismo (movimento de revalorização do direito constitucional) e pós-positivismo (busca a reaproximação de direito e ética, resgatando os valores e direitos fundamentais e sobejando o conceito de legalidade estrita), a principal ferramenta para concretizar estes movimentos é a argumentação, como dito no subtópico acima.

²¹ Trata-se de agravo cujo objeto é decisão que negou seguimento a recurso extraordinário.

A decisão agravada está correta e alinhada aos precedentes firmados por esta Corte. No mesmo sentido: RE 814.204-RG, Rel. Min. Teori Zavascki; RE 945.513-AgR, Rel.^a Min.^a Rosa Weber, e ARE 845.907-AgR, da minha relatoria.

Diante do exposto, com base no art. 21, § 1º, do RI/STF, nego seguimento ao recurso.

Publique-se.

²² Art. 118. Na apreciação da prova, o juiz formará livremente o seu convencimento, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pela parte. Mas, quando a lei considerar determinada forma como da substância do ato, o juiz não lhe admitirá a prova por outro meio.

²³ Art.131. O juiz deve apreciar livremente a prova, atendendo as circunstâncias e fatos presentes nos autos, ainda que estes fatos/circunstâncias não fossem alegados pela parte, devendo indicar, na sentença, os motivos que formaram o seu convencimento

²⁴ Art.371. O juiz apreciará a prova constante dos autos independentemente do sujeito que a tiver promovido, e indicará na decisão as razões da formação de seu convencimento

²⁵ PEREIRA DOS SANTOS, Carlos Maximiliano Op. cit. pg.55.

Já é sabido que toda decisão judicial deve ser fundamentada para que as partes conheçam as razões que levaram a ganhar ou perder uma causa. O ato de decidir pode se basear em fatores lógicos e fatores eventualmente de justiça, ou que não digam propriamente a justiça, mas que tenham influência na decisão final, sobre o viés da efetividade. Esses fatores passam pelo prisma da argumentação, citando um deles, é o critério da razoabilidade, que é um paradoxo semântico, inviabilizando que a decisão sobre razoabilidade seja a mesma para vários julgadores, neste caso a lógica formal não seria suficiente para trabalhar esse tema²⁶.

Portanto, a lógica por si só não resolve o problema de decidir, como também a justiça, já que os julgadores possuem formações e conceitos diferenciados, entra nesse rol também a eficiência pelos mesmos motivos da justiça, pois não são parâmetros objetivos.

Com essas premissas em mente, há de se realizar uma argumentação enquanto ao caso, sendo que esta última se diferencia da fundamentação, que é apenas o itinerário que o juiz lança em uma sentença, para demonstrar a sua aferição entre matéria fática e de direito para chegar a uma conclusão. A argumentação vai além, pois explica a metodologia, e expõe os argumentos, seja eles dedutivos, indutivos, e qual foi a premissa considerada²⁷.

Não se quer aqui simplesmente acabar com a lógica nas decisões judiciais, pois ela nos fornece mecanismos interessantes, como a análise de premissas e regras de inferência, inclusive, grande parte das teorias da argumentação, como a do Robert Alexy²⁸ que trabalha o raciocínio lógico a partir de perspectivas argumentativas, com análise das premissas. Afinal de contas deve-se respeitar o direito posto, mesmo que o juiz trabalhe com a carga valorativa por traz da lei. A lógica não atravessa o ponto do conteúdo axiológico, a algo mais a ser considerado, e esse algo passa pela argumentação.

²⁶ CAVALCANTI, Marcos de Araújo. Interpretação e Aplicação dos Provimentos Vinculantes do Novo Código de Processo Civil a Partir do Paradigma pós positivista. Revista de Processo. São Paulo, RT, v.2 45, pg.357.

²⁷ CAVALCANE, Marcos de Araújo, Op. cit. pag.360.

²⁸ ALEXY, Robert. Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Trad. Zilda H. S. Silva. São Paulo, pag.33.

A ideia de se julgar com base em precedentes, retira do juiz a possibilidade de uma argumentação clara, é notório que o judiciário se encontra abarrotado de processos, e os juízes certamente utilizaram deste sistema para se livrarem da pilha de processos, induzindo o julgamento liminar do mérito por improcedência.

2.3 Casos simples e casos difíceis (Easy end Hard Cases)

Na tentativa de controlar a discricionariedade dos casos, o jusfilósofo Ronald Dworkin, tendo como base para sua teoria o positivismo de Herbert Hart, idealizou a dicotomia de casos fáceis e difíceis, não obstante, atribuiu um modo de interpretar para cada caso. Nos fáceis se interpretava por subsunção do direito posto, e nos difíceis utilizando-se de princípios, este último de modo contrário a interpretação de Hart, que sugere a utilização da discricionariedade, devendo os juízes tomarem a decisão mais razoável.

A teoria contemporânea conceitua o caso difícil como aquele que paira incerteza, seja pelas diversas normas concomitantemente aplicáveis, ou a inexistência delas. Ao passo que o caso fácil é possível se realizar uma subsunção de fatos, e a regra é suficiente para dirimir a problemática das partes.

Pretende se discorrer abaixo, que esta distinção é indevida e prejudicial, logo traz consequências à hermenêutica e a aplicação do direito, tal equivoco e praticado pelo positivismo de Hart, e pelas teorias discursivas de Alexy e Habermas. Não podemos pressupor que os vultuosos dilemas da interpretação estejam apenas nos casos difíceis²⁹.

Primeiramente, deve-se deixar claro que distinguir casos simples de casos difíceis, não é a mesma coisa de cindir casos simples de casos difíceis. Não é possível cindir o inseparável, isto porque antes de cindir já há um prévio entender do que seria um caso fácil e um caso difícil, caso contrário estaríamos inserindo o direito em uma plenitude lógica. Não se quer dizer aqui que não existem casos fáceis, a problemática se encontra na institucionalização de *hard cases* e *easy cases* no Brasil.

²⁹ STRECK, Lenio Luiz, Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas – 4. Ed. São Paulo: Saraiva, pag.297.

Robert Alexy, ao contrário das correntes positivistas, em sua obra *Teoria da Argumentação Jurídica*, narra que o interprete ao se ver diante de um caso supostamente fácil, não teria como esgotar todas as teorias jurídicas, até porque – para ele – isso seria impossível³⁰.

Por esta razão, é que Alexy busca seu refúgio argumentativo nos princípios, porém não consegue escapar da discricionariedade dos juízes, sedo que estes escolhem qual princípio deve ser aplicado ao caso em concreto, tendo em vista a ponderação dos princípios.

Já Hart milita no campo do positivismo jurídico, pois este se preocupa com as limitações do julgamento nos contornos das normas. Para o jusfilósofo, não existe ligação entre direito e moral e o juiz não fica adstrito aos princípios do ordenamento, em um caso difícil³¹.

Por outro lado, Dworkin defende o pós-positivismo, tendo em vista que é contrário as teses positivistas, sendo um delas a desconexão entre moral e direito. A sua teoria afirmar e reaproxima o direito a moral e os princípios, sua teoria centraliza na resolução de casos fáceis e difíceis, sem deixar de lado os parâmetros do ordenamento jurídico, podendo invocar os princípios quando não houver norma para certo caso³².

A ideia positivista de que o direito é composto de uma moldura, e que o interprete escolhe a que melhor lhe apraz, se consolida com a cisão entre casos fáceis e difíceis, ainda mais que, o conceito de fácil e difícil pode ser alterado dependendo de cada juiz que está diante do caso.

Pode ocorrer de os precedentes serem moldados apenas para encaixarem no caso em que se julga isso porque os motivos favoráveis de sua aplicação são maiores de que os desfavoráveis. Mas não podemos buscar a coisa certa, pela maneira errada. Assim quando o juiz recebe um caso difícil em suas mãos, não se tem o trabalho de analisar as particularidades do caso e realizar a hermenêutica sobre ele, pelo contrário, o juiz procura na cadeia de jurisprudência, e o julgado que tiver maior

³⁰ ALEXY, Robert Op. Cit. Pag.54.

³¹ HART, H.C.A.O conceito de Direito. São Paulo: Martins Fontes, pag.75.

³² DWORKIN, Ronald. A Justiça de Toga. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, pag.42.

semelhança deve ser aplicado, dessa maneira encontra-se uma solução para o *hard case*, mesmo que o caso passado contenha contornos diferentes do caso presente.

Nem mesmo Hart, confiaria que um sistema de precedentes modificaria os casos difíceis em casos fáceis, como narra Waluchow³³. Ou seja, não há como ter respostas antes das inquirições. Sendo assim, os precedentes supostamente classificariam os casos futuros como fáceis, que por outro lado, para alguns, continuaria sendo difíceis.

No âmbito hermenêutico, a distinção entre casos fáceis e casos difíceis, resta prejudicada, tendo em vista a capacidade e ferramentas que o julgador possui para interpretar cada caso. Ademais, esta divisão ocasiona problemas que a teoria discursiva não consegue responder. Um deles é que casos fáceis exige uma resposta correta, ou seja, dentro dos parâmetros do direito. Mas como decidir o que está ou não está dentro do parâmetro do direito? A resposta da teoria discursiva é que os raciocínios são abstratos³⁴.

Um caso não é fácil e nem difícil, todo caso tem sua possibilidade de compreensão, podendo ser incompreensivo, só há um caminho para chegar a esta conclusão, que é descascando o método hermenêutico.

Apesar de ser da ceara penal, um exemplo que corrobora a afirmação anterior, é o caso de um furto qualificado mediante escalada, e gravado por vídeo. A princípio parece fácil e obvio a condenação do indivíduo, e não teria como argumentar em segundo grau. Porém ao se analisar a origem da palavra escalada, vê-se que na elaboração do Código Penal de 1940, não existia muitos bancos por isso se fechava as casas, onde se guardava o dinheiro, e as protegia com grandes muros, portanto quem escalasse para furtar, teria que receber o dobro da pena, para que não furtassem o dinheiro. Foi com esse argumento, que na segunda instancia, após analisar o vídeo em que ocorre o crime, verificou-se que o muro não era alto suficiente ao ponto de se escalar, assim a sentença em segundo grau, desclassificou o furto qualificado para furto simples.

³³ WALUCHOW, Wilfrid J. Positivismo jurídico incluyente. Marcial Pons, 2007, pag.208.

³⁴ STRECK, Lenio, Hermenêutica, Constituição e autonomia do Direito, Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito:65-77 janeiro-junho 2009.

2.4 As Teorias da Argumentação Jurídica

No cenário atual, onde os juízes julgam de forma arbitrária – um exemplo disto é o uso demasiado de princípios - as Teorias da Argumentação, se valem a conferir uma maior racionalidade e legitimidade das decisões judiciais, combatendo o subjetivismo no julgamento, e as tornando mais justas³⁵.

Não há dúvida que a prática do direito consiste principalmente em argumentar, e que um bom operador saiba construir um esteio argumentativo com maestria e inelidível. Pretende-se expor neste tópico, de maneira inacabada, o significado da argumentação jurídica.

As teorias da Argumentação Jurídica têm como escopo desvendar as obscuridades da argumentação. Vale salientar que estas teorias são utilizadas em três áreas. A primeira é na confecção de normas jurídicas (como exemplo a despenalização da maconha). A segunda área em que se utiliza essas teorias, é na aplicação de normas, e solução de casos. E a terceira e última área é da dogmática jurídica³⁶. Limitaremos-nos apenas a segunda área. Para tanto, percorreremos sobre cada pensamento de autores expoentes acerca do tema, sendo eles Viehweg, Perelman, Alexy, MacCormick, e ao final irá se expor uma singela opinião dos traços fundamentais que deveriam nortear a elaboração de uma tese produzida por meio da argumentação jurídica, com enfoque na aplicação dos precedentes judiciais.

Theodor Viehweg, em 1953, deu início ao questionamento sobre a função da lógica formal. Foi ele quem atribuiu relevância na aplicação dos *topoi*, que consistem em argumentos que possui uma probabilidade de verdade, na relação entre fato e norma, quebrando assim o modelo positivista, a resultar de cada *topoi* aplicado³⁷.

³⁵ MARCATO, Gisele Caversan Beltrami; MARTELLI, Ana Laura Teixeira. Construção das Decisões Judiciais à Luz das Teorias da Argumentação Jurídica de Robert Alexy e Klaus Gunther, 2013, Disponível em: < <http://www.publicadireito.com.br/publicacao/uninove/livro.php?gt=93/>>. Acesso em: 30 de março de 2017, pg.03.

³⁶ ATIENZA, Manuel. As Razões do Direito: Teorias da Argumentação Jurídica. Trad. Maria Cristina Guimarães. 3ª ed. SP: Landy Editora, 2006. Pag.21.

³⁷ VIEHWEG, Theodor. Tópica e jurisprudência. 5. ed. Trad. Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2008. p. 83

Segundo Viehweg a tópica³⁸ é destinada para casos onde se admite diversas soluções, ensina que a problemática consiste no fato, ou seja, a questão advinda do mundo dos fatos, e exposta ao interprete da lei, afim de que seja solucionada, assim concentra-se mais nos problemas práticos. Desse modo, a tópica se afasta do positivismo, e funciona como uma bussola para guiar o operador em suas decisões. Porem esta teoria se mostra superficial, pois não se aprofunda no discurso argumentativo como outras teorias³⁹.

Chaïm Perelman, no ano de 1958, focou em seus estudos na argumentação, e a sua propulsão para o convencimento, criticando a lógica formal, devida a sua ineficácia frente aos casos concretos, principalmente os mais difíceis (hard cases). Preconizava uma lógica jurídica, abandonando sua formação neopositivista, defendendo o uso de juízo de valores na ceara argumentativa, assim conforme sua concepção a lógica da argumentação deve possuir valores, como a razoabilidade e proporcionalidade, e não apenas uma lógica preposicionada⁴⁰.

No entendimento de Perelman, a resposta dos dilemas enfrentados cotidianamente, é encontrada por meio da arte da discussão. Por isso seu pensamento se direciona nas técnicas discursivas, que tem por objetivo induzir o leitor a aderir as teses expostas, utilizando-se de um argumento forte⁴¹. Nessa esteira quanto maior a possibilidade de se refutar o argumento, menor será o seu poder de convencimento. A crítica que se faz a esta teoria, consiste na falta de diafaneidade conceitual, sobre uma perspectiva pratica.

Já a teoria de Robert Alexy é um pouco mais desenvolvida e aprofundada do que as anteriores, possuindo uma grande semelhança com a teoria de MacCormick. Os dois perfazem o mesmo caminho, porem em direções opostas. A diferença é que este último se utiliza dos argumentos presentes nas decisões judiciais, ou seja, um estudo empírico para alcançar teoria da argumentação, ao passo que Alexy, buscou respaldo na teoria geral do direito e nos ensinamentos de Habermas, fazendo

³⁸ Segundo Manuel, “ a tópica é um procedimento de busca de premissas (de tópicos), que na realidade não termina nunca, devem ser entendidos como um modo funcional, como possibilidades de orientação e como fios condutores do pensamento”. (ATIENZA, Manuel. Op. cit., p.49).

³⁹ Cf. VIEHWEG, Theodor. Ob, cit.p.27.

⁴⁰ Cf. PERELMAN, Chaïm.Ob, cit.,p.85.

⁴¹ “Um bom argumento (um argumento forte) é o que valeria diante do auditório universal – que seria a humanidade ilustrada”. (ATIENZA, Manuel, Ob, cit., p.80).

com que sua teoria tenha um alcance mais amplo do que a do MacCormick, dado o seu perfil analítico que permite adentrar na estrutura da argumentação⁴².

Tal como Habermas, Perelman e Toulmin, Alexy considera que as decisões judiciais são passíveis de ser racionais, desde que motivadas racionalmente⁴³.

Acredita que os precedentes judiciais não têm *status* de uma norma positivada, mas de uma regra de argumentação, integrante do “código da razão prática”. Nesse giro, pretende fundamentar conforme as regras da “pragmática transcendental” de Apel ou da “pragmática universal” de Habermans, regras segundo as quais mencionam que sempre que existir um precedente, ele tem que ser considerado e sempre que alguém pretender afastar-se de um precedente, deve justificar uma razão para tal afastamento⁴⁴.

Em suas lições Alexy expõe diversos modos de discussão jurídica (dentre elas estão presentes o debate jurídico, e debates de questões legais) das quais cada uma possui suas particularidades e nuances. Ensina que o discurso jurídico é mais específico do que o discurso geral, argumentando que as discussões jurídicas se destinam a casos práticos. Em seu livro Teoria da Argumentação Jurídica⁴⁵, leciona que justificação revela as razões que embasam uma decisão, dividindo-as em interna e eterna.

No que tange à justificação interna, deve se observar os critérios gerais da lógica deôntica⁴⁶, em especial o silogismo jurídico. Essa etapa é meramente formal, e está ligada com a coesão lógica da argumentação aplicada, dessa maneira não se trata de uma argumentação jurídica específica, por fim, deve ser observado ainda que a decisão deva ser fundamentada no mínimo em uma norma universal, ou seja, de aplicação universal⁴⁷, assim tal justificação visa esclarecer porque uma norma se aplica a certo caso.

⁴² Cf. ATIENZA, Manuel. Op. cit., p.159.

⁴³ AGUIAR, Marcos de. A interpretação, a Aplicação e a Argumentação Jurídica, 2014. Disponível em: < <http://revistametodologiaufba.xpg.uol.com.br/arquivos/artigo015.pdf/>>. Acesso em 01 de abril de 2017. Pg.20.

⁴⁴ APEL, Karl-Otto, Transformação da filosofia, Vol.2: O “ a priori” da comunidade de comunicação. Trad. Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, pg.201.

⁴⁵ ALEXY, Robert. Op. Cit.,p.32.

⁴⁶ Trata-se de um tipo de logica formal, usada na análise das proposições que tratam acerca das normas.

⁴⁷ ATIENZA, Manuel. Op. cit., p. 173.

Por outro lado, a justificação externa não está relacionada ao esqueleto do argumento, mas sim as justificativas das ideias iniciais que permeiam o discurso jurídico. Alexy afirma que nesta etapa pode conter os seguintes fundamentos: regras de direito positivo; enunciados empíricos; premissas que não são nenhum dos fundamentos anteriores⁴⁸.

O precedente é uma forma de justificação externa, que na visão de Alexy, podem ser utilizados com respaldo na teoria do discurso, e pelo princípio da universalidade⁴⁹. Trata-se de mais um procedimento de argumentação dentre vários outros.

Neil MacCormick se apegou ao fato da necessidade de se provar que determinado enunciado está de acordo com os fatos e as normas em vigência, ou seja, sua teoria é calcada quase por completa na justificação. De modo contrário à de Hart, acredita que os princípios são fundamentais na construção de uma teoria jurídica, e contraria também Dworkin, pois discorda que as regras são aplicadas segundo o “tudo ou nada”, cabendo assim como nos princípios a utilização de ponderação. Sua teoria não se desvincula do positivismo, pois atribui força aos textos normativos, aos argumentos linguísticos, as vezes não dando a devida importância aos valores de cada caso⁵⁰.

Por fim, do exposto conclui-se que as teorias mais clássicas como a de Perelman e Viehweg, não se aprofundam na argumentação em torno dos fatos, dando-se mais valor ao aspecto normativo, o que prejudicaria a análise aplicativa dos precedentes. Nota-se ainda que todas as teorias levam em conta a aplicação da norma ao fato, porém não levam em conta o crescimento das soluções alternativas de conflitos, como a conciliação.

Por outro lado, as teorias de MacCormick e Alexy, estabelecem parâmetros para correção da argumentação, para que esta seja racional e adequada. Assim

⁴⁸ MARCATO, Gisele Caversan Beltrami; MARTELLI, Ana Laura Teixeira. Op. Cit., p.12.

⁴⁹ Para maior completude do estudo, necessário se faz mencionar tal princípio idealizado por Habermas, neste princípio para que o aplicador do direito utilize um predicado a um determinado objeto, deverá também aplicá-lo aos demais, trata-se de uma regra expressa do direito: princípio da isonomia. (ALEXY, Robert Op. Cit., p.267)

⁵⁰ MACCORMICK, Neil. Retórica e o estado de direito. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 249.

é possível que um determinado tribunal decida que certa decisão é correta, e em essência primária uma decisão contrária no mesmo sentido esteja correta.

Porém a teoria mais apropriada, contudo não perfeita, para a adequada aplicação dos precedentes é a de Alexy⁵¹, tanto para o sistema de precedentes genuíno da *commom law*, como para o sistema que o CPC visa implementar. Contudo, apesar do esforço descomunal jurisfilosófico para tentar descobrir a teoria mais adequada para a perfeita argumentação, há um vasto caminho a ser percorrido, já que a lógica formal é falha, e não existir resposta única. O rumo a ser seguido se encontra na lógica informal, na racionalidade prática, e na justificação externa.

⁵¹ Confira Alexy Robert, Op, cit., p.271. Na sua concepção o uso dos precedentes se mostra como um procedimento de argumentação dentre vários outros, destaca-se que devem ser usados de modo racional, e com argumentos adicionais.

3 O PRECEDENTE E RACIONALIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS

Quando se menciona decisão judicial, logo vem em mente a palavra “justiça”, que possui sentido vago, pois o que pode ser justiça para um, pode não ser para outro⁵².

No afã de afastar este termo genérico, muito se comenta acerca da racionalidade das decisões judiciais, referindo-se a uma forma capaz de inibir que o julgador contamine a decisão com seus sentimentos e concepções pessoais, como, por exemplo, a religião e a moral.

Assim, será objeto de análise da presente pesquisa o propósito da racionalidade na construção de uma decisão judicial, sob a influência dos precedentes judiciais, tendo em vista o conteúdo discorrido no tópico “As Teorias da Argumentação Jurídica”, e o que será discorrido a seguir.

Para compreender a correta construção racional e qual é o lugar dos precedentes nesta, é preciso desvendar como funciona o atual sistema de precedentes. O que não é nada fácil, pois muitos dizem que vivenciamos uma commonlização em nosso sistema, outros afirmam que o NCPC instituiu na verdade provimentos vinculantes, e há ainda quem defenda que se trata de um sistema de precedentes com particularidades brasileiras.

E é exatamente por este motivo, que iremos nos aprofundar nas técnicas do precedente no *commom law* e as técnicas do precedente no *civil law*, e ainda as diferenças e aproximação dos diversos sistemas de precedentes, a fim de se desvendar qual é o novo paradigma da racionalidade das decisões judiciais sob o enfoque do atual CPC, bem como o dever de fundamentação utilizando os precedentes.

Sobre esse giro, é necessário comentar, ainda, a importância da jurisprudência – conjunto de interpretações de leis feitas por tribunais superiores- pois há quem diga que o atual CPC transformou a jurisprudência orientadora, em uma jurisprudência vinculativa, sendo equiparada a lei, e portando também passível de controle de constitucionalidade. Se essa afirmativa for negada, voltaremos então a situação

⁵² Conforme Bruce Ackerman, a justiça é aquilo que se encontra na alma das pessoas, que funciona como uma bússola para distinguir o que é certo e o que é errado (ACKERMAN, Bruce. Nós, o povo brasileiro: fundamentos do direito constitucional. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. Pg.18.)

inicial antes da vigência do novo código, ou seja, se não é vinculativa é uma jurisprudência como outra qualquer.

A jurisprudência possui uma diferença quantitativa em face dos precedentes. Enquanto a primeira possui uma monta de decisões referentes a vários casos concretos, extraindo-se um entendimento, o precedente é um julgado de um caso individual, podendo ou não se transformar em jurisprudência⁵³.

Conforme Hermes Zaneti Jr. A jurisprudência não é precedente, embora a recíproca não seja verdadeira, mencionando que para compreender a mudança ocorrida com os artigos 926 e 927 do CPC, deve se deixar de usar a expressão “direito jurisprudencial”, pois é incompatível com a teoria dos precedentes judiciais, e ainda possui problemas de cunho teórico, sendo o jusnaturalismo e juspositivismo⁵⁴.

É importante mencionar ainda os três níveis de eficácia de uma decisão judicial⁵⁵. A primeira é chamada de eficácia meramente persuasiva. Tal eficácia era atribuída antes do advento do NCPD, em razão de nossa raiz romano-germânica. Nestes casos uma decisão judicial com esse tipo de eficácia, os seus efeitos vinculam apenas as partes de forma restrita, tal decisão poderá no mínimo servir para apoiar uma interpretação ou argumento, mas não significa que o tribunal seja obrigado a acata-la. Serve para incutir no legislador a criação de uma nova regra, e quando proferidas de modos semelhantes e repetitivamente produzem o que é chamado de jurisprudência. Portanto é fonte secundária do direito.

Lado outro, há a eficácia em sentido forte, onde os entendimentos constantes nas decisões dos tribunais devem ser respeitados e reaplicados em primeira instância, cuja a não observação enseja reclamação. Em terra brasileira, a força vinculante dos precedentes tem ocasionado calorosas discussões, pois há quem diga que este sistema fere o princípio do livre convencimento motivado, e a repartição dos três poderes, tema que será analisado mais adiante no subtópico: “Os Precedentes

⁵³ Não há uma quantidade exata de decisões para se tornar uma jurisprudência, podendo ser dezenas ou centenas (TARUFFO, Michelle. Precedente e jurisprudência. Revista de Processo, n.199, ano 36, set. de 2011. Pg.144.)

⁵⁴ ZANETI JR., Hermes. O valor Vinculante dos Precedentes. Salvador: Jus Podvim, 2015, pg.147.

⁵⁵ Estes níveis de eficácia são classificados conforme o magistério de Patrícia Perrone Campos, em: MELLO, Patrícia Perrone Campos Mello. Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.63-114.

no Atual CPC”. Assim, tal eficácia atribui as decisões judiciais poderes semelhantes a lei positivada, sendo que o magistrado estaria praticamente criando o direito.

Por fim, há a eficácia intermediária. É assim chamado, pois não é dotada de eficácia persuasiva, tendo em vista que o próprio legislador lhe atribui efeitos além daqueles de uma decisão que atinge apenas as partes, ou, o texto legal prevê de forma explícita que serão obrigatórios. Porém não é possível afirmar que tais decisões possuem eficácia em sentido forte, pois nestes casos não há previsão normativa mencionando o uso de reclamação.

Expostas estas considerações introdutórias do presente capítulo, passaremos a analisar abaixo a sistemática do *common law* e *civil law* sobre o ponto de vista dos precedentes judiciais, utilizando-se do direito comparado, a fim de verificar as técnicas específicas de cada sistema e como eles funcionam, para que se possa distinguir os vários sistemas de precedentes, em especial aquele introduzido pelo atual CPC, e conseqüentemente a mudança que este sistema acarretara na forma de julgar, ou seja, na racionalidade das decisões judiciais.

3.1 A técnica do precedente e common law

O direito espelha a manifestação cultural de cada país, sendo influenciado por religiões, costumes e culturas diversas presentes em seu berço. No mundo existe uma multiplicidade de sistemas jurídicos, sendo que estes guardam características que aproximam ou distanciam uns dos outros, sendo que dentre vários sistemas, permite-se um destacamento de alguns, podendo ser agrupados em uma mesma categoria, sendo denominada de tradição jurídica.

A tradição jurídica consiste em um conjunto de atitudes historicamente condicionadas, com raízes profundas, em relação ao direito frente ao seu papel na sociedade, no âmbito político, na operação do sistema legal e principalmente como um direito deve ser produzido e aplicado⁵⁶.

Há um reconhecimento por parte do direito comparado de duas tradições que prevalecem no Ocidente, sendo elas a *common law* (de tradição anglo-saxônica)

⁵⁶ MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. A tradição da *civil Law*: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina. Tradução: Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2009, p.23.

e a *civil Law* (de tradição romano-germânica). Neste tópico nos atentaremos somente na primeira tradição, esmiuçando seus fundamentos e características primaciais.

Na tradição da *common law*, há uma predominância do direito costumeiro e uma forte jurisprudência em que é aplicada rigorosamente, embora também estar presente a lei, dá-se mais valor aos casos passados, por motivos culturais e também devido ao respeito que os julgadores tem entre eles.

Tal tradição, para Mauricio Ramires⁵⁷ é no mínimo antiética, pois se baseia no empirismo, valorizando a experiência histórica, o método indutivo, e o pensamento pratico, fazendo com que as vezes certa decisão não reflita a realidade levada a juízo.

De outro giro, tal tradição traz consigo alguns benefícios que seriam bem-vindos em terra brasileira, como a segurança jurídica e a previsibilidade das decisões judiciais.

Benéfica ou não, é inegável que alguns dos institutos da família anglo-saxônica se revelam presentes em nosso ordenamento como o controle difuso de constitucionalidade, instituído pela Constituição de 1891, a clausula geral do devido processo legal, e por fim o crescimento dos precedentes judiciais tendo em vista que a produção legislativa reflete claramente esta intenção, como visto no atual CPC. Com isso conclui-se que, no mínimo, há uma miscigenação entre as características típicas da *common law* e *civil law*.

A tradição jurídica da *common law*, tem sua origem na Inglaterra medieval, em tempos de feudalismo, se iniciando entre os períodos de 1066 e 1485⁵⁸. Naquele tempo o direito era fundamentado conforme os hábitos ingleses (*law of the land* – lei da terra) sendo aplicado sobre todo o território inglês, pelas Cortes Reais de Justiça.

Salienta-se que no direito Inglês não há uma constituição escrita como a brasileira. A normatividade constitucional e ordinária é construída com o decorrer da história, com a atuação do judiciário, podendo se afirmar que está presente o direito jurisprudencial (*case law*). Portanto, no sistema inglês a fonte primaria são as decisões

⁵⁷ RAMIRES, Mauricio. Op. Cit p.89.

⁵⁸ NOGUEIRA, Gustavo Santana. Precedentes Vinculantes no direito comparado e brasileiro. 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2015. Pg.36.

judiciais⁵⁹, sendo que as normas confeccionadas pelo poder Legislativo (*statute law*) possuem apenas status complementar, aplicadas de maneira autônoma.

Já em terras americanas, há uma constituição escrita, classificada como costumeira e diretiva, que impõe direções a serem seguidas. Atribui ao judiciário fortes poderes, fazendo com que suas decisões possuíssem uma estimada relevância, pois estas seriam incumbidas de garantir os direitos individuais e fundamentais do cidadão americano descritas na constituição. Com isso se adotou as regras do *stare decisis*, as quais impõem que as decisões judiciais consistem em precedentes de eficácia vinculante ou persuasiva.

O sistema common law utiliza técnicas de decisão, conceitos e categorias próprias, exigindo-se um estudo aprofundado destes elementos, para compreender a técnica do precedente. Assim, serão expostos abaixo os conceitos, fundamentos, bem como a natureza das técnicas de aplicação do precedente neste sistema, sendo que já foram exaustivamente debatidos pela doutrina internacional, sendo eles: *ratio decidendi* ou *holding*, *obter dictum*, *distinguishing*, *overruling* e *overriding*.

Sem dúvida alguma, um dos principais elementos é a *ratio decidendi*, pois sua noção é fundamental na aplicação dos precedentes. Trata-se de um tema amplamente discutido havendo várias controvérsias sobre a delimitação deste instituto. Sua terminologia pode ser mudada a depender do local da aplicação, assim no direito inglês de forma predominante a nomenclatura mais utilizada é a citada acima, já no direito norte-americano é mais utilizado o termo *holding*, porém ambos retratam a mesma coisa. No direito brasileiro, nas instâncias superiores é utilizado como razões de decidir, ou ainda, motivos determinantes⁶⁰.

A *ratio decidendi* ou *holding* compreende o raciocínio jurídico adotado em um precedente, que vinculará as decisões futuras. Em outras palavras, é a parte obrigatória do precedente judicial. Desse modo, o juiz da causa futura deve responder as questões conforme o entendimento anteriormente fixado. Eis então a definição desta regra jurídica, sendo que a doutrina entra em colisão quando o assunto é o

⁵⁹ PUGLIESE, Wiliam Soares. Teoria dos precedentes e interpretação legislativa. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011. pg.31.

⁶⁰ MACEDO, Lucas Buriel. Contributo para a definição de *ratio decidendi*, na teoria brasileira dos precedentes judiciais (Coleção Grandes Temas do Novo CPC, V.3, Pg.215; coord. Geral Fredie Didier Jr.). Salvador: Juspodivm, 2016.

alcance desta regra dentro de uma decisão judicial, ou seja, o que pode ser considerado *ratio decidendi* em uma decisão?

Para responder esta pergunta, necessário se faz, analisar critérios e métodos a fim de descobrir sua identificação em uma determinada decisão, tarefa esta que não é nada fácil, tendo em vista que não é todo o conteúdo da decisão que se torna vinculante.

Conforme o primeiro método, chamado de fático-concreto, a razão de decidir deve espelhar uma regra retirada de um conjunto fático, de modo que retirando um fato irrelevante, a decisão será X. Para este método, é importante o que os juízes decidirem acerca das provas trazidas, e não os fundamentos invocados para justificar a decisão. Entretanto, para identificar quais os fatos importantes de um caso, deve-se considerar as decisões de uma corte⁶¹.

Já o método abstrato normativo, aduz que quando uma instância superior julga determinada ação, ao mesmo tempo em que soluciona o caso concreto, decide também o caso futuro semelhante. Assim a decisão funciona como uma norma, que deverá ser aplicada nos casos em que houver similaridade. Nesta esteira, os argumentos utilizados na decisão, são fundamentais para compreender como foi o caminho percorrido pelo magistrado para chegar a tal decisão, e assim descobrir o alcance da *ratio* afirmada pelos tribunais.

Portanto, a *ratio decidendi* pode abranger diversas ou poucas decisões, a depender de sua delimitação acerca do caso, podendo ser muito ampla ou restrita, conforme o clássico exemplo abaixo.

Certa vez na Inglaterra, fora submetido a *House of Lords*, no século XX, o caso de uma empresa metalúrgica que havia ajuizado uma ação de cobrança contra uma outra empresa que fabricava armas ilegais e vendia para o mercado de consumidor⁶². Para julgar esse caso, a câmara dos *Lords*, invocou um precedente do século XVIII, ou seja, 200 anos atrás em relação ao caso submetido, de um caso em que uma prostituta encomendou uma carruagem de um famoso artesão, com entradas laterais, para mostrar seu corpo aos clientes. Naquela oportunidade, a prostituta não

⁶¹ BARROSO, Luiz Roberto e MELLO, Patrícia Perrone. Op. Cit. Pg.20.

⁶² ANDREWS, Neil. O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. Pg.148.

pagou o artesão, que moveu uma ação de cobrança. A solução dada foi que ao vender a carruagem, o artesão sabia que a origem daquele objeto era para fins ilícitos, já que naquela época prostituição configurava crime, assim foi julgado improcedente portando a ação do artesão. Assim, no caso atual, a *ratio decidendi*, fixada foi que aquele que vende uma coisa a outrem sabendo que será destinada a fins ilícitos, não merece ser reembolsado. Note-se que a *ratio* poderia ser ampliada para: aquele que não age de boa-fé, não merece ser ressarcido, ou restrito apenas nos casos em que há uma relação de consumo.

Por mais que pareça fácil determinar que a razão de decidir é a parcela do precedente que vincula, a delimitação de forma concreta é um dos grandes dilemas dos países de tradição anglo-saxônica. Diversos autores buscaram contribuir com a criação de métodos para extração da *ratio* em uma decisão. O assunto é bastante controvertido, pois não há um método preponderante, assim mencionamos os métodos mais tradicionais idealizados por Goodhart e Wambaugh⁶³.

É de relevante prestígio o método criado por Arthur Goodhart, conforme seu método, para descobrir a *ratio decidendi*, é importantíssimo delimitar quais fatos foram considerados fundamentais pelo tribunal, ou seja, é preciso que o interprete descubra os fatos analisados pelo juiz, e logo após, identificar quais deles foram cruciais para a decisão. Desse modo, a definição da *ratio*, de um precedente, é dirigida pelo reconhecimento dos fatos imprescindíveis para a tomada de uma decisão.

Já a proposta de Eugene Wambaugh, conceitua a razão de decidir em uma regra geral, utilizada pelo julgador para chegar ao resultado final. Para encontrá-la em um precedente, primeiramente deve-se elaborar uma tese jurídica. Após, é preciso introduzir na tese uma palavra que a reverta. Em seguida é preciso perguntar se, o tribunal tivesse concedido a nova tese e colocada na decisão, o resultado seria o mesmo. Desse modo, se a resposta for positiva, a tese original não é a razão de decidir do precedente. Se negativa, a tese é a norma geral que deve ser extraída do precedente.

Isto posto, conclui-se, então, a análise acerca da *ratio decidendi*, passando a expor abaixo as demais técnicas para trabalhar com precedentes.

⁶³ MACEDO, Lucas Buril. Op.Cit. Pg.220.

O *obiter dictum*, é uma opinião emitida pelo magistrado, mas que não tem influência sobre a decisão final, é totalmente contrário da *ratio decidendi*, pois se trata da parcela de determinada decisão que não possui poder vinculante para as decisões futuras. São considerações que margeiam uma decisão judicial que não possuem relevância para o caso futuro. A tradução jurídica para esta expressão, ajuda a clarear o entendimento, pois significa “dito para morrer”⁶⁴.

Trata-se de uma passagem na motivação dentro de uma sentença, contida de uma argumentação simples, mas é importante para o andamento da causa, porem somente naquele feito passado. Assim o *obter dictum* não se presta a ser um precedente em um caso semelhante, mas pode ser utilizado como uma ferramenta de persuasão em um caso futuro.

Embora o *obter dictum*, tenha certa parcela de persuasão, de maneira alguma possuirá efeito vinculante como a *ratio*, porém não é por este motivo, irrelevante, tendo em vista que futuramente pode se tornar uma forte orientação, podemos citar como exemplo o voto de uma decisão nos tribunais que foi vencido, além do mais, o *obter*, é uma importantíssima base para mencionar em um recurso, e ainda apontar uma futura tendência de determinado órgão julgador.

Uma terceira categoria importante para a operação com precedentes é denominada de *distinguishing*, que compreende na distinção entre casos. Em certos feitos o precedente não será aplicado, quando haver uma particularidade que afasta a regra, ou seja, a decisão pode ser proferida sem esta particularidade.

Ocorre a distinção, quando o tribunal decide que o entendimento jurídico de um caso precedente, não será aplicado quando há fatos materialmente diferentes entre os casos. Nesta ocasião, a decisão feita pelo juiz deve se basear não somente nas provas apresentadas, mas também nos precedentes que deseja aplicar. Um exemplo pode vir a calhar, no caso *Balfour v. Balfour* no ano de 1919 e *Merritt v Merritt* no ano de 1970, que relacionam uma esposa que faz um reclamo contra o esposo por violação contratual. O magistrado de *Balfour* julgou que uma reclamação não poderia ser aceita porque não havia o objetivo de gerar regulamentos legais, e que o contrato não era legalmente vinculativo. Porém, no ano de 1970, o juiz do caso

⁶⁴ ANDREWS, Neil.Op. Cit. Pg.19.

Merritt, entendeu que os fatos do caso passado não tinham semelhança, pois o acordo foi feito depois da separação por escrito, diferentemente do caso de Balfour.

Trata-se de uma ferramenta utilizada pelos interpretes do sistema *common law*, em que há um confronto entre o suporte fático do caso passado com o caso presente, e com o resultado, poderá ou não ser aplicado o precedente, devendo o magistrado apontar o motivo da distinção.

É imprescindível que na comparação entre os casos, o interprete observe os principais fatos que orbitam cada qual, os valores e normas e a relevância de cada uma delas no caso em concreto, a questão de fato e de direito, e principalmente os fundamentos exarados na decisão passada, sendo que estes devem ser no mínimo compatíveis com o caso presente. Saliencia-se que em um mesmo caso pode-se aplicar mais de um precedente a depender da extensão dos argumentos utilizados⁶⁵.

Há de se falar ainda em duas técnicas para superação de um precedente, sendo elas: *overruling* e *overriding*. A primeira ocorre nas hipóteses de superação integral do precedente, sendo este afastado do caso concreto por haver uma mudança na regra adotada, quando a parte apresenta novos argumentos. Já o segundo, ocorre quando o tribunal realiza uma limitação na incidência de um determinado precedente, em razão da superveniência de um princípio ou regra. Assim são regras que impedem a cristalização do direito, sempre mantendo o sistema atualizado.

No *overruling* o precedente perde sua força vinculante e é trocado (*overruled*) por outro precedente, quando o próprio tribunal que fixou o precedente o abandona em um julgamento futuro, podendo essa substituição ser expressa (*express overruling*) ou tácita ou implícita (*implied overruling*).

Já a *overriding*, ocorre nas hipóteses do tribunal impõe limites na incidência de um precedente, em razão de uma regra ou um princípio. Portanto, não se fala em superação total do precedente, mas sim, uma superação parcial. Para uma melhor aplicação, deve-se ter em mente que o entendimento novo, não está relacio-

⁶⁵ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. Teoria do Precedente Judicial: a justificação e a aplicação das regras jurisprudenciais. São Paulo: Noeses, 2012, p. 274.

nado ao posicionamento do núcleo do precedente judicial, mas há uma influência daquele neste, reduzindo as hipóteses e alcances de sua incidência, ao contrário do *overruling*, onde o que é alterado é a própria *ratio*, que é superada, formulando-se uma nova norma jurisprudencial substituindo-a⁶⁶.

Neste momento se faz digno de nota, o emblemático caso de superação de entendimento que culminou na edição da sumula vinculante nº 10 do STF⁶⁷ em torno do artigo 97 da CF. Trata-se da questão da efetiva aplicação da cláusula de reserva de plenário, prevista no artigo anterior, que aduz que somente pela maioria absoluta de seus membros ou dos membros de seu órgão especial, o tribunal estará autorizado a declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público.

Dessa maneira poderia declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, o tribunal como um todo, e não um órgão fracionário ou relator. Essa regra vinha sendo ignorada por alguns órgãos fracionários de tribunais, declarando a inconstitucionalidade de várias leis de maneira indireta, deixando de aplica-las, e por consequência não as apresentando ao plenário do tribunal.

Com isso o STF anulava as decisões dos órgãos fracionários ou de relatores, submetendo a análise do plenário. Em razão da insegurança jurídica, e os excessivos casos, o STF formulou um entendimento e editou a sumula vinculante nº10, determinando a todos os tribunais que apliquem a cláusula de reserva de plenário, seja para declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, seja para negar a incidência de determinada lei.

Apesar da sumula praticamente repetir o dispositivo constitucional, foi suficiente para estabelecer a segurança jurídica e pôr fim a problemática, sendo a sumula dos precedentes que a embasou⁶⁸.

Apresentado o conceito e finalidade das técnicas utilizadas na operação com precedentes, cumpre ressaltar o tipo de eficácia dos precedentes no sistema

⁶⁶ Cf. DIDIER JR. Fred, SARNO BRAGA, Paula, ALEXANDRE DE OLIVEIRA, Rafael, Curso de direito processual civil: teoria geral da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedentes, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela – 11 ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016, pg.521.

⁶⁷ Teve como precedentes propulsores o RE 482890, AI 472897, RE 544246 e RE 240096.

⁶⁸ Marcelo Barroso Mendes, afirma que a sumula vinculante nº10 diz a mesma coisa do artigo 97 da CF, só que com palavras diferentes, sendo esta sumula importante para impedir a chegada de casos repetitivos no STF. (MENDES, Marcelo Barroso, Súmula Vinculante 10 do STF: Novidade ou um pouco mais da mesma coisa? Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5318>. Acesso em: 07 de setembro de 2017.)

common law, o caminho para uma decisão se tornar precedente, e ainda, a técnica do precedente no *common law*.

No direito inglês não havia norma expressa que obrigasse a vinculação do precedente, sendo que prevalecia apenas a tradição que consistia no respeito entre as cortes, ou para com as cortes superiores. Foi assim até o século XIX, quando o precedente passou a ter eficácia vinculatória (*binding precedente*), após o julgamento do caso *Beamish vs. Beamish*⁶⁹ no ano de 1861, onde ficou consolidado que as cortes estariam obrigadas a acatarem suas próprias decisões, sendo que este entendimento ganhou força em 1895, no caso *Bradford vs. Pickles*. Com isso dentro do sistema *common law*, se aplica aos precedentes judiciais a eficácia em sentido forte⁷⁰, comportando exceções como no caso de *distinguishing*, e ainda levando-se em conta que há precedentes em sentido persuasivo.

Na sistemática do *common law*, um precedente não nasce precedente, ele se torna um precedente. Se uma determinada decisão judicial conter coerência, ser íntegra no ponto de vista material e formal, e sua racionalidade for adequada, é o juiz futuro que dirá se vai ou não se tornar um precedente. Portanto, primeiramente o precedente nasce como uma regra em um caso particular vinculando apenas as partes, e adiante, poderá ou não, se tornar a regra em vários casos semelhantes⁷¹.

Por mais que as decisões judiciais tenham extrema relevância, no *common law* o precedente não está acima da lei. Nesse sistema os costumes, bem como, os precedentes estão vinculados à legislação, tendo em vista que as regras consuetudinárias e do direito comum podem ser restritas de seus estatutos jurídicos por uma lei parlamentar⁷².

⁶⁹ Neste famoso caso, o reverendo Samuel Swayne Beamish queria se casar com Isabella Frazer, sendo que estes eram integrantes da Igreja Unida da Inglaterra e Irlanda. O reverendo não teve a autorização do pai de Isabella para casar, e assim celebrou ele mesmo o casamento de forma informal em 1831. Com o falecimento do reverendo, iniciou-se uma disputa pelos seus bens entre os seus filhos Henry e Benjamim. A corte irlandesa considerou válido o casamento. Já a *House Of Lords*, invocou o precedente do caso *The Queen v. Millis*, o qual estabeleceu que um casamento só seria válido quando celebrado por um clérigo, reformando a decisão da corte irlandesa, e ainda estabeleceu que suas decisões são vinculantes para ela e também para os demais tribunais inferiores (ANDREWS, Neil. Op. Cit, pg.98).

⁷⁰ CRUZ E TUCCI, José Rogério, precedente judicial como fonte de direito, 2004, p.159.

⁷¹ CRUZ E TUCCI, Op. Cit.Pg.13.

⁷² Cf. Hart, Herbert, Op. Cit, pg.115.

O *stare decisis*⁷³ (doutrina do *commom law*) pode ser conceituado como um precedente de vinculação obrigatória devendo ser respeitado pelas instâncias inferiores, sendo nesta hipótese o caso de *binding authority*. Há ainda a hipótese do *persuasive precedente*, apresentando uma força meramente persuasiva dos precedentes.

A convicção de que os precedentes são vinculantes e são operados com força peremptória sobre os seus operadores levou a um rigoroso mecanismo de delimitação da *ratio decidendi*, separando os outros elementos que não a compõe. Desse modo, se o precedente é vinculante, de tal forma que o juiz não tem outra opção, a não ser que reanalise seu conteúdo ou negar a força vinculante a ele inerente, mesmo nos casos em que estiver convicto da injustiça ou da falta de proporcionalidade da decisão, parece compreensível aceitar a interpretação da *ratio*, de modo a limitar a força vinculante dos contornos de certos precedentes aos casos semelhantes a decisão ao qual foi relacionada a autoridade do precedente⁷⁴.

A grande dificuldade daqueles que operam o direito costumeiro, nos dizeres de Slapper e Kelly⁷⁵, é justamente a necessidade de assegurar a validade e coerência da analogia utilizada, para que a decisão seja válida. Indubitavelmente é benéfico para qualquer sistema jurídico tratar casos semelhantes de jeitos semelhantes, mas há o empecilho da falta de precisão que está presente em qualquer raciocínio por analogia. A idealização do “*from case to case*”, na cultura anglo-saxônica, requer uma prática interpretativa com cautela, pois existem várias regras judiciais que são passíveis de novas exceções, a serem acrescentadas por juízes, quando distinguirem o caso a ser decidido. A aplicação dos precedentes sob o âmbito da sistemática do *commom law*, só possui fluidez pois há uma fecunda e genuína cultura argumentativa para os precedentes judiciais, o mesmo não se pode dizer sobre o sistema brasileiro.

A técnica do precedente no sistema *commom law* induz o aplicador do direito a realizar uma reflexão jurídica, levando se em conta a moral, a justiça, os costumes e a proporcionalidade, a dar cumprimento à regra argumentativa já exposta

⁷³ No latim significa “ficar com as coisas entendidas”. É proposta conforme o princípio “*stare decisis et non quieta movere*” – ficar com as coisas decididas e não perturbar as estabelecidas.

⁷⁴ BUSTAMANTE, Thomas. Op. Cit, pg.20.

⁷⁵ GARY, Slapper; DAVID, Kelly. The English Legal System, 8 ed., New York, Routledge-Cavendish, 2006, p.189.

de Robert Alexy⁷⁶, que requer a integral justificativa das razões e dos passos argumentativos para se chegar até a decisão final. Tal técnica exige ainda, que sejam levados em conta todas as circunstâncias e acontecimentos do caso, para que sejam identificados os fatores e as circunstâncias específicas daquele caso *sub judicis*.

Ante o demonstrado, resta possível concluir que o sistema *commom law* possui características próprias, construídas em torno das culturas locais, e que para chegar aos seus conceitos atravessou vários séculos, e ainda foi analisada por diversos doutrinadores, a fim de se estabelecer a sua aplicação. Fixadas essas premissas conceituais e técnicas, é possível avançar no exame da técnica do precedente no *civil law*.

3.2 A técnica do precedente e civil law

A tradição do *civil law*, tem origem anterior a da *commom law*, sendo que surgiu aproximadamente no século XIII, no interior das universidades romanas. O estudo do direito romano era complexo, e de uma compreensão dificultosa para quem era leigo no assunto. O direito não era composto apenas pelo romano, mas também pelo direito feudal, comercial e canônico⁷⁷.

Em determinado momento, objetivando a segurança jurídica, se unificou e organizou a legislação, para que toda a população fosse submetida ao direito imposto pelo Estado, que em alguns países era controlada pelo catolicismo, com regras abstratas e de caráter geral, sendo a lei a principal fonte do direito. Existia, portanto, uma obsessão pela lei, principalmente após a Revolução Francesa, onde o estado ganhou amplos poderes, apostando no positivismo jurídico.

A Igreja Católica teve um importante papel para a evolução deste sistema na idade média, que com suas tradições contribuiu com a segurança jurídica e a previsibilidade. Prova disso é que até nos dias de hoje ainda existe resquícios do sistema comandado pelos católicos, como as vestimentas utilizadas no tribunal do júri.

⁷⁶ Sobre a teoria de Robert Alexy, vide tópico As Teorias da Argumentação Jurídica.

⁷⁷ David René. Os grandes sistemas do direito contemporâneo. São Paulo: Martins fontes, 2002. Pg.36.

Após vários séculos sob a influência da igreja católica, surgiu a necessidade de libertação de todas as leis divinas impostas pela igreja, para que se eliminasse os aspectos sobrenaturais dentro do ordenamento jurídico. Com isso, os movimentos contra a igreja no poder ganharam força e amparo, lutando para a conquista de um direito racional e universal, sendo as normas aplicadas com justiça sob os olhos da sociedade e não de Deus⁷⁸.

Como resultado, o direito romano foi empregado no século XII, para a edificação de um direito universal e positivado, que com o transcorrer dos tempos foi se alterando com as deficiências da época, principalmente porque o Corpus Juris Civilis⁷⁹ não poderia regulamentar *ad eternum* uma sociedade futura que nem participou da criação do documento, tanto é que os próprios romanos o alterou alguns anos depois de sua alteração, com o escopo de adequar seus dispositivos conforme o direito canônico vigente naquela época.

A aplicação desta tradição jurídica varia de país para país, tendo uma aplicação mais acentuada na Espanha, Itália, Alemanha, Portugal, Holanda e Bélgica. Nestes países, assim como no Brasil, os ramos do direito são divididos por código, como é o caso do Código Civil francês e o alemão.

A definição de *civil law* forma-se com base no sistema romano aplicado nos países da Europa Continental e suas respectivas colônias. Naquele tempo, o direito local abriu as portas por inteiro aos princípios do sistema romano, dando azo a criação das constituições, leis e os códigos. É por esta razão que a expressão *civil law* quando utilizada nos países de língua inglesa, se refere ao direito de Ramo na antiguidade, que vem evoluindo cada vez mais desde o período medieval, e por esta razão é chamado de romano-germânico⁸⁰.

Pondera-se que a tradição da *civil law* caminha em constante transformação deste seu surgimento, que se desenvolve gradativamente ao longo dos tem-

⁷⁸ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira. São Paulo: Saraiva, 2014, pg.71.

⁷⁹ Que em português significa: "Corpo de direito civil". Foi uma importante obra jurídica publicada no ano de 529 e 534, sob o comando do Imperador bizantino Justiniano I, com o objetivo de expandir seu império, criando-se uma legislação harmônica.

⁸⁰ VIEIRA, Andréia Costa. Civil Law e Common Law: os dois grandes sistemas legais comparados. Porto Alegre: S.A. Fabris, 2007. Pg.273.

pos, baseando-se em diversos sistemas jurídicos, cujo os quais também vivem corriqueiras modificações. A *civil law* é um direito vivo⁸¹ de conclusão inacabável e indefinível.

De modo contrário a *common law* – a qual os precedentes são considerados fonte de direito – a *civil law* é orientada pela jurisprudência, que geralmente não é fonte primária do direito, mas desempenha apenas um papel de orientação, ou seja, de persuasão. Na tradição romano-germânica, as decisões dos tribunais quando decididas de maneira repetidamente semelhantes, formam-se jurisprudência, mas não se sobrepõe a lei (code-based legal system).

Nessa senda, a concepção de direito nesta família se baseia na ideia de que a regra do direito não é elaborada pelo juiz para a solução do caso apresentado, mas de uma regra de caráter geral e abstrato, criada em regra pelo Poder Legislativo, onde se baseia no conceito de justiça ética e moral, bem como em casos práticos. Tais regras descrevem uma conduta a ser seguida, ora criando obrigações, deveres e proibições⁸².

É digno de nota, que no sistema *civil law*, não abarca problemas práticos, pois suas leis possuem caráter geral e abstrato, ou seja, as leis não preveem todos os casos, não sendo possível fornecer todas as respostas aos magistrados, até porque é inimaginável o legislador adivinhar todas as situações futuras a serem submetidas pela lei. Desse modo, o arcabouço legal não é suficiente para pôr fim em todos os conflitos, fazendo com que os magistrados do *civil law* interpretem muito mais do que os do sistema da *common law*.

Nesse interim e conforme o atual CPC, os precedentes judiciais nesta tradição não têm a finalidade de substituir as leis, e nem as depreciar como fontes do direito, uma vez que deve ser respeitado o princípio da separação dos poderes, onde cada um tem sua função específica, sendo que a do judiciário é interpretar e aplicar as leis criadas pelo Legislativo. Desse modo existindo omissão legal, não cabe ao

⁸¹ Expressão utilizada por Rene David, que aduz que a tradição romano germânica se adequa a realidade social e jurídica vivida, se transformando constantemente para atender as necessidades que vão surgindo através dos tempos, como é o nosso caso da problemática quantitativa de demandas judiciais por exemplo (DAVID, Rene, Op. Cit. Pg.74)

⁸² SOUZA, Marcelo Alves Dias de. Do Precedente judicial à sumula vinculante. 1ª Ed. Curitiba, Juruá, 2008, Pg.24.

magistrado ou o tribunal invadir a função do legislador produzindo nova lei, mas aplicar própria solução que a lei traz, como é o caso do artigo 4º da Lei 4.657/42⁸³.

O alcance ampliado das normas obriga os juristas a realizarem uma atividade interpretativa, concedendo uma liberdade maior do que no sistema *common law*. Dessa forma a lei é estática e necessita de interpretação para aplicá-la, haja vista que ela não prevê todas as situações futuras, ao passo que no direito americano os interpretes devem analisar se o caso passado possui pertinência no caso presente.

A grande preocupação que incomoda aqueles que defendem o sistema romano-germânico, é a segurança normativa, fazendo com que defendam a restrição da interpretação ou criação dos magistrados, pois acreditam que para consolidar a segurança jurídica deve haver uma submissão do juiz a lei, surgindo-se a famosa frase de Montesquieu, em que dizia que o juiz deve ser boca da lei.

Não obstante o caráter geral e abstrato das normas, pondera-se que neste sistema, em regra os precedentes e a jurisprudência têm efeito meramente persuasivo, já que somente pode vincular a jurisprudência que é sumulada especialmente para essa finalidade.

No sistema vigente no Brasil aduz que a lei pura e simples tem aplicação plena, restringindo as interpretações que não estão em conformidade com estas leis, nos casos concretos. A vinculação entre juiz e lei pode ser extraída da Constituição Federal, que em seu artigo 5º, inciso II, estabelece: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Portanto, o sistema brasileiro tem o direito entrelaçado à produção legislativa⁸⁴.

Sobre a aplicação de precedentes no sistema *civil law*, o jurista italiano Sergio Chiarlon⁸⁵, aduz que com a dispersão decisional ocasiona uma quebra de isonomia, e por isso, devem ser os precedentes observados, independentemente de quem as proferiu. Nota-se, contudo, que tal pensamento não se aplica ao sistema brasileiro, pois não é qualquer juiz que vai criar o precedente, cabendo aos nossos

⁸³ Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

⁸⁴ RAMIRES, Mauricio. Op., Cit. Pg.59.

⁸⁵ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Op., Cit. Pag.57.

tribunais superiores a tarefa de delimitar o que deve ou não ser vinculado em uma decisão.

Outra característica própria em nosso ordenamento jurídico se encontra no controle de constitucionalidade, que pode ser aplicado por qualquer juiz ou um tribunal, seja ele constitucional ou não. Dessa forma o juiz de primeiro grau possui o poder de não aplicar uma norma desde que comprove que está se encontra em desconformidade com a Constituição, sendo esta uma exceção em que o juiz não estará vinculado a aplicar a lei inconstitucional.

Ocorre que da mesma forma de outros países que aderem a *civil law*, o judiciário brasileiro passa por problemas como a incongruente jurisprudência, e a insegurança jurídica, forçando o legislador a pensar de maneira diferente, de modo a criar mecanismos semelhantes à *common law*, como se verá no próximo tópico. Isso porque, com o avanço dos tempos a sociedade se aprimora no âmbito jurídico e político, exigindo uma igualdade isonômica nos tribunais.

Por fim conclui-se que os precedentes dentro do sistema *civil law* tem a finalidade de apenas robustecer a segurança jurídica buscada no seu nascimento, com uma jurisprudência orientadora, visando barrar os recursos no mesmo sentido direcionados aos tribunais superiores bem como contribuir para a previsibilidade jurídica.

Colocado o pano de fundo dos sistemas *common law* e *civil law*, e a aplicabilidade dos precedentes nestes sistemas, passa-se a análise das diferenças entre os sistemas, e ainda a tendência de aproximação do mesmo, em especial com o advento do atual CPC.

3.3 Diferenças e Aproximação das Tradições Ocidentais

É compreensível que em todos os sistemas jurídicos haja a presença dos precedentes judiciais, pois equivale a natureza humana. O clássico exemplo disse é o pai que concedendo um benefício para uma filha, deverá também conceder o mesmo benefício para a outra. Assim os precedentes não são uma peculiaridade específica apenas da *common law*, sendo que há vários traslados de ferramentas entre este e o *civil law*.

Outrora, havia uma rígida diferenciação entre os sistemas *civil law* e *common law*, sendo que o primeiro é oficialmente adotado pelo Brasil, e tem como fonte de direito a lei, já o segundo é a estrutura adotada nos países de ascendência anglo-saxônica como os EUA e a Inglaterra. A principal diferença é lá se dá mais importância a jurisprudência que no texto legal.

Em *terrae brasilis*, é inegável que o sistema jurídico adotado é o *civil law*, em razão da colonização portuguesa, e a inspiração das leis no Código de Napoleão. Por outro lado, é inegável também que este não esteja sofrendo mutações com aspecto de *common law*, tendo o legislador do atual CPC levado em consideração estas mudanças pragmáticas, inserido em nosso ordenamento um sistema de precedentes, porém a pergunta que fica que sistema é este? Pergunta que será esclarecida no próximo tópico.

Hodiernamente não há como fazer uma separação direcionada entre os sistemas, eis que nos últimos tempos a globalização tem contribuído para a comunicação dos mesmos, em virtude do rompimento de barreiras entre as nações, e ainda a facilidade de comunicação. No universo em que vivemos as divisas são aniquiladas pela internet, onde as pessoas não se contentam com o que veem na televisão ou no jornal, fazendo com que as sociedades se evoluam de maneira aberta e não mais fechada, ao ponto de não poder mais separar os sistemas jurídicos.

Nos dias atuais, verifica-se que ocorre uma aproximação entre os sistemas romano e anglo-saxônico, sendo que ambos se influenciam sob a luz da globalização judicial. Esta mescla de sistemas, resultado de uma troca de experiências concretas, leva a interferências no modo tradicional de nosso direito, onde há uma nova onda daqueles que defendem a importância da interpretação das decisões judiciais, ao passo que nos EUA e na Inglaterra, ocorre uma crescente elaboração de leis, como é o caso da criação do código de processo civil inglês. Não obstante, permanece ainda uma diferença fundamental entre os sistemas, qual seja, a importância dos códigos e leis dos mesmos.

Para ilustrar a diferença entre os sistemas jurídicos citados, invoca-se as ideias do parlamento inglês (*common law*) e o francês (*civil law*). Os parlamentares ingleses criaram várias restrições ao poder monárquico com a Revolução de 1688, mas não elaborou um plano para desmontar o poder dominante. Trouxe a ideia de

seguimento dos entendimentos jurídicos com o passar dos tempos, atribuindo as decisões judiciais importância e respeito. Já no direito francês, a Revolução Francesa rompeu o paradigma da concentração de poder, fazendo com que o legislativo aprovasse continuamente várias leis. Note-se, portanto, que diante de um poder absoluto, cada país procurou uma solução diversa para o problema, um na confiança e respeito aos julgados passados e o outro nas leis⁸⁶.

Salienta-se que o fato de um país adotar o sistema da codificação não necessariamente ele será adepto ao sistema romano-germânico. Nos países de origem anglo-saxã também elaboram leis escritas, porém, a diferença entre estes sistemas reside na força que dão as suas leis. Assim pode-se definir um determinado sistema jurídico de um país, analisando o conceito de código de cada um adota. Na Inglaterra por exemplo, havendo conflito entre lei de um código, e um precedente judicial, caberá ao juiz por meio de interpretação, escolher qual delas deve prevalecer.

É evidente a existência dos resquícios do sistema *common law*, podendo citar a título de exemplo o julgamento com base em costumes, o dever de observar as sumulas vinculantes, as decisões com efeito *erga omnes* e o controle difuso de constitucionalidade realizado pelo juiz. É possível que nossa matriz jurídica comporte institutos importados de outras, desde que bem aplicados e com autorização constitucional⁸⁷.

Opera-se desse modo os Códigos não mais de uma maneira centralizada como única fonte de direito, o que vem sendo dito como descodificação. É que apenas a mera aplicação do texto legal se revela insuficiente para pôr fim aos casos complexos que aparecem de forma costumeira na rotina dos operadores do direito, com isso entendeu-se que a flexibilização da lei é uma atitude imprescindível para que os direitos sejam concretizados⁸⁸.

Nessa toada, podemos mencionar os casos emblemáticos que envolviam a prisão civil do depositário infiel que adquiria o bem em alienação fiduciária,

⁸⁶ PEREIRA, Hugo Filardi. Decisões coerentes: Valorização dos precedentes no Código de Processo Civil como técnica de previsibilidade decisória. 2016. 197f. Tese de Doutorado – Pontifícia Universidade Católica de SP. São Paulo, 2016. Pg.130.

⁸⁷ ASSAGRA DE ALMEIDA, Gregório. O sistema jurídico nos Estados Unidos – Common law e carreiras jurídicas: o que poderia ser útil para a reforma do sistema processual brasileiro? Revista de Processo: REPRO, São Paulo, RT, n251, 2016. Pg.354.

⁸⁸ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Interpretação da Lei e de Precedentes: civil law e common law. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 99, v. 893, março 2010. pg.37.

sendo a prisão deferida por vários magistrados, mesmo com a existência, na época, de robustas e contínuas decisões do Superior Tribunal de Justiça afirmando ser incabível a espécie de prisão em nosso ordenamento (REsp 7943/RS e REsp 2230/RS). Os magistrados fundamentavam suas decisões com base no entendimento majoritário do Supremo Tribunal Federal, que afirmava a legalidade da segregação pessoal nestes casos (RE 206482/SP), mesmo que sendo contrariados por tratados retificados, como o Pacto de São José da Costa Rica e a Declaração Americana dos Direitos da Pessoa Humana. Todavia o Supremo ainda considerava que a legislação onde a prisão civil era fundamentada, era constitucional. Permaneceu assim até que o plenário do STF julgou os Recursos Extraordinários sobre o tema, e se posicionou contra a prisão civil dos depositários infieis, dando improcedência aos pedidos de prisão requeridos pelas instituições financeiras. Quando se pergunta qual foi o fundamento utilizado para dar improcedência, a resposta é simples, utilizou-se dos julgados da própria corte.

O caso exposto acima revela que o sistema jurídico brasileiro calcado na origem romana, está totalmente sujeito a intervenção de precedentes judiciais na racionalidade das decisões judiciais. Há muitos motivos para isso, um deles é que nos casos que guardam semelhanças, deve haver respostas semelhantes. Outro motivo colaborativo para tal feita, são os meios de se acessar jurisprudências recentes de diversos tribunais por meio de um computador, bastando apenas colocar palavras-chaves no campo de pesquisa e apertar uma tecla.

Dessa forma, a prática jurídica processual brasileira conversa em vários pontos com a da *common law*. Nesse ponto, aborda-se sobre o preparo técnico dos operadores brasileiros, pois os precedentes no Brasil seguem o raciocínio aleatório que não se aplica no sistema *case law*, correndo-se o risco do sincretizar de maneira improvisada as tradições, sem o devido diálogo entre elas.

Fica evidenciado o narrado acima ao se analisar o sistema norte-americano, onde os precedentes nascem dos tribunais, seja dos estados ou da federação, e ainda se exige que seja uma decisão da maioria, pois de modo contrário a decisão não se transforma em um precedente, mas em uma decisão com efeito meramente persuasivo sem eficácia vinculatória. Além do mais, o precedente vincula a corte que o criou e as demais instâncias subordinadas, exceto o precedente criado pela Suprema Corte, onde vinculará todas as instâncias.

Insta salientar que no sistema norte-americano o juiz não fica obrigado a aplicar um precedente, desde que fundamente, ao contrário do sistema inglês, que é muito mais enrijecido, não tendo o juiz essa escolha de aplicar ou não determinado precedente, tendo em vista que o *stare decisis* no sistema inglês é o mais conservador, chegando a aplicar precedentes de 400 anos atrás⁸⁹.

Já no ordenamento jurídico brasileiro, a jurisprudência encontrava os seus limites dentro da própria lei, vigorando o direito escrito. Foi assim até a chegada do atual CPC, que em seu artigo 927, segundo Hermes Zaneti Jr., apresenta um rol de precedentes vinculantes⁹⁰, se assemelhando ao sistema inglês no tocante a obrigatoriedade da aplicação dos precedentes.

Outra diferença entre os sistemas ocidentais se encontra na possibilidade de interpretar. Como dito no tópico anterior, no sistema *common law*, o magistrado tem um campo interpretativo limitado, pois para vários casos, há vários precedentes, sendo que a *ratio decidendi* de um caso pode ser aplicado em muitos outros. Já no Brasil, o magistrado tem uma vasta gama interpretativa, pois a lei não prevê todas as situações futuras, criando-se normas de caráter geral e abstrato.

Nesse ambiente de liberdade interpretativa, ganham força o constitucionalismo, os direitos humanos, e o postulado da proporcionalidade, que possuem um relevante e estimado papel, pois possibilitam um melhor enquadramento da lei ao caso concreto. Ganhou força ainda o conteúdo doutrinário, que está presente em várias petições e sentenças.

A depender do sistema adotado, muda-se o raciocínio empregado pelo juiz na hora de julgar, em outras palavras altera-se o modo de julgar, o modo como um juiz chega a sua decisão final. Sobre esse ponto Frederick Shauer, ensina que a grande diferença entre os juízes do *common law* e do *civil law* está na preocupação dos magistrados. No primeiro sistema os juízes se preocupam com o caso concreto *sub judice*, e não com as normas positivadas em vigor. Na segunda tradição os juízes se preocupam com qual norma será aplicada, para elas a norma é mais importante frente a um caso concreto. Assim a diferença chave é o modo usado pelo juiz para a

⁸⁹ SABINO, Marco Antônio da Costa. O precedente jurisdicional vinculante e sua força no Brasil, Revista Dialética de Direito Processual Civil, nº 85, abril 2010, fls.53.

⁹⁰ JUNIOR, Hermes Zaneti. Precedentes Normativos formalmente vinculantes (Coleção Grandes Temas do Novo CPC, V.3, coord. Geral Fredie Didier Jr.). Salvador: Juspodivm, 2016. pg.418.

solução de um conflito, dessa forma para o juiz inglês é o fato e para o juiz brasileiro é a lei⁹¹.

Afim de se tornar a exposição das diferenças entre os sistemas de forma simplificada, apresentamos a elucidativa tabela contida na nobre Dissertação de Viviane Lemes da Rosa⁹²:

COMMON LAW	CIVIL LAW
Também chamada de tradição anglo-saxônica	Também chamada de tradição romano-germânica
Inglaterra, EUA, Irlanda do Norte, País de Gales, África do Sul, Austrália, Canadá, Índia, Jamaica.	França, Alemanha, Itália, Espanha, Portugal, Suécia, Áustria, Brasil, Estado de Quebec e Estado da Louisiana
Modelo aprofundado de <i>checks and balances</i>	Estrita separação de poderes
Direito como engrenagem dinâmica	Lei como segurança jurídica
Juiz tem poder criativo (<i>judge-made-law</i>)	Inicialmente, entendia-se que o juiz era mero aplicador da lei (<i>bouche de la loi</i>). Hoje, acredita-se que o juiz interpreta a lei.
Precedentes	Jurisprudência

Os precedentes no *civil law*, mais do que no *common law*, devem encontrar respaldo nas normas positivadas, pois no primeiro sistema costuma-se haver uma quantidade maior e mais específica de norma para cada caso, enquanto no segundo, há poucas normas de alcance ampliado, sendo que dificilmente entraram em conflito com um precedente. Isso ocorre porque no sistema *common law* se tem um espaço amplo para se trabalhar com a *ratio decidendi*, enquanto que no sistema romano – aqueles que aceitam os precedentes – o juiz ao delimitar a *ratio* fica restrito as normas vigentes. É o típico caso brasileiro, não pode um julgador, por exemplo, criar um precedente estabelecendo uma multa para o condômino acima do valor estabelecido na lei.

Embora há precedentes vinculantes tanto na Inglaterra como no sistema brasileiro, existem teorias que criticam contundentemente essa vinculação, afirmando que eles não detêm poder normativo, seja na *common law* ou no *civil law*. Nesse aspecto podemos citar as lições de Zimmermann e Jansen, que aduzem que a criação

⁹¹ PUGLIESE, Wiliam Soares. Teoria dos precedentes e interpretação legislativa. 108f. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011. Pg.34.

⁹² ROSA. Viviane Lemes da. O sistema de precedentes brasileiro.349 p. Dissertação (Mestrado em Relações Sociais). Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2016. Pg.40.

do direito não se confunde com a aplicação do direito, assim, as decisões judiciais somente vinculam caso reflitam de maneira correta o direito vigente⁹³, referindo-se a uma teoria declaratória, ou seja, os julgadores não criam o direito, apenas tendo a função de o declará-lo.

Obviamente que há claras diferenças que interferem no cerne do pensamento do direito inglês ao direito brasileiro. Nessa perspectiva, fica evidenciada a inviabilidade da mera importação dos institutos da *common law* para o direito brasileiro, sem as devidas adequações técnicas inerentes ao nosso sistema. É preciso que o direito brasileiro encontre o seu lugar para alocar devidamente o sistema de precedentes, definindo o melhor modo de aplica-lo, de modo a garantir a liberdade de julgamento dos magistrados, o direito de defesa das partes, e ainda proteger o ambiente democrático.

Portanto é possível que o direito brasileiro se adeque há alguns instrumentos do *common law*, desde que respeite os mandamentos constitucionais, e não transforme o nosso debilitado direito em uma casa de juízes autoritários. Em qualquer cenário, não pode se admitir que as padronizações de julgados viole o estimado princípio da legalidade. Cremos que o sistema de precedentes, aplicados com a devida cautela e de maneira correta, fortalecerão a democracia, e irá fazer com que as normas sejam aplicadas de forma coerente, possibilitando aos recorrentes do judiciário a chance de uma previsibilidade jurídica.

3.4 Os Diversos Sistemas de Precedentes

Inicialmente cumpre ressaltar que cada autor tem sua concepção e classificação de determinado sistema jurídico, conforme os ensinamentos de Arminjon, Nolde e Wolff⁹⁴, onde preceituam que um sistema jurídico é determinado por meio da localização geográfica, das manifestações culturais e o direito no local em que se encontra os autores. No presente tópico a fim de resguardar a pertinência com o tema abordaremos apenas as classificações dos diversos sistemas de precedentes.

⁹³ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. Op., Cit. Pg.98.

⁹⁴ DAVID, R. Os grandes sistemas do direito contemporâneo. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Pg. 46.

Atualmente vivemos uma divergência doutrinária, pois há quem defenda que o atual CPC elencou um rol de provimentos vinculantes como Lênio Streck⁹⁵, mas há também quem diga que o diploma processual implementou o sistema *common law*, como afirma o ministro Edson Fachin (RE 655.265) e por fim, há quem diga que o CPC criou um sistema próprio de precedentes, ou seja, tropicalizou o *common law*, como a professora Teresa Arruda⁹⁶. Por meio do estudo dos vários sistemas de precedentes irá se buscar qual das hipóteses defendidas acima é a mais razoável.

Os precedentes estão presentes em diversos sistemas jurídicos, sejam eles de origem anglo-saxã ou romano-germânica, sendo que cada um apresenta uma característica própria, criando-se sistemas diferentes.

Para conceituar determinado sistema de precedente, deve-se primeiro entender o que significa a palavra “precedente”, pois a partir da resposta é possível identificar e separar qual sistema ela se encaixa. Em um primeiro sentido esta palavra representa uma completa decisão judicial, sem limitar algum elemento dela, alcançando-a por completa, ou em um segundo sentido, aludir a uma norma presente na decisão judicial, qual seja, à *ratio decidendi*. Desse modo, o termo pode aludir o *stare decisis*, em relação à obrigação de observar as decisões de uma corte superior. Conforme Neil Duxbury, é um feito passado que servirá como norte para a ação futura⁹⁷.

Registra-se que estes sentidos do termo “precedentes”, são todos relacionados a tradição *common law*. Isso se dá porque cada país adota o seu sistema de precedentes, com características particulares, conforme suas culturas jurídicas e políticas. Não é à toa que os juristas norte-americanos e os ingleses conceituam os precedentes conforme as suas histórias de seus ordenamentos. Mas a pergunta preponderante é: e o sistema de precedentes brasileiro?

Como dito no capítulo anterior, há várias diferenças ente os sistemas norte-americano e inglês com o sistema brasileiro, sendo uma delas o modo de exer-

⁹⁵ Para ele o CPC criou provimentos judiciais vinculantes, a fim de se ter a resposta antes da pergunta (STRECK, Lênio. O que é isto – o sistema (sic) de precedentes no novo CPC? 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-ago-18/senso-incomum-isto-sistema-sic-precedentes-cpc>>. Acesso em: 29 de agos. de 2017.

⁹⁶ WAMBIER, Teresa Arruda. “Brazilian precedentes” 2014. Disponível em: < <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI203202,31047-Brazilian+precedentes>> Acesso em 29 agosto de 2017.

⁹⁷ MACEDO, Lucas Buriel. Op., Cit. Pg.89.

cer o controle de constitucionalidade, que torna perigoso o simples traslado de técnicas e conceitos, em desconformidade com o ordenamento vigente. Nessa esteira, o atual CPC atribuiu ao sistema de precedentes o caráter vinculativo, sem previsão constitucional, como fizeram as ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade no §2º do artigo 102 da Carta Magna.

Bustamante⁹⁸ narra que é inimaginável que em uma sociedade não se admita a utilização de precedentes, mesmo que utilize outra nomenclatura para tanto, que a depender dos sistemas eles assumem uma função diversa dentro da argumentação jurídica.

Dessa maneira é incorreto afirmar que o Brasil por meio do atual CPC instituiu o sistema *common law* americano, como afirma o Ministro do STF Edson Fachin, por outro lado é admissível que este sistema influenciou o legislador brasileiro ao confeccionar a lei processual.

Salienta-se que em todos ordenamentos jurídicos está presente os precedentes, o que vai diferenciá-los é a parcela de vinculação atribuída a eles. No sistema do *civil law* por exemplo, há a presença de precedentes formulados pelas instâncias superiores, sendo que alguns deles foram elencados no rol do artigo 927 do CPC, devendo o magistrado observá-los. A palavra “observar” indica uma vinculação obrigatória.

É indubitável que o Brasil possui no momento um sistema de precedentes judiciais próprio, ou seja, um sistema que apenas nos temos, um sistema brasileiro. Ao se analisar os precedentes em sede de aplicação no direito americano, pode-se conceituar como decisões proferidas pelas cortes com base em casos passados, esteja previsto na lei o não. Já no sistema brasileiros os precedentes devem encontrar amparo na lei, em outras palavras, a lei é que tem o condão de atribuir o efeito vinculante, dada a nossa natureza positivista.

Estabelece, portanto, que a partir de agora, que o termo “precedente” dentro do contexto brasileiro será a decisão judicial que encontra o seu caráter vinculante na lei, como é por exemplo aqueles que estão contidos no rol do artigo 927 do

⁹⁸ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. Op., Cit. Pg.198.

CPC. Com isso mesmo que um caso passado encontre semelhanças com o caso futuro pode não ser precedente.

Apesar de os precedentes ganharem força no ordenamento brasileiro, continuamos adeptos da *civil law*. Há quem defenda que os precedentes estão inseridos em nosso sistema antes mesmo do advento do CPC, de maneira diferente do *stare decisis*, tanto é que o nosso Supremo com base no Decreto 2684/75, podia criar fatos cuja a aplicação era obrigatória.

Muito se ouviu dizer que o Brasil estava vivenciando uma commonlização em seu direito, esta expressão não merece guarita, pois o sistema de lá é completamente diferente do de cá. Isso se dá porque os precedentes no *common law* não são criados pelo juiz passado, mas pelo juiz futuro, eles não têm a finalidade de se aplicar para o caso futuro, servem para resolver o caso concreto, no Brasil quem cria os precedentes é o órgão que julga pela primeira vez, ou seja o órgão anterior, o proposito aqui é resolver casos futuros.

Os primeiros precedentes de caráter vinculante no Brasil foram a as decisões proferidas em controle concentrado de constitucionalidade, como a ação direta de inconstitucionalidade, ação declaratória de constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental. Todas essas decisões passam a ter caráter vinculante por uma questão muito simples, o artigo 102 da Constituição diz que são vinculantes, trata-se, portanto, de um mandamento constitucional.

E aqui está o problema, porque até a entrada do atual CPC tínhamos dois precedentes de caráter vinculante, o controle concentrado e as sumulas vinculantes, todos eles por mandamento constitucional, após o novo diploma processual, a grande problemática é que passou a existir outros tipos precedentes de caráter vinculante, sendo que este caráter vinculante é atribuído por uma lei ordinária, qual seja, o CPC.

Em resumo, com o atual código foram acrescentados os seguintes precedentes de efeito vinculante no Brasil: as decisões em sede de procedimentos de recursos especiais e de recursos extraordinários repetitivos e nos incidentes de resolução de demandas repetitivas e incidentes de assunção de competência.

Embora rol do art. 927 do CPC elencar vários precedentes vinculantes, não é taxativo, tendo em vista que poderá ser criado um precedente por um órgão fracionário do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, nas hipóteses de argumentação apropriada, e esgotadas todas as questões suscitadas. Tal precedente também terá efeito vinculante aos juízes abaixo da graduação recursal.

Caso não haja precedente do Plenário nos tribunais, o juiz precisará procurar um no órgão fracionário dos tribunais⁹⁹.

O nosso sistema de precedentes em grande parte é construído – não que seja a maneira correta – com várias repetições de julgados no mesmo sentido, já no sistema do *common law* não se opera desta forma, o juiz futuro é que vai construir o precedente com base em uma decisão passada, seja ela repetitiva ou singular¹⁰⁰.

Este sistema ganha força ante o contido no art.926 do CPC¹⁰¹, pois evita uma jurisprudência sem rumo e inconsistente. O legislador o criou com o desiderato de criar uma garantia de previsibilidade e segurança jurídica, e principalmente diminuir as demandas repetitivas. Nesse novo ambiente jurisprudencial o juiz deve construir seus argumentos de fora compatível ao conjunto jurídico brasileiro¹⁰².

Contudo pode se concluir que vigora no Brasil um complexo sistema de precedentes caracterizados pelo efeito vinculante proveniente da Constituição Federal, e dispositivos infraconstitucionais, como o CPC, sendo um sistema próprio e com características específicas brasileiras. Esta vinculação alcança somente o comando da decisão nos julgados. Tal sistema modificará o modo de construção da racionalidade judicial, pois o magistrado deve observar os precedentes judiciais, e utilizar das técnicas inerentes do *common law*, como se verá no tópico seguinte.

⁹⁹ ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de. Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro: os precedentes dos tribunais superiores e sua eficácia temporal. Curitiba: Juruá, 2012, p. 74.

¹⁰⁰ BUSTAMANTE, Thomas de Rosa de. Op., Cit. Pg.254.

¹⁰¹ Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

¹⁰² BRUM, Guilherme Valle. Uma teoria para o controle judicial de políticas públicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, pg.154.

3.5 A Racionalidade e a Fundamentação com Precedentes

Tendo em vista que o Brasil adotou um sistema complexo de precedentes de caráter vinculante, cabe agora saber como este sistema irá influir na racionalidade das decisões judiciais e nos seus respectivos fundamentos.

Racionalidade é um assunto de grau complexo, tanto é que foi estudada na antiguidade e é estudada até os dias de hoje, não havendo um conceito estabelecido da mesma. A palavra racionalidade deriva do termo em latim “*rationalitas*”, que nada mais é do que a capacidade *de* raciocinar. Salienta-se ainda que o termo *ratio* se traduz em cálculo, consideração e método. Conclui-se, portanto, que a racionalidade sobrevém de uma sistemática¹⁰³.

Há muito tempo o processo tem sido fundamental na resolução dos conflitos, e para uma efetiva aplicação do direito material, seja na área civil, seja na área penal. Trata-se de um ambiente de contraditório e democracia, que constrói a convicção do magistrado, sendo a sentença o ponto alto de todo processo, devendo esta ser justa para ambas as partes.

O racionalismo das decisões judiciais não é um problema inerente apenas dos magistrados, mas de todos os operadores do direito, pois para se compreender uma decisão judicial deve-se compreender sua racionalidade. A Constituição Federal em seu artigo 93 inciso IX, determina que todas as decisões devem ser fundamentadas sob pena de serem nulas. Essa determinação somente pode ser cumprida por meio da argumentação racional¹⁰⁴.

Para tanto, Robert Alexy¹⁰⁵ afirma que o fundamento das decisões judiciais deve encontrar respaldo em uma regra universal, correspondendo ao princípio da justiça formal, estatuidando que nas hipóteses de casos fatos fundamentais semelhantes, devem ser julgados de forma igual ou semelhante, ainda mais nos casos em que se precedente formar um precedente judicial. Nessa hipótese aumenta o encargo

¹⁰³ VIEIRA, Waldo. Racionalidade. In: FERREIRA, VIEIRA, Waldo. Racionalidade. Enciclopédia da Conscienciologia. Foz do Iguaçu: Editares, 2006, pg. 53.

¹⁰⁴ Silva, Ovídio A. Baptista. Processo e ideologia: o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2006. Pg. 243.

¹⁰⁵ ALEXY, Robert. Op., Cit. Pg.47.

do Judiciário, pois esta decisão servirá para casos futuros, devendo haver um pacto com uma racionalidade que garanta a criação de um novo modelo jurídico.

Essa racionalidade mudará a forma de pensar dos magistrados brasileiros, adquirindo a essência da maneira de julgar dos magistrados americanos e ingleses. Até certo ponto esta racionalidade será importante, pois irá gerar a oficialização do sistema de precedentes brasileiro, por outro lado, se usada de maneira desregrada pode acarretar em um decisionismo judicial.

Dessa forma essa nova racionalidade limitará a ocorrência do ativismo judicial, colocando freios no juiz ativista, denominado juiz Hércules, por Ronald Dworkin¹⁰⁶.

As condições de racionalidade serão alteradas com a aplicação de um sistema de precedentes, tendo em vista que o mesmo atribui efeito vinculante. Este é o ponto neurálgico que o presente capítulo e um dos pontos-chaves do presente trabalho visa expor, demonstrando a reconstrução das razões de uma decisão judicial.

Com o atual CPC, existem novas fronteiras e percalços que acompanham a atividade decisória dos juízes que criarão os precedentes, bem como os juízes que serão incumbidos de aplicá-los.

Para os juízes que criarão os precedentes, deve-se observar que estão diante de um auditório universal, ou seja, a humanidade ilustrada, e não auditórios particulares, que nada mais são do que as partes no processo. Por isso toda vez que proferirem algum conteúdo do artigo 927 do CPC devem ter uma atenção redobrada, pois o conteúdo será aplicado nas demais instâncias, sendo que suas fundamentações terão poder de regra. Por isso esse tipo de decisão deve possuir argumentos com capacidade generalizativa, pois deve se tornar um paradigma para os casos análogos.

Já para os juízes incumbidos de aplicar os precedentes devem tomar a cautela de verificar a existência de algum precedente antes de tomar uma decisão, sob pena de a mesma ser reformada em segundo grau ou em instância superior. A fundamentação com base em um precedente judicial, tem o escopo não só de trazer

¹⁰⁶ DWORKIN, Ronald. *Natural Law Revisited*. University of Florida Law Review, v. 34, 1982, p. 165-189.

segurança jurídica as partes, mas também de atingir coerência e estabilidade do ordenamento jurídico. A racionalidade da decisão garante uma justiça íntegra, que faz cumprir os valores do Direito.

Não sequer aqui dizer que o juiz exerça meramente a função de boca de precedentes conforme critica Lênio Streck¹⁰⁷. Não se pode aplicar puramente um precedente em um caso concreto sem justificá-lo. Mesmo ficando vinculando aos precedentes, o magistrado tem o poder de interpretá-lo, e verificar se é o caso de *distinguishing* por exemplo.

Como dito no primeiro capítulo, o precedente é mais um discurso no contexto da decisão judicial após a entrada do atual CPC, que até então era somente uma fundamentação, ou seja, servia apenas para orientar o magistrado. É necessário que para a fixação do sistema de precedentes no Brasil, ocorra uma mudança de racionalidade na construção judicial, para que seja incrementado no discurso judicial a utilização de precedentes, que ao seu turno necessita de uma nova mentalidade do magistrado, não de forma totalmente igualitária ao do sistema *common law*, mas de forma semelhante, pois deve sempre ter em mente antes de julgar a primazia da lei positivada.

Com as recentes reformas no ordenamento processual civil brasileiro, verificou-se que o legislador visou conferir uma racionalização do processo, que não deve ser visto sob um olhar do raciocínio matemático, mas em um raciocínio lógico e fundamentado.

Surge com o atual CPC, uma nova racionalidade na forma de julgar acarretada pelo sistema de precedentes judiciais vinculantes, pois o magistrado não percorre os mesmos caminhos quando se depara com as hipóteses do artigo 927 do diploma processual civil, devendo agir com uma racionalidade própria inerente ao sistema de precedentes. Antes da entrada dos precedentes em nosso ordenamento, o magistrado fazia uma comparação entre caso e lei e decidia, hoje ele continua fazendo esta comparação, mas deve fazer também a comparação entre caso e precedente.

Assim como a audiência de conciliação mudou o paradigma das litigiosidades em demasia, implementando uma nova mentalidade que não seja a combativa,

¹⁰⁷ Streck, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, pg. 399.

o sistema de precedentes mudou o paradigma do decisionismo judicial, impedindo que o magistrado julgue conforme suas convicções e impondo uma nova racionalidade na construção judicial com base em precedentes.

4 PRECEDENTES NO DIREITO BRASILEIRO

Em face do que já foi exposto até agora, podemos prosseguir para a singela análise dos precedentes no direito brasileiro, objetivando entender a vinculação dos precedentes judiciais, e se este, encontra-se constitucionalmente adequado ao nosso ordenamento. Em seguida, abordaremos os aspectos controvertidos dos precedentes, e teceremos algumas críticas quanto a nova jurisdição. E por fim iremos analisar o modo de operação com precedentes.

O atual Código de Processo Civil contido na Lei nº13.105, de 16 de março de 2015, manifesta inúmeros dispositivos com relação as decisões judiciais e seu efeito vinculante. Compreendemos que o código não foi ousado ao falar dos precedentes, sendo que poderia o legislador contribuído de uma maneira melhor com a dogmática acerca dos precedentes judiciais.

Com a omissão do legislador, causou-se várias dúvidas acerca da constitucionalidade dos precedentes, e um acúmulo de comentários negativos por parte dos doutrinadores, e em modo geral, dos operadores do direito. Por outro lado, há quem defenda os precedentes, e de igual daqueles que criticam, possuem argumentos sólidos e consistentes.

Alguns tribunais estaduais já aplicam em suas decisões a teoria dos precedentes¹⁰⁸, sendo que os utiliza inclusive para negar ou prover um recurso, e confere maior credibilidade a tutela de evidência, desse modo, o crescimento de teses jurídicas baseadas em precedentes tem ganhado força perante os tribunais, tornando imprescindível o conhecimento por parte dos operadores jurídicos destas teses.

O tema causa grande divisão na opinião de renomados doutrinadores. De um lado, criticando a aplicação de um sistema de precedentes temos: Lenio Luiz Streck, Nelson Nery Junior, Georges Abboud, Dierle Nunes, Cassio Scarpinella Bueno e, por fim, Alexandre Bahia. Já de outro lado, defendem a aplicação dos precedentes

¹⁰⁸ TJ-DF - AGR1: 201401115197791 Apelação Cível, Relator: FLAVIO ROSTIROLA, Data de Julgamento: 27/01/2016, 3ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE : 01/02/2016 . Pág.: 151.
TJ-DF - AGR1: 201510100669631 Apelação Cível, Relator: FLAVIO ROSTIROLA, Data de Julgamento: 24/02/2016, 3ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE : 03/03/2016 . Pág.: 190.
TJ-PR - RI: 000069378201281601510 PR 0000693-78.2012.8.16.0151/0 (Decisão Monocrática), Relator: Lucas Cavalcanti da Silva, Data de Julgamento: 02/07/2015, 2ª Turma Recursal, Data de Publicação: 02/07/2015

judiciais Teresa Arruda Alvim Wambier, Hermes Zaneti Junior, Fredie Didier Junior, Daniel Mitidiero, Frederick Schauer, Thomas da Rosa Bustamante, José Rogério Cruz e Tucci e Lucas Buril de Macêdo.

Adota-se, em parte os argumentos lançados por aqueles que defendem os precedentes, porém, consentimos com algumas críticas daqueles que são contra os precedentes judiciais, como se verá no decorrer do presente capítulo.

Cumpre ressaltar que eventuais críticas constantes neste capítulo, não possuem cunho pessoal, e, as contrariedades que forem suscitadas, não concebem, sob nenhum aspecto, descrédito aos magistrados, advogados, promotores, ou estudantes de direito, servindo apenas para uma crítica acadêmica, objetivando o contributo para o debate acerca dos precedentes.

Expostas estas premissas introdutórias, passemos então a analisar o sistema de precedentes em território brasileiro, abordando-se sua colocação no atual CPC, o aspecto constitucional, as críticas atinentes a ele, e o modo de operação.

4.1 Os Precedentes no Atual Código de Processo Civil

No presente tópico se fará uma análise do arcabouço normativo presente no atual CPC acerca dos precedentes judiciais, a fim de buscar a intenção dos legisladores em sua criação.

De certo modo, o CPC pouco utilizou da palavra precedentes, como se vê na leitura dos artigos 926, 927 e 928. Por outro lado se preocupou com a jurisprudência, sendo o principal foco dos artigos mencionados, e não propriamente os precedentes. O único ponto do código que menciona de forma direta os precedentes, é quando exige que os tribunais publiquem os seus precedentes, e os organizem por matéria, devendo divulgá-los na rede mundial de computadores.

Não se ousa olvidar que tais artigos são, de fato, o suporte normativo para se afirmar que o Brasil adotou um sistema de precedentes vinculantes, ou seja, são o a chave de acesso para a doutrina do *stare decisis*. Entretanto, o Código não disciplinou de forma explícita a obrigação de seguir os precedentes, o que para alguns, a norma posta é suficiente para afirmar a aplicação de um sistema de precedentes. Para tanto se faz necessário um empreendimento maior da doutrina e jurisprudência

para a interpretação neste sentido. É possível concluir, que o legislador não escolheu normatizar diretamente um sistema de precedentes, o fazendo de forma camuflada e tímida.

Isso ocorreu porque na versão da redação final do atual CPC, havia uma normatização profunda e ousada sobre os precedentes judiciais, porém estes dispositivos foram suprimidos na redação final aprovada no Congresso Nacional, e posteriormente sancionada pelo Presidente da República. Um exemplo claro disto, é que no liquidado artigo 521, havia a previsão de que a aplicação de precedentes tinha como meta proteger os princípios da lealdade, da segurança jurídica e da celeridade¹⁰⁹. Por isso, é uma pena que tais dispositivos foram retirados do projeto final, pois contribuiriam imensamente para uma regulamentação do sistema de precedentes, evitando-se várias dúvidas e inconstitucionalidades sobre o atual código.

Destaca-se que a doutrina do *stare decisis* aplicada no direito inglês, surgiu em razão de uma necessidade prática. Naquela época quase não existia leis, e os advogados não tinham outra escolha a não ser levar aos juízes casos antigos para fundamentar seus pedidos. Dessa forma, paulatinamente formou-se um sistema de precedentes. Já era de se esperar que o legislador brasileiro seria tímido ao elaborar o atual CPC, pois não se implementa um sistema tão complexo da noite para o dia, ainda mais por meio de um código, mas sem sombra de dúvida os próximos códigos serão mais ousados e irão além do que o código atual, sendo que até lá, estaremos um pouco mais familiarizados com os precedentes do que nos dias de hoje¹¹⁰.

Sintetizando, o atual CPC, inegavelmente tem uma forte inclinação aos precedentes, buscando inclusive resolver o problema da aplicação automática ou mecânica dos precedentes. Para isso, robustece a função do contraditório nos artigos 7º, 9º, 10, 493, 927 e 933. O diploma processual prevendo a arbitrariedade judiciária, estabeleceu os requisitos necessários na fundamentação das decisões judiciais no

¹⁰⁹ Registra-se ainda que na versão da Câmara dos Deputados, havia um capítulo próprio exclusivo dos precedentes judiciais, contidos nos artigos 520 a 522, porém tal capítulo foi extinto pela casa revisora, que foi o Senado Federal. (Disponível em <http://www.senado.leg.br/atividade/matéria/getPDF.asp?t=1575>. Acesso em 23 de setembro de 2017)

¹¹⁰ Neste sentido, afirma Victoria que para a implementação de um sistema de precedentes demanda tempo, pois tal sistema mexe com setores importantes como os recursos, tutela antecipada, e por isso muitos ficam receosos ao falarem dele (SESMA, Victoria Iturralde. *El Precedente en el common law*. Madrid Editorial Civitas, 1995, pg.26).

artigo 489, I a VII. Por fim, prevê ainda, o dever de estabilidade nos artigos 926 e 927¹¹¹

O atual diploma processual civil elenca os princípios da coerência, estabilidade e integridade, a serem observados no exercício da função jurídica, conforme o artigo 926 *caput*. Com isso, código buscou atribuir harmonia as decisões judiciais, que por sua vez, devem sempre buscar a isonomia e imparcialidade, com o fim de se formar um sistema justo e possibilitar as partes a previsibilidade e segurança jurídica. Nesta situação não se visa ferir a liberdade dos magistrados, mas sim controlar as arbitrariedades, valorizando-se o exercício da jurisdição.

Tanto os precedentes judiciais, como a jurisprudência e sumula, possuem uma mesma gênese, porém são coisas completamente distintas, não tendo o atual CPC conceituados estes institutos. Todo precedente será uma decisão, mas nem toda decisão será um precedente, quando não tiver semelhança com o caso concreto, portanto, será apenas uma decisão e mais nada.

O termo jurisprudência não possui um significado definitivo, sendo conceituado de maneira diversa a depender do país e evolução histórica. Em nosso país, compreende-se o conglomerado de decisões no mesmo sentido, proferidas pelos órgãos do Poder Judiciário de modo uniforme e repetido, o que lhes atribui eficácia persuasiva. Destarte, é o conjunto de decisões judiciais harmônicas acerca de uma determinada questão jurídica¹¹².

Ao seu turno, a sumula tem por finalidade divulgar a sinopse de forma numerada e sintética das teses da jurisprudência preponderante de um tribunal sobre determinada matéria, a qual recaiu vaias discussões, havendo uma interpretação vencedora.

¹¹¹ Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

¹¹² BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. Op., Cit. Pg.79.

Já o precedente judicial, é uma decisão proferida no passado, que tem por finalidade sustentar a argumentação de uma determinada decisão futura. Versa sobre aquela decisão em que há um lucro hermenêutico a ser levado na tomada de decisão de casos futuros. Tem como característica principal a natureza transcendental, que gera efeitos para fora do caso em concreto¹¹³.

O termo precedente, encontra-se explicitamente citado nos artigos 489, § 1.º, V, VI, 926, § 2.º, 927, § 5.º, 988, VI, 1042, § 1.º, II, do atual código processual civil. Nota-se, portanto, que este código, de modo contrário ao anterior, que citou o termo uma única no revogado artigo 479, se preocupou muito mais com os precedentes. Com a adoção mais ampla de precedentes, não se utilizou tanto da palavra jurisprudência, porém, não há qualquer mudança da importância desta palavra em nosso ordenamento.

No contexto das normas brasileiras, podemos conceituar precedentes como decisões judiciais passadas, que pode ou não ser vinculantes. Apenas podem ser estimados vinculantes, as decisões judiciais atribuídas de eficácia em sentido forte, como dito anteriormente. Todavia, não são todas as decisões de caráter vinculante são capazes de se tornarem precedente, devendo-se localizar a sua *ratio decidendi*. Dessa maneira, apesar de que nem todas as decisões se tornam precedentes, é possível que exista vários precedentes nos motivos determinantes de uma decisão.

O artigo 927¹¹⁴ do novo código elenca um rol de precedentes, ou na ótica de Lenio Streck, resolutos provimentos vinculantes. Passa-se o estudo detalhado dos incisos deste artigo, e posteriormente seus parágrafos. Inicialmente, deve-se compreender que o artigo anterior, ou seja o 926, determina os deveres de uniformização, estabilidade, integridade e coerência, que são temas compreendidos como segurança

¹¹³ MARINONI, MITIDIERO, ARENHART. Op., Cit. Pg.193.

¹¹⁴ Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

jurídica, neste caso, em especial a segurança jurisdicional, por sua vez, o artigo 927¹¹⁵ regulamenta o cumprimento deste artigo em seus incisos e parágrafos¹¹⁶.

Nos incisos I e II, o código determina que os juízes e os tribunais observem os julgados do STF em controle concentrado de constitucionalidade, assim como os enunciados de sumula vinculante editados por esta mesma corte superior. De forma específica, nestas duas hipóteses o código apenas realizou uma repetição constitucional, reforçando o contido nos artigos 102, §2º e 103-A, da CF.

A novidade começa a surgir a partir do inciso III, que prescreve que os juízes e tribunais observarão em seus argumentos os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de demandas repetitivas, o que é um equívoco, pois o acórdão não é o que vincula, mas sim o precedente, o primeiro aborda as partes do caso julgado em concreto, já o precedente poderá ser retratado em outros casos¹¹⁷. Ressalta-se que tal prescrição também é retirada dos artigos 947, §3º e 985 do CPC.

Frisa-se ainda, que no IRDR (incidente de resolução de demandas repetitivas) pode ocorrer de a eficácia vinculante da decisão ser irradiada para além do campo jurisdicional do órgão que julgou, quando o caso é levado ao STJ ou STF por meio de recurso, e a tese jurídica levada é abraçada pelo tribunal, deverá ser observada por todos os demais juízes no território nacional, inclusive os processos coletivos que possuem questão semelhante, conforme o artigo 987, §2º do CPC¹¹⁸.

Em relação aos recursos especial e extraordinário repetitivos, o novo código adota semelhante sistemática do antigo CPC, robustecendo o inciso III do artigo 927, o efeito extraprocessual e vinculante das decisões. Os artigos 1039 e 1040, preveem algumas disposições aos juízes de primeiro grau, e aos tribunais de segundo grau e aos tribunais superiores, em relação de como deverão proceder diante dos recursos repetitivos, devendo aplicar a tese jurídica contida nos mesmos.

Insta salientar, que o artigo 988, IV do atual CPC, prevê o cabimento de reclamação para assegurar a observação dos acórdãos proferidos em julgamento de

¹¹⁵ Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

¹¹⁶ MACEDO, Lucas Buriel. Op. Cit. Pg. 481.

¹¹⁷ ABOUD, Georges. Sumula vinculante versus precedentes: notas para evitar alguns enganos. Revista de Processo. São Paulo: RT, 2008, ano 33, vol. 165. pg. 227.

¹¹⁸ JÚNIOR, Humberto Teodoro; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. Novo CPC – Fundamentos e sistematização. Rio de Janeiro: Forense, 2015. pg. 439.

incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência, devendo ser protocolada no tribunal. Do mesmo modo, caberá reclamação para assegurar a observância de acórdão de recurso extraordinário com reconhecida repercussão geral, ou acórdão proferido em recurso extraordinário com repercussão geral.

A polêmica começa a surgir com o inciso IV do artigo 927, onde preceitua eu os juízes observarão os enunciados das sumulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matérias infraconstitucionais. Esta novidade causou grandes controvérsias entre os doutrinadores, pois a partir de agora, com este dispositivo, em tese, praticamente as sumulas comuns e as vinculantes teriam o mesmo sentido e poder de vinculação. Comenta-se que sobre a obrigatoriedade de observá-las, o novo código diz que somente é cabível a reclamação nas hipóteses de desobediência de sumula vinculante, conforme o artigo 988, inciso III do diploma processual civil.

A doutrina também diverge acerca da constitucionalidade desse inciso, pois caberia apenas a Constituição determinar a vinculação das sumulas, como fez com a sumula vinculante, e não a uma lei ordinária. Outro argumento é que o Poder Judiciário estaria interferindo nas funções do legislativo, pois os provimentos elencados no artigo 927 teriam força de lei positivada. No aprofundaremos acerca da constitucionalidade no tópico seguinte.

Finalmente, o inciso V do artigo 927, dispõe que os juízes e tribunais observarão a orientação do plenário ou do órgão especial que estejam vinculados, onde novamente renova a ideia de integridade e coerência jurisprudencial, fazendo com que os juízes e tribunais, quando diante de um caso, observem um esteio maior ou menor possibilidades em suas teses argumentativas, a depender dos julgados anteriores.

O jurista Lenio Streck afirmar que os incisos do artigo 927 são resolutos provimentos vinculantes¹¹⁹, e não precedentes, porem sua afirmação não merece gua-

¹¹⁹ Conforme seus eruditos artigos expostos no site Conjur (Disponíveis em: <http://www.conjur.com.br/2016-set-22/senso-incomum-commonlistas-brasileiros-proibir-juizes> interpretar; <http://www.conjur.com.br/2016-out-06/senso-incomum-tese-politica-procura-teoria-direito-precedentes-iii>)

rida, pois o que vincula não são as decisões ou as sumulas, mas sim o que está contido dentro delas, devendo o interprete extrair a *ratio decidendi* de cada uma. Em suas considerações, Streck compara o sistema de precedentes brasileiros, com o genuíno da *common law*, e por obvio há grandes diferenças. Muitos nomes se dão a este novo sistema trazido pelo atual código, um sistema com peculiaridades específicas, e cada um lhe atribuiu um nome. Comprendemos que este sistema se amolda mais a precedentes vinculantes, do que provimentos vinculantes.

Diante do exposto, a regulação dos precedentes brasileiros pelo atual CPC, foi colocada de forma inicial, pois não teve a devida profundidade que o tema necessita, não garantindo o arcabouço necessário para a interpretação clara e sem questionamentos, com o fim de implantar o *stare decisis* canarinho. Do mais, verifica-se que o tratamento dado ao assunto foi de maneira cautelosa, já que em nenhum artigo do código há a expressa regra de vinculação dos precedentes. De outro lado, preceitua que os juízes observarão os incisos do artigo 927, o que deixa mais do que claro, que os juízes devem respeitá-los¹²⁰.

Em uma conclusão final acerca dos precedentes no atual CPC, observa-se a criação de regulação específica de precedentes, nunca vista antes, como um dever geral de concretizar a segurança jurídica e previsibilidade das decisões judiciais. Nesse aspecto, indubitavelmente o CPC avançou, e quebrou várias barreiras impostas por processualistas extremamente conservadores e positivistas, inaugurando um tratamento especial aos precedentes, porém de forma muito tímida em relação ao projeto da Câmara dos Deputados.

4.2 (In) Constitucionalidade dos Precedentes a Moda Brasileira

Como dito anteriormente o atual CPC surgiu como um remédio para os problemas da litigiosidade, da insegurança jurídica, e da imprevisibilidade das decisões, porém, como todo remédio, possui efeitos colaterais, e um deles é a contrariedade das novas normas processuais civis, com os princípios e mandamentos estabelecidos na Constituição Federal.

¹²⁰ BURIL, Lucas de Macedo. Op., Cit. Pg.490.

Dessa forma, visa-se no presente tópico, estabelecer se realmente existem Inconstitucionalidades no sistema de precedentes judiciais, estabelecido pelo novo CPC.

Em razão da doutrina do *stare decisis*, o sistema jurídico do *common law* atribui vinculação obrigatória aos precedentes. Já no sistema *civil law*, em especial o sistema brasileiro, possui precedentes persuasivos, ocorre que com o atual CPC, surgiu-se no ordenamento jurídico decisões judiciais em condição de precedentes vinculantes.

Surge, então, a primeira contrariedade no que diz respeito a supremacia da Constituição. É sabido que nossa Constituição tem como característica ser Escrita ou Dogmática, ou seja, é composta por um texto completo e organizado. Tal texto tem como finalidade estruturar o Estado, sendo a lei máxima e fundamental em nosso ordenamento, deste modo, toda norma infraconstitucional deve observar os seus mandamentos, princípios e garantias.

Em face da supremacia da Constituição Federal, seria permitido uma decisão judicial ter poder vinculatório por outro modo que não seja por emenda a Constituição. Nota-se que os dois primeiros incisos do artigo 927 já tinham previsão constitucional, mas como fica os demais incisos? Dessa forma, as grandes críticas questionam como uma lei ordinária pode vincular um juiz?

Há correntes que dizem que não se faz necessário exigir-se da Constituição autorização expressa para a concessão de efeito vinculante aos precedentes judiciais, tendo em vista que ela autoriza implicitamente, pois ele sempre prezou pela segurança jurídica, e ainda estipula o dever de observância dos tribunais superiores, cominado com o princípio do tratamento isonômico as partes, dando aos casos semelhantes, decisões semelhantes.

Dessa forma, é possível concluir que, os dispositivos de que ordenam a vinculação não deveriam ter sido introduzidos pela legislação ordinária, mas, imperiosamente, por meio de emenda constitucional, ampliando o rol de hipóteses vinculativas além da sumula vinculante e as decisões em controle concentrado, já previstas na Constituição. Como explicar que as sumulas comuns e as vinculantes tem a mesma eficácia vinculativa? Nota-se que para a elaboração de uma sumula vinculante, existe um rígido processo de criação, exigindo-se a aprovação de dois terços dos membros

do STF e ainda reiteradas decisões sobre matéria constitucional, conforme o artigo 103-A da CF.

Atualmente, tramita no STF a Ação Direta de Inconstitucionalidade de nº5492, ajuizada pelo governador do estado do Rio de Janeiro, contra vários dispositivos contidos na Lei Federal nº13.105/2015, que instituiu o Código de Processo Civil. Um dos fundamentos da ação é de que o CPC ultrapassou dos limites ao legislar matéria que não é de sua alçada. A ação tem como relator o ministro Dias Toffoli, e encontra-se aguardando o julgamento¹²¹.

Compactua referido entendimento o professor Nelson Nery Junior, que afirma que somente o Supremo Tribunal Federal pode emitir decisões de caráter vinculante, de forma que uma norma infraconstitucional não pode utilizar dos poderes conferidos ao Supremo, pois conforme seu posicionamento, o judiciário estaria desempenhando uma função do legislador, o que seria possível apenas com previsão constitucional¹²². Comunga com este entendimento, os ensinamentos do também professor Cássio Scarpinella Bueno¹²³, onde aduz que a vinculação necessariamente precisa de prévia autorização constitucional.

Correlato a isso, temos a suposta afronta ao princípio da separação dos poderes, tendo em vista que os juízes estariam assumindo o papel do legislador. Sem delongas, é possível concluir de forma apriorística, que o sistema de precedentes vinculantes não fere a separação dos poderes. A uma, porque o próprio legislador conferiu ao Poder Judiciário a chance de editar precedentes vinculantes, portanto o judiciário estaria atuando com autorização do legislativo, e ao formular ou aplicar os precedentes vinculantes, estaria cumprindo o descrito em lei, dessa forma também se evitaria que todo juiz fosse um possível legislador. A duas, porque por mais que sejam vinculantes, não podem substituir o direito positivado, assim, apenas se os precedentes estivessem acima da lei, é que poderíamos cogitar tal lesão, pois em um embate de precedentes e lei, prevalece ainda a lei.

¹²¹ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoinicial/verpeticaoinicial.asp?base=adin5492>.

¹²² JUNIOR, Nelson Nery. CFC - Simpósio - O Novo CPC - Prof. Nelson Nery Junior - A Força dos Precedentes Judiciais <https://www.youtube.com/watch?v=lxXIPKureAc> (Acesso em 29 de setembro de 2017).

¹²³ BUENO, Cassio Scarpinella. Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC, de acordo com a Lei 13.256, de 4-2-2016 / Cassio Scarpinella Bueno. 2. ed. ver., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2016. p. 543.

Por fim, há de se falar sobre a independência funcional dos juízes, e os precedentes vinculantes. Com o decisionismo judicial, e a instabilidade jurisprudencial, o atual CPC trouxe para todos os magistrados e tribunais, a obrigação de observância das teses de seus superiores, conforme o artigo 927, que contem decisões do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e dos tribunais de segunda instância, todas com efeito vinculante.

A questão que surge seria: os precedentes vinculantes violariam a prerrogativa de liberdade funcional de liberdade dos magistrados? A independência do magistrado é correlata ao princípio do juiz natural e tem como finalidade manter o juiz livre de influências institucionais dos Poderes Executivo e Legislativo, e manter o juiz vinculado a lei, e forma que esteja livre de discernimentos particulares ou externos.

Dessa forma, o magistrado não tem limites no que tange a interpretação e aplicação da lei de acordo com seu entendimento e o caso concreto, a independência tem a função de livrar o magistrado das pressões populares e institucionais.

Não se pode olvidar da extrema importância da independência funcional, entretanto, esta independência não representa um fim em si mesma, trata-se de um valor instrumental para preservar outros, como a imparcialidade dos juízes, que nada mais é do que o valor primacial da função judiciária¹²⁴. Portanto, tal garantia não pertence ao juiz, mas pertence ao povo, e a sociedade como um todo e principalmente ao jurisdicionado.

Sabe-se que o juiz é um agente do Estado, ele completa um complexo sistema da justiça brasileira, sendo escalado pela Constituição Federal para amparar, proteger e acolher os anseios e necessidades que a sociedade lhe apresenta, da forma que a impessoalidade no exercício de sua função, neutraliza a ideia de ampla liberdade para decidir de forma contrária as cortes superiores.

Entendemos que um sistema de precedentes vinculantes atinge sim a independência dos juízes, porem de forma legitima, já que as orientações dos tribu-

¹²⁴ CAPPELLETTI, Mauro. Juízes Irresponsáveis. Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1989,pg.32.

nais, se assemelham a uma das várias fontes jurídicas. Se não fosse assim, que sentido teria organizar a justiça por órgãos subordinados, a fim de que o órgão superior sempre dará a palavra final.

Não é certo simplesmente afirmar que se a parte não concordar com a decisão, ela que ocorra ao tribunal, pois se daria ampla liberdade para se proferir decisões diferentes para casos iguais, devendo o juiz contribuir para a estabilidade da jurisprudência criada pelos tribunais superiores.

Os consumidores do judiciário têm o direito de serem tratados de maneira igualitária, e também possuem o direito de saberem a norma que lhes são aplicáveis, de modo a assegurar uma adequada previsibilidade jurídica, já que a experiência diz que determinada sociedade tem um melhor comportamento quando possui ciência da consequência de seus atos.

Conclui-se, portanto, que há sim interferência no princípio da independência dos magistrados pelo sistema de precedentes vinculantes, porém, tal interferência não representa necessariamente um mal ou prejuízo para o sistema judiciário. Muito pelo contrário, é um meio necessário para chegarmos a um patamar de igualdade e segurança jurídica maior, valores estes, que devem ser analisados no momento de proferir uma decisão, em relação a independência funcional dos magistrados.

O que não se pode permitir, por evidente, é a aplicação de penalidades ao juiz que adota teses jurídicas diversas dos tribunais, até porque as novas teses nascem das instâncias inferiores e se desenvolvem até chegarem aos tribunais de vértice, contribuindo para a regeneração da justiça. Por esta razão, não se defende aqui uma castração judicial, devendo o magistrado nos casos em que entender que certo precedente não é aplicável, demonstrar a existência de distinção ou superação, ou ainda que o precedente não se amolda no caso concreto.

Em face do exposto, acreditamos que o fato de não haver expressa previsão constitucional ao efeito vinculante atribuído ao rol do artigo 927 do atual CPC, os tornam inconstitucionais, pois o legislador ultrapassou o limite estabelecido para sua atuação perante a Constituição Federal. Por outra lado, não concordamos que o sistema de precedentes fere o princípio da separação dos poderes e a independência funcional dos juízes, pois o julgador ao aplicar os precedentes de modo vinculante

apenas estaria seguindo a própria lei criada pelo Legislativo, e é um direito e dever dos magistrados interpretar e fundamentar conforme a jurisprudência e precedentes aplicáveis ao caso.

4.3 Aspectos Controvertidos e Crítica a Nova Jurisdição

É inegável que o sistema de precedentes vinculantes contribuirá para a evolução de nossa justiça com estabilidade e segurança jurídica, por outro lado, possui alguns pontos que merecem melhor análise, pois corre o risco de uma aplicação descontextualizada e controvertida em face daquilo que o atual CPC tentou estabelecer. Ao se olhar para a história dos sistemas *common law*, vê-se que se consolidaram com a evolução histórica, o nosso sistema de precedentes a moda brasileira não é diferente, pois deve ser amadurecido com os debates doutrinários e jurisprudenciais.

A principal crítica a se fazer acerca dos precedentes judiciais, está na forma mecânica de sua aplicação, problema este que há tempos vem sendo relatado pela Crítica Hermenêutica do Direito, que preceitua que nenhuma lei, sumula vinculante ou enunciado jurisprudencial devem ser aplicados de forma simplesmente dedutiva¹²⁵.

No sistema americano, esta impossibilidade é ainda mais gritante, pois o precedente não nasce como precedente, e ele não é antecipadamente decidido textualmente. Caberá ao juiz futuro delimitar o que é precedente, e não ao juiz passado, assim todas as decisões são passíveis de se tornarem precedentes. Em nosso país, as decisões vinculantes já possuem seu texto previamente definido.

Contudo, a aplicação pelas demais instancias nos casos futuros, exigem uma atividade interpretativa por parte de todos os operadores, em especial do magistrado, que será incumbido de analisar os precedentes apresentados por ambas as partes, possibilitando o contraditório para o pronunciamento dos litigantes, para, se o caso, apresentarem a presença de superação ou distinção.

Não há de se olvidar do paradigma pós-positivista, encetado por Friedrich Müller¹²⁶, que em sua obra relevante para a superação do positivismo, propõe

¹²⁵ STRECK, Lenio. O feito vinculante das súmulas e o mito da efetividade: uma crítica hermenêutica. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, Porto Alegre, v.1, n°3, pg.83-128, 2005.

¹²⁶ MÜLLER, Friedrich. Postpositivismo, Cantabria: Ediciones TGD, 2008, n°3, pg. 189.

que a norma não deve ser resumida em seu texto legal, um ordenamento jurídico sem lacunas é mera utopia jurídica, e por fim, que os casos devem ser solucionados a partir de dados linguísticos (programa da norma) e também extralinguísticos (campo da norma), com a finalidade de se alcançar a norma de decisão no caso concreto. Em síntese, o pós-positivismo prega que não deve haver uma separação entre o direito e a realidade, transcendendo a antiga diferença entre questão de fato e de direito.

Expostas as premissas bases do pós-positivismo, seria no mínimo ingênuo acreditar que a aplicação subsuntiva dos precedentes, ou artifícios que visam a solução por meio do efeito cascata, seriam a saída para a racionalização da atividade judiciária, pois, a norma não existe por si só, ela necessita ser produzida em cada caso concreto.

Deste modo, a leitura constitucionalmente adequada a ser feita sobre o atual CPC, é que quando o mesmo estabeleceu a obrigatoriedade de juízes e tribunais de aplicarem as sumulas e acórdãos vinculantes, conforme o artigo 927, não tolheu o direito de interpretar dos magistrados. O que fica evidente, é a obrigação dos juízes e tribunais aplicarem os precedentes em suas fundamentações para assegurar a estabilidade, a integridade e a coerência da jurisprudência.

Outro ponto que é preciso assentar, se encontra na mera importação de institutos jurídicos estrangeiros, que por muitas vezes contribuíram para o aperfeiçoamento de nossa dogmática jurídica, mas que também trazem riscos e ameaças que nem sempre são observados pela doutrina. Muitos afirmam que o atual CPC instituiu o típico *common law* americano ou inglês, e com isso desejam aplicar o mecanismo no Brasil, da mesma forma que também é aplicado nos Estados Unidos ou Inglaterra, esquecendo-se que possuímos uma Constituição e um extenso Código de Processo Civil. Dessa forma, alertamos para que não ocorra uma aplicação descontextualizada daquilo que estabelece o CPC, devendo ser apenas utilizadas as ferramentas brasileiras disponíveis e permitidas, e ainda, conforma a cultura jurídica estabelecida em nosso país.

É evidente que pelo simples fato de certos institutos jurídicos se estabelecerem a sistemas jurídicos de determinadas tradições diferentes, faz com que a simples importação dos mesmos cause problemas quando aplicados para o país que os recebeu.

A indevida importação fez com que a nomenclatura adotada para o sistema não fosse a mais adequada. É costumeiro a utilização do termo “precedentes obrigatórios” por parte da doutrina, e de outras expressões da *common law*, com o fim de acenar para a uniformização da jurisprudência por meio de artifícios que levam a vinculação obrigatória. Tal expressão não é dogmaticamente adequada para ser utilizada.

Por outro lado, quando se utiliza a expressão “precedentes vinculantes” sobre o contexto do sistema brasileiro, e esquecendo-se do sistema *common law*, parece ser adequado chama-los assim. Não se olvide que apesar de o termo “precedentes” no direito anglo-saxônico serem escolhidos pelo juiz presente e não pelo futuro, não impede a utilização da nomenclatura precedentes, tratando-se de uma questão de opção legislativa.

Entre as várias inovações trazidas pelo atual CPC, uma delas é o dever dos tribunais de manter a uniformização da jurisprudência mantendo-a íntegra, estável e coerente. Diante disso, pergunta-se: o que é uma jurisprudência íntegra estável e coerente? Não existe um sentido pré-concebido em que o operador deva levar em conta em sua interpretação, mas também não pode usar sua fundamentação como um papel em branco, decidindo da maneira que quiser¹²⁷.

Não pode o magistrado tomar uma decisão antes de analisar o caso, causando vícios em sua interpretação, tendo em vista que é hermética, fazendo sentido apenas na cabeça do magistrado. Desse modo, é imprescindível que o interprete se pautar em princípios concretos e relacionados ao caso, observando de julgados semelhantes, a atual com razoabilidade e proporcionalidade em que cada caso necessita, evitando-se o risco da arbitrariedade.

Extrapolando o aceitável permitir em nossa justiça todo e qualquer pronunciamento judicial construído sobre uma lógica meramente dedutiva, criando-se critérios limitadores da interpretação subjetiva. Um desses critérios, é o sistema de precedentes vinculantes, que se aplicado da maneira correta, contribuirá para a solidificação da jurisprudência e por conseguinte a redução das grandes demandas judiciais¹²⁸.

¹²⁷ STRECK, Lenio Luiz. Op., Cit. pg.98

¹²⁸ Para Eros Grau, quando o juiz estiver diante de um caso concreto, deve ter em mente que sua decisão não é a primeira resposta, de modo que sua interpretação se encontra inserida no mundo histórico, como se tudo se iniciasse e terminasse com sua palavra (GRAU, Eros Roberto, Op., Cit.

A práxis brasileira nos seduz a falsas facilidades, uma delas é a mera invocação de forma vulgar de precedentes para solucionar um caso. Com a era digital em expansão, é muito fácil jogar palavras chaves no campo de busca de determinado acervo jurisprudencial e copiar e colar determinada ementa na petição ou sentença. Assim parece que um promotor ao fazer alegações finais, um advogado ao peticionar, ou um juiz ao tomar uma decisão, o fazem sem a menor noção do que estão fazendo, desde que mencionem uma decisão anterior, ou busquem nos códigos comentados um verbete jurisprudencial.

Em uma analogia, é mesma coisa de um médico diagnosticar um paciente, somente pesquisando os seus sintomas no site de buscas Google, deixando de lado toda sua capacidade técnica e competência intelectual, que o permite observar as condições específicas de seus pacientes.

Todos nós operadores do direito, temos a obrigação de buscar o conhecimento da teoria dos precedentes, para que não ocorra encaixes artificiais, principalmente os magistrados, porque de nada valeria trocar o juiz boca da lei, para o juiz boca dos precedentes vinculantes¹²⁹.

A invocação de precedentes não pode simplesmente seguir uma lógica aleatória, que não é reconhecida no sistema *common law*, ainda mais o americano e inglês. Os precedentes destas tradições jurídicas, foram se evoluindo durante séculos, e nasceu com a ausência de leis, por isso não se pode compara-lo com o sistema brasileiro, cuja sua função é atribuir coerência e estabilidade a jurisprudência.

Nem de longe se deseja afirmar aqui que precedentes vinculantes sejam um mal. Pelo contrário, são necessários para o desenvolvimento de qualquer direito, pois contribuem com a concretização de princípios e entendimentos importantes, e ainda auxiliam ao magistrado na difícil missão de manter a integridade jurídica.

Para tanto, por mais que se escorra da emboscada do uso de pronunciados contidos em decisões passadas, sendo que não se tem o conhecimento sobre suas particularidades, o simples juízo de diferenciação de casos, não é necessário para embasar a aplicação de um precedente. Ressalta-se que não há distinção da questão de fato e de direito, como hodiernamente é feita, sendo possível que um caso

pg.64).

¹²⁹ ABBOUD, Georges. Op., Cit. pg. 402.

Y mostre uma situação de fato, mas que diferencia daquela lançada no precedente Z do caso X¹³⁰.

É importante ressaltar ainda, que em alguns pontos o novo CPC é omissivo em indicar o rol dos precedentes do artigo 927, se limitando a indicar apenas alguns. É o caso, por exemplo, do artigo 1022, Parágrafo Único, que considera omissa a decisão que deixa de se manifestar sobre teses de recursos repetitivos, ou incidente de assunção de competência, apenas isso, não indicando nenhum outro precedente. Ou o caso da concessão de tutela de evidência no artigo 311, inciso II, onde se indica apenas os casos repetitivos e as súmulas vinculantes.

Acerca disso, há uma corrente que defende que se aplica apenas o que está descrito em lei, fazendo-se uma interpretação restritiva. Por outro lado, há uma corrente que afirma que por mais que o código não mencione, deve-se interpretar de forma ampla e considerar todos os precedentes do artigo 927.

Neste ponto, concordamos com a segunda corrente, pois o código falou menos do que deveria falar, portanto, onde cita alguns precedentes, deve ser lido como se ele estivesse mencionando o artigo 927, isso porque, como dito anteriormente, o CPC implementou um sistema de precedentes.

Por fim, a hermenêutica clássica ensina três etapas da interpretação, são elas: o conhecimento sobre o caso, analisando suas particularidades e evolução temporal e lógica; a compreensão, onde se busca analisar o ordenamento jurídico frente ao caso; e por último a aplicação, na qual se escolhe a norma jurídica a ser aplicada¹³¹. Sem dúvida, seguindo à risca estas etapas, caso seja possível, certamente o risco de uma aplicação descontextualizada dos precedentes vinculantes será muito menor.

Diante do colacionado, a leitura constitucionalmente acertada do atual CPC, em seus artigos 926 e 927, não pressupõe apenas uma redefinição de nomen-

¹³⁰ Mauricio Ramires leciona que um precedente é como uma lei, ou seja, é um texto jurídico que possuem normas que precisam ser extraídas, ele não carrega consigo todos os modos de aplicação (RAMIRES, Maurício. Op., Cit. pg.107).

¹³¹ STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e Possibilidades de Concretização dos Direitos Fundamentais-Sociais no Brasil. Novos Estudos Jurídicos – Revista do Curso de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica na Univali, vol.8, nº2. Itajaí, 2003, pg.289.

clatura do termo “precedente”, mas a quebra da barreira do silogismo em sua aplicação, circunstancia que com certeza culminará para a estabilidade, coerência e integridade de nossa tão bagunçada e desajeitada jurisprudência.

4.4 Operação com Precedentes no Sistema Brasileiro

No presente tópico, irá se abordar vários pontos e comentários acerca da operação dos institutos que compõem o sistema de precedentes, levando-se em conta as transformações trazidas pelo atual Código de Processo Civil brasileiro.

Como visto anteriormente os precedentes judiciais em nosso ordenamento são compreendidos em decisões judiciais contempladas com efeito vinculante. Desse modo, são considerados precedentes vinculativos as decisões proferidas em sede de controle concentrado, recursos repetitivos, incidente de resolução de demandas repetitivas, assunção de competência, incidente de arguição de inconstitucionalidade e por fim, pelo órgão pleno ou especial de determinado tribunal.

Tais precedentes acima mencionados, são de observação obrigatória das instâncias inferiores ligadas aos tribunais que preferiram as decisões, sendo que o mesmo tribunal também deve observar suas próprias decisões. Quanto aos precedentes advindos do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, vinculam todas as instancias brasileiras.

Destaca-se que a operação com precedentes exige de seus operadores (juízes, advogados, promotores, procuradores etc.) uma fundamentação esquadrihada em face da teoria da argumentação jurídica, utilizando-se adequadamente dos mecanismos de aplicação dos precedentes como *ratio decidendi*, *distinguishing*, *overruling* e *obiter dictum*. Nota se ainda, que o atual diploma processual, temendo a arbitrariedade dos juízes, formulou o artigo 489, §1º, que em seu inciso V preceitua que não será considerada fundamentada a decisão judicial que invocar precedente ou enunciado de sumula, sem identificar seus fundamentos determinantes, bem como não demonstrar que o caso se ajusta aos fundamentos.

Para invocar determinado precedente vinculante, deve-se atentar sobre o relatório, os fundamentos e o comando emanado da decisão que criou o precedente, afim de verificar eventuais divergências entre este com o caso em concreto, caso isto

ocorra, deverá ser aplicada a distinção entre os casos, e se ficar provada a diferença entre os casos, o precedente não poderá ser aplicado. De igual modo, não será aplicado se ficar provado que houve uma mudança cultural, social ou política que influem na decisão¹³².

Neste diapasão, extrai-se que o juiz possui um importante papel a exercer em primeira instancia, pois é ele que faz o primeiro contato com o caso e as provas, cabendo a este analisar os precedentes disponíveis para aquele caso, sob pena de ter sua decisão reformada pelo tribunal por não estar baseada em um precedente vinculativo.

Certamente o atual CPC escolheu um modo de se operar com precedentes, tanto é que é considerada infundamentada a decisão que se limita em apenas citar precedente, sem mencionar seus fundamentos e semelhança entre os casos. Tal regra evidencia que as instâncias inferiores ficam vinculadas aos principais fundamentos da decisão que criou o precedente, em outras palavras, deve observar as limitações impostas pela *ratio decidendi*. De tal modo, se a nova demanda conter elementos novos, ou ainda particularidades como urgência, risco de vida, o precedente não se torna vinculante, e, portanto, inaplicável ao caso.

Atento a isso, o novo código determinou que na confecção de sumulas, os tribunais devem observar os pontos fáticos dos precedentes que ensejou sua criação. Imaginamos que em determinada demanda discuta-se se a pretensão da Fazenda Pública em conseguir indenização é passível de prescrição, e que o caso gira em torno de um acidente envolvendo um veículo público. Neste caso os tribunais não poderiam formular sumula baseado em diversos casos que envolvam colisões com veículos oficiais, versando sobre a (in) prescritibilidade da ação para o reembolso de prejuízo causado por ato de improbidade administrativa. Ou seja, não se deve confundir o caso de prejuízo derivado do esbarro entre automóveis, com o caso de prejuízo derivado de ato de improbidade. A prescrição para a Fazenda para cada fato acima abrange uma gama de regras e condições diferentes, sendo casos diferentes, o precedente de um não é útil a resolver o caso de outro¹³³.

¹³² MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogério. Op., Cit. Pg.67.

¹³³ MELLO, Patrícia Perrone Campos. Os precedentes no Novo CPC. Jota, 10 mar. 2016. Disponível em: <http://jota.info/serie-os-precedentes-no-novo-cpc>.

Em face disto, caso um magistrado fundamente sua decisão com sumula ou acórdão que não realizou a distinção entre casos no seu nascedouro, o CPC normatiza que neste caso será cabível a ação rescisória.

Desde que um determinado precedente é criado nos moldes previstos em nosso ordenamento pelos tribunais superiores, os juízes das demais instancias estarão vinculados a este precedente, analisando sempre o caso concreto que levou a sua formação, para tanto deve-se atentar sobre o contido no relatório da decisão. Nessa perspectiva, caso haja distinção entre o caso concreto em relação ao precedente, deve-se reconhecer a inexistência de precedente, uma vez que o precedente não terá aplicabilidade, portanto, se não há semelhanças fáticas, não há o que se falar em precedente¹³⁴.

Ressalta-se que não há contradição no meio de coisa julgada incidente, o comando da decisão e a superação dos precedentes (*overruling*), ainda que decisões em sede de controle direto de inconstitucionalidade, pois a alteração dos fatos muda a causa de pedir, concebendo uma nova decisão. A aplicação do *overruling* é o que possibilita a movimentação e articulação do sistema de precedentes, impedindo que o mesmo fique engessado¹³⁵.

De outro modo, o sistema de precedentes traz consigo algumas divergências em seu modo de operação. Vejamos os mais importantes.

O primeiro deles é quando o STF declara uma norma inconstitucional retirando-a do ordenamento, fazendo com que este precedente não possa ser superado por nenhuma parte do judiciário. Somente o Poder Legislativo será capaz de superar tal precedente, criando lei igual ou parecida, com aquela que foi revogada¹³⁶. Mas caso isso ocorra, não será propriamente a hipótese de superação, eis que somente um órgão do mesmo poder teria capacidade para tanto.

A segunda questão crítica com a operação de precedentes, é que em um momento inaugural de calcificação dos precedentes, demandaria tempo e esforço

¹³⁴ SCHAUER, Frederick. Coleção grandes temas no novo CPC: precedentes. In: DIDIER JR, Fredie et al. Precedentes. Salvador: JusPODIVM, 2015. pg.76.

¹³⁵ TALAMINI, Eduardo. Novos aspectos da jurisdição constitucional brasileira. Tese de livre docência – Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2008. Pg.109.

¹³⁶ Embora, para o então Ministro do Supremo Tribunal Federal, Alexandre de Moraes, não seria possível o Legislativo elaborar nova lei igual a aquela revogada. (MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 23.ed. São Paulo: Atlas,2009.pg.272.

significativos a serem empreendidos pelos operadores para a procura e exame dos casos concretos, com o fim de detectar e entender um precedente. Tal exercício é de extrema dificuldade e trabalho, e exige do interprete cautela, devendo observar os casos que culminaram no precedente e o caso a ser levado em julgamento. O impasse estaria no tempo necessário para se realizar uma análise razoável dos casos, bem como se existe ferramentas uteis que facilitem esta atividade, pois uma das coisas que está em jogo é a celeridade das decisões, e a fecundidade dos trabalhos dos magistrados em suas de decisões e no cotidiano dos escritórios de advocacia. Isso acarretaria em um custo maior do Judiciário, que necessitaria de novos programas, analistas, e livros.

O ponto positivo é que esta adversidade não seria perpétua, estando presente apenas no nascedouro da atividade interpretativa. Como dito anteriormente, no tópico 2.5, com a entrada do atual CPC, haverá uma mudança de racionalidade, e com o decorrer dos tempos os operadores se adequaram ao novo modo de exercer a atividade jurídica, e quando conhecerem os precedentes e eu modo de operação, sem dúvida não terão dificuldades em aplica-los.

Existe ainda um terceiro problema na aplicação dos precedentes vinculantes brasileiro, que são as ferramentas normativas que impedem ou dificultam o recebimento de recursos, e o impedimento da criação de superação de precedentes pelas Cortes. Isso ocorre pois enfrentamos a problemática da litigiosidade demasiada em nossos tribunais, que acabam prejudicando uma prestação jurisdicional integra e de um tempo razoável. Em face disto foram criados diversos mecanismos com o fim de cessar tal problemática, sendo alguns deles o julgamento liminar de improcedência, o julgamento liminar do agravo de instrumento e entre outros¹³⁷. Dessa forma, estes mecanismos não dão outra escolha a não ser observar os precedentes postos, porém, com certeza não podem estabelecer uma barreira imóvel ao sistema.

Não obstante, os tribunais recentemente têm criado enunciados de sumulas, impedindo o recebimento de recursos extraordinários e especiais, sendo uma delas a sumula de nº 5 do STJ e as sumulas nº285, 288, 454 do STF. Tais sumulas, são prejudiciais ao sistema de precedentes, pois vetam a análise de casos importantes, e obstam a elaboração de superação de precedentes.

¹³⁷ ROSA. Viviane Lemes da. Op., Cit. Pg.306

Em seus valorosos ensinamentos, José Carlos Barbosa Moreira contesta a jurisprudência defensiva, afirmando que não se deve impedir de forma direta ou indireta, o recebimento de novos recursos, emanados da base da pirâmide judiciária, pois corre-se o risco de impedir previamente um movimento de inovação na jurisprudência¹³⁸. Nessa mesma linha de pensamento, se encontra o posicionamento da professora Teresa Arruda Alvim Wambier, que afirma que a adaptação da sentença em face das sumulas do STJ e STF, não pode se colocar como parâmetro de admissibilidade dos recursos, assim não deve se interpretar o respeito aos precedentes de maneira imutável¹³⁹.

O quarto problema é a localização da *ratio decidendi*, problema este que se encontra em todos os sistemas de precedentes em qualquer lugar do mundo. No tópico 2.1, da presente pesquisa, foram tratadas as teorias de identificação da *ratio* em uma decisão, portanto reiteremos neste ponto as teorias lá lançadas.

Finalmente, devemos analisar minuciosamente a forma do sistema de precedentes que se visa instituir, tendo em vista que não existe apenas uma única maneira de operação com precedentes. Os precedentes apresentam um dispêndio, pois retiram a oportunidade de se atribuir solução diversa. Trata-se de uma opção, de um lado temos a segurança jurídica, e de outro, temos a inconsistente justiça do caso concreto, que de forma automática e inevitável, culminará em uma insegurança jurídica.

A questão pertinente é, se adotarmos um sistema de precedentes vinculantes, seria o mesmo que eleger a aplicação do precedente, independentemente da posição do magistrado sobre o caso? A resposta é positiva, pois para muitos autores como Schauer¹⁴⁰ e Radin¹⁴¹, um precedente vinculante deve ser obrigatoriamente aplicado, ou distinguido, não havendo outra alternativa. Dessa forma toda vez que ser inviável o cabimento de distinção, deverá ser aplicado o precedente, mesmo que o magistrado não concorde com determinado posicionamento.

¹³⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Temas de direito processual: nona serie. São Paulo: Saraiva, 2007. Pg.285.

¹³⁹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Op., Cit. Pag.152.

¹⁴⁰ PUGLIESE, Wiliam Soares. Op., Cit. Pg.64.

¹⁴¹ Para Radin, um sistema de precedentes é genuinamente vinculante, quando estes são aplicados simplesmente porque são precedentes, independentemente da concordância do julgador. (RADIN, Max. Case law and Stare decisis: concerning. Columbia Law Review, v.33, n°2, p.200-201, fev.1933. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/1115948>. Acesso em: 29 de setembro de 2017.

Por mais que estes pensamentos pareçam fascinantes, não estão adequados aos princípios da Constituição Federal. Como visto na opinião dos doutrinadores acima, o sistema de precedentes é o caso de tudo ou nada, em outras palavras, ou se escolha respeitar os precedentes, ou se escolha a justiça aplicada para cada caso concreto. Todavia, o sistema brasileiro, não pode impedir o direito e dever dos juízes em interpretar.

Já é sabido que se faz necessário mudar a mentalidade dos operadores do direito em nosso país, para que se possa estabelecer uma cultura adequada de precedentes, muito diferente do que vemos nos tempos atuais. Seria sublime, se o atual CPC não precisasse estabelecer quais casos tem efeito vinculante, como fez o artigo 927. Contudo, não se vislumbra outra oportunidade para a forte alteração de paradigmas.

Vislumbra-se que o novo CPC surge como um remédio para os problemas vivenciados em nossa justiça, e como qualquer outro remédio, não cai ao gosto de todo mundo, e possui efeitos colaterais graves. Buscar as coisas certas da maneira errada, é o mesmo que nadar contra a maré¹⁴². Não pode o legislador brasileiro, simplesmente esquecer que temos uma Constituição, e criar normas incompatíveis com esta, e ainda, não se justifica o argumento de que as normas ordinárias deveriam prevalecer, mesmo que afrontem a Constituição, pois seriam importantes para a manutenção da justiça.

Ressalta-se ainda que não podemos aplicar os precedentes de maneira medieval, com uma aplicação arbitrária e mecânica, da mesma forma em que as leis, os precedentes também necessitam de interpretação¹⁴³, ainda mais do que as leis, pois há uma dificuldade em distinguir seus elementos identificadores.

Há de se falar ainda em uma linha muito tênue em que a ponderação de valores pode representar uma superação ou descumprimento de um precedente. Em determinado caso um valor ou princípio pode não ter sido levado em consideração na criação do precedente, cabendo ao juiz do caso concreto sopesar o valor ou princípio,

¹⁴² Trecho retirado da música Meus Próprios Meios, da banda Oficina G3. Disponível em <https://www.lettras.mus.br/oficina-g3/1388291/>. Acesso em 29 de setembro de 2017.

¹⁴³ STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. O NCPC e os precedentes: afinal, do que estamos falando? In: DIDIER JR., Fredie et al. Coleção grandes temas do novo CPC: precedentes. Salvador: JudPODIVM, 2015. v.3. p.178.

não aplicando o precedente. Essa rejeição do precedente, pode parecer o caso de superação do precedente, porem apenas pode superar um precedente a Corte que o criou, de maneira que a não aplicação dos precedentes, por tribunal diverso, ensejará uma superação antecedente.

Em síntese, questiona-se se um magistrado pode deixar de aplicar determinado precedente, tendo em vista o surgimento de novas teses não discutidas durante a criação do precedente, ou seja, isso significa um desrespeito ao precedente? Ou ainda, poderia admitir a hipótese de superação realizada pelo juiz de primeiro grau? Seria o caso da aplicação da tese do romance em cadeia de Dworkin?

Tais questões são de grande relevância e consequência prática, e devem ser debatidas pelas doutrinas e jurisprudências pátrias. Tratam-se de questões fundamentais para a operacionalização com precedentes, devendo se buscar o equilíbrio para justiça brasileira entre o respeito e enrijecimento do direito.

5 PRECEDENTES NOS TRIBUNAIS SUPERIORES DO BRASIL

Ao se afirmar que precedente obrigatório é criado pelos tribunais superiores, não se abrevia a obrigação de isonomia, coerência e estabilidade das decisões proferidas pelos próprios tribunais superiores, bem como, aos tribunais de segunda instância, e os juízes de primeira instância. Todos precisam resguardar em suas decisões o mínimo de coerência com as decisões advindas, a fim de se evitar solipsismos e arbitrariedades, mesmo que ainda não exista precedente para o caso¹⁴⁴.

Enquanto não surgir um posicionamento das cortes de vértice para determinada questão, os juízes de primeira instância e seus respectivos tribunais, devem julgar conforme os seus julgamentos passados, e as decisões de seus tribunais aos quais estejam submetidos. Tal dever decorre da função em que o magistrado desempenha no esteio judiciário, devendo distribuir a justiça, sobre uma coletividade que busca esperança na justiça.

Em um sistema de precedentes vinculantes, as decisões emanadas dos tribunais superiores estão atribuídas de eficácia vertical, sobrepondo sua vinculação para as demais instâncias que se encontrem em um nível inferior na estrutura do judiciário.

O artigo 927, inciso III e V do atual CPC, impõem aos juízes e tribunais que observem os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e a orientação do plenário que estiverem vinculados. Dessa maneira, os desembargadores dos tribunais estão condicionados a eficácia vinculante das decisões proferidas pelo plenário ou pelo órgão especial do respectivo tribunal, e os magistrados de primeiro grau, estão sujeitos à eficácia vinculante daquelas decisões.

Acreditamos que em sede de primeira instância, não há o que se falar em efeito vinculante, seja ele vertical ou horizontal¹⁴⁵, de forma que uma tese de um

¹⁴⁴ Nesse aspecto, o artigo 926 do CPC é preciso e categórico ao determinar que os tribunais uniformizem suas jurisprudências, mantendo-as integras e coerentes, tendo esta determinação se dirigida a todas as instâncias do poder judiciário brasileiro.

¹⁴⁵ O efeito vinculante horizontal é a ideia de que os tribunais e outros órgãos devem observar os seus próprios antecedentes, que são vinculantes para o próprio órgão, e chamado também de *binding effect* (efeito vinculante interno). Já o efeito vinculante vertical, aduz que as decisões vinculam de fora externa a todos os demais órgãos do judiciário, sendo que este efeito tem previsão n artigo 102, III, §2º da CF.

magistrado de primeira instância não se impõe sobre os demais magistrados da mesma comarca, muito menos, a um juiz que eventualmente o substitua. Como mencionado anteriormente, o juiz, pelo simples mister que exerce, possui o dever de respeitar a segurança e coerência jurídica em face de sua função republicana.

A missão dos tribunais estaduais não é de padronização, no sentido jurídico, mas de solucionar os casos concretos. Já os tribunais superiores, possuem a difícil tarefa de conglobar o direito constitucional e infraconstitucional, em sede de recurso, ou no exercício de suas funções de competência originária, quando passará a decidir os casos contenciosos.

Desse modo, em face de uma teoria do precedente judicial, se reconhece sua inegável autoridade concedida pelo atual CPC, ganhando força obrigatória, às decisões proferidas pelos tribunais superiores em razão de sua competência constitucional de unificar o modo de interpretar o texto de lei e sua aplicação. Os juízes de primeiro grau e os tribunais estaduais, não detém de forma direta esta competência, mas estão condicionadas as garantias processuais, como do dever de cooperação, tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva¹⁴⁶, e as demais garantias constitucionais, em especial a obrigação de concretizar o Estado de Direito.

Assim, no presente capítulo se fará um breve estudo da aplicação dos precedentes vinculantes nos tribunais superiores, buscando compreender como as cortes devem se manifestar em frente aos precedentes.

5.1 Precedentes no Supremo Tribunal Federal – STF

Antes de adentrarmos ao tema propriamente, é oportuno comentar a história desse tribunal tão prestigiado e necessário para nossa justiça de modo em geral. Já são 126 anos de história, em que o Supremo Tribunal Federal garante direitos fundamentais e guarda os preceitos constitucionais. Tal denominação, surgiu na Constituição provisória publicada pelo decreto nº510 de 1890, repetindo-se no Decreto nº848, do mesmo ano, que estruturou a Justiça Federal. A Constituição Federal de

¹⁴⁶ Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

1891, instituiu o controle de constitucionalidade das leis, e destinou ao Supremo Tribunal Federal os artigos 55 a 59.

Com a Revolução de 1930, o Governo Temporário definiu, pelo Decreto n.º 19.656, de 3 de fevereiro de 1931, diminuir o número de Ministros para onze. A Constituinte de 1934 alterou o nome do órgão para “Corte Suprema” e conservou o número de onze Ministros, dele aventando nos artigos 73 a 77. A Constituição de 10 de 1937 devolveu o título “Supremo Tribunal Federal”, dispondo-se dos artigos 97 a 102. Com a volta da democracia no país, a Carta de 18 de setembro de 1946 aplicou ao Tribunal os artigos 98 a 102. Em 21 de abril de 1960, em resultado da modificação da capital federal, o Supremo Tribunal Federal mudou-se para Brasília. Tem sede na Praça dos Três Poderes, depois de ter obrado durante 69 anos na antiga capital¹⁴⁷.

Nos tempos de ditadura militar, o Ato Institucional n.º 2, de 27 de outubro de 1965, adicionou o número de Ministros para dezesseis, acrescentamento mantido pela Constituição de 24 de janeiro de 1967. Com apoio no Ato Institucional n.º 5, de 13 de dezembro de 1968, foram aposentados, em 16 de janeiro de 1969, três Ministros.

Em seguida, o Ato Institucional n.º 6, de 1º de fevereiro de 1969, restaurou o número de onze Ministros, causando o não-preenchimento das vagas que ocorreram até acatada essa decisão. Com o reparo da democracia, a Constituição em vigência, promulgada em 5 de outubro de 1988, avivou de forma expressa a competência do Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição, destinando-se os artigos 101 a 103.

Exposto uma breve história de nossa Corte, passamos agora a verificar como o Supremo Tribunal Federal tem se manifestado acerca do novo sistema de precedentes vinculantes.

Nota-se a partir da linguagem utilizada pela corte, que não há dúvidas em relação a implantação de um sistema de precedentes. Os ministros, de forma constante, mencionam em suas decisões, o dever de observar a regra do *stare decisis*. Infere-se ainda na análise dos julgados, a citação repentina do artigo 926 do CPC, pregando-se o dever de coerência e estabilidade. Assim, esta parte do trabalho, visou

¹⁴⁷ <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfHistorico>.

abalizar algumas ideias que podem ser extraídas da análise acerca das decisões selecionadas.

A grande maioria dos julgados possuem extensa fundamentação, mesmo quando baseados em precedentes, havendo algumas exceções como o RE 854863, julgado pelo Ministro Luiz Roberto Barroso, onde se limitou a apenas mencionar que o pedido não encontra amparo aos precedentes, sem, sequer, mencionar quais precedentes fundamentam sua decisão. Tal fato, merece ser impugnado, pois, embora adotemos um sistema de precedentes vinculantes, não significa dizer que o juiz está isento de fundamentar.

Algumas decisões foram de elevado destaque no Supremo Tribunal Federal, como o RE nº 197.917/SP, onde decidiu que o número de vereadores do município de Mira Estrela, deveria ser limitado de forma proporcional em comparação com o número de habitantes. Outra decisão, proferida no HC nº 82.959, foi de possibilitar a progressão de regime mesmo quando cometido crime hediondo.

Tais decisões mencionadas, trabalhou com instrumentos do sistema *common law*, sendo que fixou um precedente judicial, porém, em virtude da aplicação da abstrativização do recurso extraordinário, não surtiu efeito vinculativo.

Em nosso sistema, a modulação dos efeitos, se encontra no artigo 27 da Lei nº 9.868/99, e é aplicada apenas em sede de controle concentrado abstrato. É uma forma de mitigar a teoria da nulidade presente no emblemático caso *Marbury vs Madison*. Dessa forma, a regra é que, uma vez declarada a inconstitucionalidade de determinada norma, tem-se a nulidade com efeito *ex tunc*¹⁴⁸.

Com visto, o STF possui a última palavra em uma discussão constitucional, sendo aplicado em suas decisões a teoria da transcendência dos motivos determinantes.

Em face disso, o atual CPC, estabeleceu nos artigos 988¹⁴⁹ a 993 as

¹⁴⁸ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 2. Ed. São Paulo, 2006, pg.67.

¹⁴⁹ Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para:

I - preservar a competência do tribunal;

II - garantir a autoridade das decisões do tribunal;

III - garantir a observância de enunciado de súmula vinculante e de decisão do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

IV - garantir a observância de acórdão proferido em julgamento de incidente de resolução de demandas

hipóteses de reclamação. Entendemos que algumas hipóteses elencadas, são amplas e genéricas, em relação as hipóteses de reclamação previstas na Constituição Federal. Isso quer dizer que a reclamação deixa de ser constitucional, e passa a ser cabível contra qualquer tribunal em nosso país, não dependendo de regulamentação regimental, colocando em cheque a natureza da reclamação. A grande incógnita nos dias de hoje, é saber como se proceder diante dessa nova reclamação, já que a partir de agora, será utilizada com maior constância.

Como muito bem colocou o Ministro Dias Toffoli, na Rcl 27259, deve se ater as peculiaridades que cercam o caso concreto, afim de saber se o mesmo pode ser aplicado, e caso caiba e o magistrado não o aplique, caberá reclamação. Dessa maneira, se for o caso de *distinguishing* ou *overruling*, o magistrado estará autorizado, desde que fundamentadamente, deixar de aplicar determinado precedente.

Um ponto que salta aos olhos, é a coerência das decisões do STF, no que tange a função do precedente, em especial, nos casos em que se discuta direitos fundamentais, como a liberdade de expressão, com elevado respeito aos precedentes passados. Com isso se reconhece que a Corte tem se esforçado para atribuir coerência e estabilidade a jurisprudência. Porém, há ainda um longo caminho a ser percorrido, pois ainda existem decisões divergentes ao entendimento da própria Corte, sendo uma dela, a do Ministro Gilmar Mendes que contrariou o entendimento da prisão em segunda instancia, pois para ele, somente pode ocorrer a prisão após a decisão do STJ.

Observou-se ainda, que não há uma coerência no modo em que são dadas as citações de casos anteriores julgados pela mesma Corte. Em certos casos, se realiza a citação simplesmente para reforçar o entendimento abraçado pelos Ministros, não sendo fundamental a sua menção na decisão, é o caso da ARE 928790.

Por fim, tendo como base os casos estudados, verifica-se que não há uma racionalidade única na aplicação dos precedentes, mas, entre todas estas racionalidades diversas, denota-se que possuem em comum uma linguagem específica utilizada com habitualidade pelo sistema *common law*.

Ademais, o STF deve se estabelecer como Corte Suprema, sendo ele o

responsável pela palavra final em suas decisões acerca de divergências em matéria constitucional. Para tanto, deve criar decisões coerente, respeitando a eficácia horizontal, mas não é só, é necessário que tais decisões permaneçam coerentes com o decorrer dos tempos, de modo a criar um ambiente jurídico estável duradouro.

5.2 Precedentes no Superior Tribunal de Justiça – STJ

Nos últimos anos se pode perceber a reafirmação da obrigação do estado em tutelar os direitos fundamentais, e entre esses direitos, o direito à Segurança Jurídica. Dessa forma, os poderes Judiciário e Legislativo, possuem a obrigação de resguardar tal direito, através de normas e condutas que garantem o mínimo de previsibilidade aos cidadãos.

Para Marinoni, Mitidiero e Arenhart, seria um equívoco muito grande imaginar que o Superior Tribunal de Justiça, que possui o dever de uniformização e interpretação da lei, fosse desrespeitado em suas decisões pelos Tribunais de Justiça e Regionais Federais. Tal contrariedade seria um atentado contra a segurança jurídica, o que impossibilitaria a possibilidade de previsibilidade jurídica¹⁵⁰.

O superior Tribunal de Justiça é a corte que esta incumbida de se decidir o sentido mais apropriado, conforme os valores, os fatos e princípios, não sendo simplesmente uma corte de apuro de decisões judiciais, mas sim, uma corte de interpretação¹⁵¹.

Conforme o artigo 105, III, c, da Constituição Federal, o Superior Tribunal de Justiça é o órgão encarregado pela uniformidade da interpretação. Há tempos atrás o STJ permitiu a admissão de benefícios a apenados em regime semiaberto, mesmo que não cumprido um sexto da pena, posteriormente, o Ministro Joaquim Barbosa ignorou por inteiro o entendimento do STJ e cancelou os benefícios, o que pareceu que por sua decisão valer mais, seria dispensável a dos ministros do STJ e alguns tribunais.

A eficácia vinculativa dos precedentes do STJ é algo que é quase congênita, pois é sua função garantir a igualdade perante a justiça. Tanto é, que o STJ

¹⁵⁰ MARINONI, MITIDIERO, ARENHART. Op., Cit. pg.98

¹⁵¹ NEVES, Eduardo. O uso de precedentes judiciais no Brasil: Uma análise crítica a partir da teoria do direito e da argumentação jurídica. Dissertação, Centro Universitário do Para, Belém, 2014.

publicou no dia 7 de fevereiro a Instrução Normativa STJ/GP 2, que regulamenta o Fórum de Precedentes. Entretanto, a Corte sofre com o número demasiado de ministros, o que leva a ocorrência de incoerência interna, não havendo uma aplicação adequada da eficácia horizontal.

É digno de nota mensurar o tamanho da carga que exerce o STJ, por exemplo, no ano de 2015, foram distribuídos e registrados 332.905 processos¹⁵², sendo a grande maioria *habeas corpus*.

Com um expediente deste nível, é difícil formular a devida formação de precedentes, em razão das dificuldades em justificar com clareza, coerência, interpretação adequada, de modo a constituir uma *ratio decidendi*, passível de ser incluída no universo jurídico. Mas há esperança com o novo CPC, que trouxe mecanismos de jurisprudência defensiva, e priorizou a tentativa de conciliação, de modo que há uma tendência a diminuir o expediente do STJ, dando oportunidade para atuar com mais atenção nos casos passíveis de se tornarem precedentes judiciais.

Assim como o STF, o STJ também deve se tornar uma Corte suprema, porém em matéria infraconstitucional, sendo que os demais tribunais locais, são obrigados a proferirem decisões no mesmo sentido, ou aplicar uma nova tese, demonstrando-se o caso de distinção, ou superação dos precedentes, contribuindo para a sedimentação da segurança e previsibilidade jurídica.

Interessante ressaltar que o CPC de 2015 em seu artigo 1037, que é semelhante o artigo 543-C do CPC de 1973, estabeleceu que após selecionado o recurso como repetitivo, o ministro relator, seja ele do STJ ou STF, irá proceder uma decisão de afetação, onde identificará a questão a ser julgada,, e determinará o sobrestamento de todos os casos semelhantes que tramitam em território nacional.

O ministro Og Fernandes defende que o STJ aguarde a manifestação do Supremo nos *leading cases*. Por outro lado, o ministro Herman Benjamin, defendeu que a Corte deve julgar os recursos especiais, nas hipóteses em que o Supremo não determinar o sobrestamento, ou que a repercussão foi reconhecida na vigência do CPC/1973¹⁵³.

¹⁵² Relatório Estatístico ano de 2015. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/webstj/Proceso/Boletim/verpaginaasp?vPag>> Acesso em: 10 de outubro de 2017.

¹⁵³ Disponível em: <https://jota.info/justica/sistema-de-precedentes-novo-cpc-impoe-primeiro-desafio>

O artigo 1035 estabelece que quando reconhecida a repercussão geral, o relator no STF determinar a suspensão de todos os processos em julgamento, que versem sobre esta questão. Porém, mesmo com a existência de tal regra processual, no RE 656558, o Ministro Dias Toffoli não determinou a suspensão dos processos que discutem questões semelhantes a repercussão geral.

Dessa maneira, percebe-se que, para uma perfeita aplicação do julgamento de recursos repetitivos, deve haver uma teoria dos precedentes judiciais de forma desenvolvida e idealizada, para que se permita a correta aplicação das noções de *ratio decidendi* e *distinguishing*, permitindo-se ao relator selecionar os casos a serem suspensos.

6 CONCLUSÃO

A teoria dos precedentes possui um papel fundamental no discurso argumentativo, isso porque atribui a decisão maior fundamentação, visto que a teoria da argumentação jurídica é o sustentáculo dos precedentes, que não são um mal, tendo em vista que são uteis na medida de sua utilização seja adequada. Dessa maneira a teoria em comento veio para auxiliar na interpretação e fundamentação das decisões judiciais.

É necessário, portanto, saber o que está fazendo, pois, o uso descontextualizado dos precedentes pode acabar maculando uma decisão, como por exemplo se utilizar de um caso passado sem saber por que e como se deu, fazendo-se uma simples comparação entre casos, utilizando-se da lógica formal, isso não seria suficiente para se aplicar o precedente.

As Teorias da Argumentação Jurídica contribuíram para a diminuição da crise argumentativa pela qual passa o Direito contemporâneo, com respostas para dilemas da atividade jurisdicional, com vistas a melhorar a justiça em sua acepção geral.

Nesse sentido, a teoria de Alexy se mostra a mais adequada para a perfeita aplicação dos precedentes, eis que os mesmo no conceito desta teoria servirão para a justificação da decisão judicial, ou seja, porque o juiz julgou de tal maneira, e não simplesmente um motivo para não fundamentar como nas sumulas vinculantes, em outras palavras o juiz deve justificar porque escolheu ou não determinado precedente.

Verificou-se que o sistema *common law* possui características próprias, construídas em torno das culturas locais, e que para chegar aos seus conceitos atravessou vários séculos, e ainda foi analisada por diversos doutrinadores, a fim de se estabelecer a sua aplicação, sendo que os precedentes têm força vinculante por questão de tradição e respeito. Já os precedentes dentro do sistema civil law tem a finalidade de apenas robustecer a segurança jurídica buscada no seu nascimento, com uma jurisprudência orientadora, visando barrar os recursos no mesmo sentido direcionados aos tribunais superiores bem como contribuir para a previsibilidade jurídica.

Com os estudos realizados, concluímos que temos um complexo sistema de precedentes, baseado em um efeito vinculante, o qual é conferido por lei, sendo precedentes todos os incisos do artigo 927.

Não se pode aplicar puramente um precedente em um caso concreto sem justificá-lo. Mesmo ficando vinculando aos precedentes, o magistrado tem o poder e dever de interpretá-lo.

Em face desse novo sistema de precedentes, há uma nova racionalidade, ou seja, uma nova moção na forma de julgar. Tal forma é semelhante a do sistema *common law*, pois o magistrado julga sabendo que está condicionado a uma cadeia de decisões passadas. Assim, os magistrados possuem uma maior responsabilidade, pois ao prolatarem decisões, devem observar o presente, como tem sido feito, e além disso, deve se ter em vista também o passado (precedentes existentes), pautando sua atuação pelo amanhã.

A principal crítica feita neste trabalho acerca dos precedentes judiciais, está na forma mecânica de sua aplicação, problema este que há tempos vem sendo relatado pela Crítica Hermenêutica do Direito, que preceitua que nenhuma lei, súmula vinculante ou enunciado jurisprudencial devem ser aplicados de forma simplesmente dedutiva.

Acerca da omissão em determinados pontos do código sobre os precedentes, concordamos com a acorrente ampliativa, pois o código falou menos do que deveria falar, portanto, onde cita alguns precedentes, deve ser lido como se ele estivesse mencionando o artigo 927, isso porque, como dito anteriormente, o CPC implementou um sistema de precedentes.

Acerca de sua constitucionalidade, acreditamos que o fato de não haver expressa previsão constitucional ao efeito vinculante atribuído ao rol do artigo 927 do atual CPC, os tornam inconstitucionais, pois o legislador ultrapassou o limite estabelecido para sua atuação perante a Constituição Federal. Por outro lado, não concordamos que o sistema de precedentes fere o princípio da separação dos poderes e a independência funcional dos juízes, pois o legislador, ao criar o rol do artigo 927 deu aceite ao julgador, ou seja, ao judiciário. No mais é um direito e dever dos magistrados interpretar e fundamentar conforme a jurisprudência e precedentes aplicáveis ao caso, por isso sua independência funcional não está prejudicada.

Por fim, acerca do modo de operação, acreditamos que para invocar determinado precedente vinculante, deve-se atentar sobre o relatório, os fundamentos e o comando emanado da decisão que criou o precedente, afim de verificar eventuais divergências entre este com o caso em concreto, caso isto ocorra, deverá ser aplicada a distinção entre os casos, e se ficar provada a diferença entre os casos, o precedente não poderá ser aplicado. De igual modo, não será aplicado se ficar provado que houve uma mudança cultural, social ou política que influem na decisão.

A pesquisa ainda demonstrou a necessidade do STF e STJ se tornarem Cortes Supremas, passando a criarem precedentes de forma coerente e íntegra, e ainda manter esses precedentes por um longo período, desde-que não haja a superveniência de nova tese ou situação. É dever de cada Corte, orientar e apontar a direção par aos demais tribunais, seja em matéria constitucional ou infraconstitucional.

Um sistema de precedentes de precedentes, não é o suficiente para acabar com os problemas de nossa jurisdição. Há vários elementos que precisam ser inseridos nesta problemática. O primeiro deles, é constituir um sistema de precedentes que seja combinante com a Constituição Federal, o Código de Processo Civil, e principalmente com os objetivos em mira, como a segurança jurídica e integridade judicial.

Não existe uma solução correta para todos os casos, mas sim uma solução argumentada de forma irrefutável, tornando-a correta. Assim deve o julgador primeiramente fundamentar e posteriormente julgar, e não decidir de vez e depois julgar. Não se pode aplicar os precedentes de maneira automática e por subsunção, pois desvirtuaria sua real finalidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

_____, **Hermenêutica, Constituição e autonomia do Direito**, Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito:65-77 janeiro-junho 2009.

_____. **Lógica jurídica: nova retórica**. São Paulo: Martins Fontes, 2004. NS SICHES, Luíz Recaséns Tratado General de Filosofia del Derecho, México, Ed. Porrúa, 1959.

_____. **O que é isto – decido conforme minha consciencia?**. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora Editora, 2012.

ABBOUD, Georges. **Sumula vinculante versus precedentes: notas para evitar alguns enganos**. Revista de Processo.São Paulo: RT, 2008, ano 33, vol.165.

ACKERMAN, Bruce. **Nós, o povo brasileiro: fundamentos do direito constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

AGRA,Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. 4ªed. RJ: Forense, 2008.

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica**. Trad. Zilda H. S. Silva. São Paulo: Landy Editora, 2005.

ANDREWS, Neil. **O moderno processo civil: formas judiciais e alternativas de resolução de conflitos na Inglaterra**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

APEL, Karl-Otto, **Transformação da filosofia, Vol.2: O “ a priori” da comunidade de comunicação**.Trad. Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2008.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

ASSAGRA DE ALMEIDA, Gregório. **O sistema jurídico nos Estados Unidos – Common law e carreiras jurídicas: o que poderia ser útil para a reforma do sistema processual brasileiro?** Revista de Processo: REPRO, São Paulo, RT, n251, 2016.

ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues de. **Precedentes vinculantes e irretroatividade do direito no sistema processual brasileiro: os precedentes dos tribunais superiores e sua eficácia temporal**. Curitiba: Juruá, 2012.

ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito: Teorias da Argumentação Jurídica**.Trad. Maria Cristina Guimarães.3ª ed. SP: Landy Editora, 2006.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2014, pg.71.

BARROSO, Luiz Roberto e MELLO, Patrícia Perrone. **Trabalhando com uma Nova Logica: A Ascensão dos Precedentes no Direito Brasileiro**. Revista da AGU, Brasília-DF, v. 15, n. 03, p. 13. 2016.

BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de Almeida. **Curso de Filosofia do Direito**. 3 Ed. São Paulo: Atlas, 2004.

BRUM, Guilherme Valle. **Uma teoria para o controle judicial de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil: inteiramente estruturado à luz do novo CPC, de acordo com a Lei . 13.256, de 4-2-2016 / Cassio Scarpinella Bueno**. 2. ed. ver., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2016.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. **Teoria do Precedente Judicial: a justificação e a aplicação das regras jurisprudenciais**. São Paulo: Noeses, 2012.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e Argumentação: Uma Contribuição ao Estudo do Direito**. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CAVALCANTI, Marcos de Araújo. **Interpretação e Aplicação dos Provimentos Vinculantes do Novo Código de Processo Civil a Partir do Paradigma pós positivistas**. Revista de Processo. São Paulo, RT, v.245, pg.351-377, jul./2015.

CRUZ E TUCCI, José Rogério, **Precedente judicial como fonte de direito**, São Paulo: RT, 2004.

David René. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. São Paulo: Martins fontes, 2002.

DIDIER JR. Fred, SARNO BRAGA, Paula, ALEXANDRE DE OLIVEIRA, Rafael, **Curso de direito processual civil: teoria geral da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedentes, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela** – 11 ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2016.

DWORKIN, Ronald. **A Justiça de Toga**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FREITAS, Marcio Luiz Coelho de. **Lógica jurídica, argumentação e racionalidade**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 17, n. 3307, 21 jul. 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/22271>>. Acesso em: 9 mar. 2017.

GARY, Slapper; DAVID, Kelly. **The English Legal System**, 8 ed., New York, Routledge-Cavendish, 2006.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

HART, H.C.A. **O conceito de Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

JUNIOR, Hermes Zaneti. **Precedentes Normativos formalmente vinculantes** (Coleção Grandes Temas do Novo CPC, V.3, coord. Geral Fredie Didier Jr.). Salvador: Juspodivm, 2016.

JÚNIOR, Humberto Teodoro; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC – Fundamentos e sistematização**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

KAUFMANN, Arthur. **A problemática da filosofia do direito ao longo da história**. In: A. Kaufmann, W. Hassemer (org.). Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas. 6ª ed. Trad. de Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Gulbenkian, 2002.

MACCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MACEDO, Lucas Buriel. **Contributo para a definição de *ratio decidendi*, na teoria brasileira dos precedentes judiciais** (Coleção Grandes Temas do Novo CPC, V.3, coord. Geral Fredie Didier Jr.). Salvador: Juspodivm, 2016.

MARCATO, Gisele Caversan Beltrami; MARTELLI, Ana Laura Teixeira. **Construção das Decisões Judiciais à Luz das Teorias da Argumentação Jurídica de Robert Alexy e Klaus Gunther**, 2013, Disponível em: < <http://www.publicadireito.com.br/publicacao/uninove/livro.php?gt=93/>>. Acesso em: 30 de março de 2017.

MARINONI, MITIDIERO, ARENHART. **Curso de processo civil: teoria do processo civil, volume 1**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARKE, Julius J. **The Holmes reader**. Nova York: Oceana, 1955.

MARTINS, Dayse Braga. **Lógica formal e lógica jurídica sobre a dialeticidade do Direito**. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 51, 1 out. 2001. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/2118>>. Acesso em: 23 abril 2015

MELLO, Patrícia Perrone Campos Mello. **Precedentes: o desenvolvimento judicial do direito no constitucionalismo contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. **A tradição da *civil Law*: uma introdução aos sistemas jurídicos da Europa e da América Latina**. Tradução: Cássio Casagrande. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2009.

MITIDIERO, Daniel. **Fundamentação e Precedente: dois discursos a partir da decisão judicial**. *Revista de Processo*, v. 37, n. 206, 2012.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 23.ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual: nona serie**. São Paulo: Saraiva, 2007.

NOGUEIRA, Gustavo Santana. **Precedentes Vinculantes no direito comparado e brasileiro**. 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

PEREIRA DOS SANTOS, Carlos Maximiliano, **Hermenêutica e aplicação do direito**, 19ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2007.

PEREIRA, Hugo Filardi. **Decisões coerentes: Valorização dos precedentes no Código de Processo Civil como técnica de previsibilidade decisória**.197f. Tese de Doutorado – Pontifícia Universidade Católica de SP. São Paulo, 2016.

PERELMAN, C.; OLBRECHTS-TYTECA, L. **Tratado da argumentação: a nova retórica**. Prefácio Fábio Ulhôa Coelho. Trad. Maria Ermantina Galvão. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

PUGLIESE, William Soares. **Teoria dos precedentes e interpretação legislativa**.108 pg. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011.

RAMIRES, Maurício. **Crítica à Aplicação de Precedentes no Direito Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

ROSA. Viviane Lemes da. **O sistema de precedentes brasileiro**.349 p. Dissertação (Mestrado em Relações Sociais). Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2016.

SABINO, Marco Antônio da Costa. **O precedente jurisdicional vinculante e sua força no Brasil**, Revista Dialética de Direito Processual Civil, nº 85, abril 2010, fls.53.

SCHAUER, Frederick. **Coleção grandes temas no novo CPC: precedentes**. In: DIDIER JR, Fredie et al. Precedentes. Salvador: JusPODIVM, 2015.

Silva, Ovídio A. Baptista. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. **Do Precedente judicial à sumula vinculante**. 1ª Ed. Curitiba, Juruá, 2008.

SOUZA, Paulo Rogerio Areias de. **A importância da lógica e da argumentação para os profissionais do direito**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XII, n. 61, fev 2009. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5992>. Acesso em mar 2017.

STRECK, Lenio Luiz, **Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas** – 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

Streck, Lênio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

STRECK, Lenio Luiz; ABOUD, Georges. **O NCPC e os precedentes: afinal, do que estamos falando?** In: DIDIER JR., Fredie et al. Coleção grandes temas do novo CPC: precedentes. Salvador: JudPODIVM, 2015. v.3.

STRECK, Lênio. **O que é isto – o sistema (sic) de precedentes no novo CPC?** 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-ago-18/senso-incomum-isto-sistema-sic-precedentes-cpc>>. Acesso em: 29 de agos. de 2017.

VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência**. 5. ed. Trad. Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2008.

VIEIRA, Andréia Costa. **Civil Law e Common Law: os dois grandes sistemas legais comparados**. Porto Alegre: S.A. Fabris, 2007.

WALUCHOW, Wilfrid J. **Positivismo jurídico incluyente**. Marcial Pons, 2007.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Interpretação da Lei e de Precedentes: civil law e common law**. Revista dos Tribunais, São Paulo, ano 99, v. 893, p.33-45, março 2010.

ZANETI JR., Hermes. **O valor Vinculante dos Precedentes**. Salvador: Jus Podvim, 2015.

ANEXOS

ENUNCIADOS DO FÓRUM PERMANENTE DE PROCESSUALISTAS CIVIS (FPPC) SOBRE PRECEDENTES¹⁵⁴

1 ENUNCIADOS APROVADOS EM SALVADOR

(8 a 9 de novembro de 2013)

2. (artigos 10 e 927, §1º). Para a formação do precedente, somente podem ser usados argumentos submetidos a o contraditório. (Grupo: Precedentes 2)

55. (artigo 927, §3º). Pelos pressupostos do §3º do art. 927, a modificação dos precedentes tem, como regra, eficácia temporal prospectiva. No entanto, pode haver modulação temporal, no caso concreto. (Grupo: Precedentes 2)

90. (artigo 976). É admissível a instauração de mais de um incidente de resolução de demandas repetitivas versando sobre a mesma questão de direito perante tribunais de segundo grau diferentes. (Grupo: Recursos Extraordinários e Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas)

93. (artigo 982, I). Admitido o incidente de resolução de demandas repetitivas, também devem ficar suspensos os processos que versem sobre a mesma questão objeto do incidente e que tramitem perante os juizados especiais no mesmo estado ou região. (Grupo: Recursos Extraordinários e Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas)

2 ENUNCIADOS APROVADOS NO RIO DE JANEIRO

(25 a 27 de abril de 2014)

166. (artigo 926). A aplicação dos enunciados das súmulas deve ser realizada a partir dos precedentes que os formaram e dos que os aplicaram posteriormente. (Grupo:

¹⁵⁴ Todos os enunciados aqui anexados, foram retirados do livro: Coleção Grandes Temas do Novo CPC, V.3, coord. Geral Fredie Didier Jr. Salvador: Juspodivm, 2016, pgs.797 a 806, bem como em: <http://www.cpcnovo.com.br/wp-content/uploads/2017/05/FPPC-Carta-de-Florianopolis.pdf?inf_contact_key=d7cef03802afe2c25acb93ce56a44e47>.

Precedentes)

169. (artigo 927). Os órgãos do Poder Judiciário devem obrigatoriamente seguir seus próprios precedentes, sem prejuízo do disposto nos §9º do artigo 1.037 e §4º do artigo 927. (Grupo: Precedentes)

170. (artigo 927, caput). As decisões e precedentes previstos nos incisos do caput do artigo 927 são vinculantes aos órgãos jurisdicionais eles submetidos. (Grupo: Precedentes)

174. (artigo 1.037, §9º). A realização da distinção compete a qualquer órgão jurisdicional, independentemente da origem da origem do precedente invocado. (Grupo: Precedentes)

3 ENUNCIADOS APROVADOS EM BELO HORIZONTE

(5 a 7 de dezembro de 2014)

306. (artigo 489, §1º, VI). O precedente vinculante não será seguido quando o juiz ou tribunal distinguir o caso sob julgamento, demonstrando, fundamentadamente, tratar-se de situação particularizada por hipótese fática distinta, a impor solução jurídica diversa. (Grupo: Precedentes)

314. (artigos 926 e 927, I e V). As decisões judiciais devem respeitar os precedentes do STF, em matéria constitucional, e do STJ, em matéria infraconstitucional federal. (Grupo: Precedentes)

315. (artigo 927). Nem todas as decisões formam precedentes vinculantes. (Grupo: Precedentes)

317. (artigo 927). O efeito vinculante do precedente decorre da adoção dos mesmos fundamentos determinantes pela maioria dos membros do colegiado, cujo entendimento tenha ou não sido simulado. (Grupo: Precedentes)

320. (artigo 927). Os tribunais poderão sinalizar aos jurisdicionados sobre a possibilidade de mudança de entendimento da corte, com a eventual superação ou a criação de exceções ao precedente para casos futuros. (Grupo: Precedentes)

324. (artigo 927). Lei nova, incompatível com o precedente judicial, é fato que acarreta a não aplicação do precedente por qualquer juiz ou tribunal, ressalvado o reconhecimento de sua inconstitucionalidade, a realização da interpretação conforme ou a pronúncia de nulidade sem redução do texto. (Grupo: Precedentes)

327. (artigo 928, parágrafo único). Os precedentes vinculantes podem ter por objeto questão de direito material ou processual. (Grupo: Precedentes)

4 ENUNCIADOS APROVADOS EM CURITIBA

(23 a 25 de outubro de 2015)

544. (artigo 489, §1º, VI e 985, I). O artigo 489, §1º, não obriga o órgão julgador a enfrentar os fundamentos jurídicos deduzidos no processo e já enfrentados na formação da decisão paradigma, sendo necessário demonstrar a correlação fática e jurídica entre o caso concreto e aquele já apreciado. (Grupo: Precedentes, IRDR, Recursos Repetitivos e Assunção de competência)

549. (artigo 927; Lei nº 10.529/01). O rol do artigo 927 e os precedentes da Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais, deverão ser observados no âmbito dos Juizados Especiais. (Grupo: Impacto nos juizados e nos procedimentos especiais da legislação extravagante)

558. (artigo 988, IV, §1º, artigo 927, III). Caberá reclamação contra decisão que contrarie acórdão proferido no julgamento dos incidentes de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência para o tribunal cujo precedente foi desrespeitado, ainda que este não possua competência para julgar o recurso contra decisão impugnada. (Grupo: Precedentes, IRDR, Recursos Repetitivos e Assunção de competência)

5 ENUNCIADOS APROVADOS EM SÃO PAULO

(18 a 20 de março de 2016)

585. (artigo 489, §1º) Não se considera fundamentada a decisão que, ao fixar tese em recurso especial ou extraordinário repetitivo, não abranger a análise de todos os

fundamentos, favoráveis ou contrários, à tese jurídica discutida. (Grupo: Sentença, coisa julgada e ação rescisória)

597. (artigo 941 caput). Ainda que o resultado do julgamento seja unânime, é obrigatória a inclusão do acórdão dos fundamentos empregados por todos os julgadores para dar base a decisão. (Grupo: Sentença, coisa julgada e ação rescisória)

608. (artigos 986 e 927). O acórdão que revisar ou superar a tese indicará os parâmetros temporais relativos a eficácia da decisão revisora. (Grupo: IRDR, Recursos Repetitivos e Assunção de competência)

615. (artigos 1.036 e 1.037). Na escolha dos casos paradigmas, devem ser preferidas, como representativas da controvérsia, demandas coletivas às individuais, observados os requisitos do artigo 1.036, especialmente do respectivo §6º. (Grupo: IRDR, Recursos Repetitivos e Assunção de competência)

6 ENUNCIADOS APROVADOS EM FLORIANÓPOLIS

(24 a 26 de março de 2017)

655. (artigos 947 e 976; CPC/1973, artigo 476). Desde que presentes os requisitos de cabimento, os incidentes de uniformização de jurisprudência pendentes de julgamento na vigência do CPC/2015 deverão ser processados conforme as regras do incidente de resolução de demandas repetitivas ou do incidente de assunção de competência, especialmente as atinentes ao contraditório. (Grupo: IRDR, Recursos Repetitivos e Assunção de competência)

657. (artigos 976, 6º, 10, 317 e 938, §1º). O relator, antes de considerar inadmissível o incidente de resolução de demandas repetitivas, oportunizará a correção de vícios ou a complementação de informações. (Grupo: IRDR, Recursos Repetitivos e Assunção de competência)

660. (artigos 987 e 1.036). O recurso especial ou extraordinário interposto contra o julgamento do mérito do incidente de resolução de demandas repetitivas, ainda que único, submete-se ao regime dos recursos repetitivos. (Grupo: IRDR, Recursos Repetitivos e Assunção de competência)

